
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 68 | ГОДИНА LIII | 2014

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

№ 68 | YEAR LIII | 2014

НИШ, 2014.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2014.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Уредници броја

Проф. др Мирослав Лазић

Проф. др Милена Јовановић Zattila

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Чорбић
Проф. др Мирко Живковић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Саша Кнежевић
Проф. др Срђан Голубовић
Проф. др Горан Обрадовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

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

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

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија

Груцина Людмила Јурьевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације

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

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД

Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине

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

Секретар Редакционог одбора: доц. др Душица Миладиновић-Стефановић

Преводи: Гордана Игњатовић

Лектура: Александра Гојковић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Од 1. марта 2014. године Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* је у пуном тексту доступан у EBSCO бази Legal Source.

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2014

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Issue Editorial

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Milena Jovanović -Zattila

Editorial Board Members (Faculty of Law):

Prof. dr Dragan Ćorbić

Prof. dr Mirko Živković

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Saša Knežević

Prof. dr Srđan Golubović

Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria

Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia

Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA

Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović

Proofreading: Aleksandra Gojković

Desktop publishing: Nenad Milošević

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

САДРЖАЈ

Предговор.....	13
----------------	----

ЈАВНОПРАВНА СЕСИЈА

Милан ПЕТРОВИЋ,

О легитимитету уставнога судства и институционализацији права на отпор..... 19

Миодраг Н. СИМОВИЋ,

Милена СИМОВИЋ,

Границе овлашћења Уставног суда Босне и Херцеговине у поступку оцјене сагласности Закона са Уставом Босне и Херцеговине..... 45

Рената ТРЕНЕСКА-ДЕСКОСКА,

Слобода вероисповести као део "идеологије" Европске уније..... 65

Драган Милков

О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније 83

Владан ПЕТРОВ,

Неколико предлога за реформу Устава у делу који се односи на правосуђе (посебно: дилема о правосудној академији као обавезном услову за први избор судија и тужилаца) 97

Тодор КАЛАМАТИЕВ,

Александар РИСТОВСКИ

Имплементација европског социјалног модела у радно законодавство Републике Македоније..... 109

Жељко МИРЈАНИЋ,

Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније 129

Предраг ДИМИТРИЈЕВИЋ,

Отворена питања примене ЗУП-а 143

Ирена ПЕЈИЋ,

Конституционализација судске независности: Упоредно и искуство Србије 157

Дејан ВУЧЕТИЋ,

Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије 175

Маја НАСТИЋ,

Изборна правила у Србији и европски стандарди-опште право гласа..... 187

Наталија ЖУНИЋ,

Ка примеру добре праксе: политичка заступљеност жена у ЕУ ..207

Милош ПРИЦА, О циљевима и збиљској утемељености одрживог развоја на почетку 21. века	229
---	-----

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕСИЈА

Родна ЖИВКОВСКА, Тина ПРЖЕСКА, Кодификација грађанског права.....	251
Ивана СИМОНОВИЋ, Мирослав ЛАЗИЋ, Грађанскоправни аспект заштите права личности	269
Раденка ЦВЕТИЋ, Одрживи развој и еколошка штета	291
Невена ПЕТРУШИЋ, Колективна правна заштита: европски приступ.....	303
Наташа СТОЈАНОВИЋ, Општи правни оквир очувања европске дивље фауне и природних станишта.....	325
Михајло ЦВЕТКОВИЋ, Ђорђе НИКОЛИЋ, Одговорност за штету проузроковану због непоседовања и непримене неопходних медицинских средстава.....	351
Нина ПЛАНОЈЕВИЋ, Појам клиничког испитивања у правним системима Србије и Европске уније.....	371
Дејан ЈАНИЋИЈЕВИЋ, Концепт породице у праву ЕУ	389
Јелена ВИДИЋ ТРНИНИЋ, Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе	407
Анђелија ТАСИЋ, Процесни положај умешача у антидискриминационим парницама.....	425

КРИВИЧНОПРАВНА СЕСИЈА

Војислав ЂУРЋИЋ, Нови кривични поступак Србије – нови разлози за усклађивање са европским правним стандардима.....	443
Милош БАБИЋ, Пресуда Европског суда за људска права у предмету Maktouf –Дамјановић и њен утицај на суђење за међународна кривична дјела.....	459

Elizabeta IVIČEVIĆ KARAS, Osvrt na reformu Hrvatskog kaznenog postupka kroz prizmu okrivljenikovog prava na pravični postupak.....	475
Драган ЈОВАШЕВИЋ, Примена неформалних мера у малолетничком кривичном праву Србије.....	497
Зоран ЂИРИЋ, Судско-психијатријски аспект менталних поремећаја насталих злоупотребом дрога.....	515
Миомира КОСТИЋ, Филип МИРИЋ, Глобализацијске теорије о криминалитету	535
Дарко ДИМОВСКИ, Приватни затвори	547
Душица МИЛАДИНОВИЋ-СТЕФАНОВИЋ, Кривичноправна заштита малолетника од сексуалног искоришћавања и злостављања – европски стандарди и право Републике Србије	567
Иван ИЛИЋ, Реперкусије измењених процесних улога на утврђивање чињеница у кривичном поступку	585

ТРГОВИНСКОПРАВНА СЕСИЈА

Stefan PÜRNER, The “Long And Winding Road” Of Serbian Law (back) to Europe..	607
Горан КОЕВСКИ, Правни и други методи хармонизације македонског трговачког права са правом Европске уније	627
Миле ДМИЧИЋ, Душко ГЛОДИЋ, Усклађивање правног система Босне и Херцеговине са <i>acquis-ем</i> Европске уније у свјетлу примјене привременог Споразума о трговини и трговинским питањима	655
Александар ЂИРИЋ, Предраг ЦВЕТКОВИЋ, Карактеристике правног режима страних директних инвестиција у праву ЕУ	679
Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТТИЛА, Отровне пилуле - мера одбране од непријатељског преузимања или демонстрација моћи циљног друштва	697

Драган ВУЈИСИЋ, Борко МИХАЈЛОВИЋ, Уговор о туристичком путовању према Закону о заштити потрошача.....	709
Александра ВАСИЋ, О целисходности увођења приговора на пријаву жига у српско законодавство.....	727
Милева АНЂЕЛКОВИЋ, Право обвезника на поверљивост и тајност у међународној размени пореских информација.....	739
Марина ДИМИТРИЈЕВИЋ, Процес европских интеграција и будућност националних пореских система.....	753
Александар МОЈАШЕВИЋ, Ефикасност (судске) медијације у Србији у односу на поједине европске земље	773
Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ, Институционални оквири новог економског управљања у Европској унији (европски семестар).....	791

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА СЕСИЈА

Зоран РАДИВОЈЕВИЋ, Весна КНЕЖЕВИЋ-ПРЕДИЋ, Правни лекови у поступку пред Судом правде Европске уније ..	807
Небојша РАИЧЕВИЋ, Дејство одлуке Европског суда правде о решавању претходног питања.....	825
Татјана ЈОВАНИЋ, Осмишљавање и координација јавних политика као полазни основ хармонизације домаћих прописа за захтевима правне тековине ЕУ	843
Славиша КОВАЧЕВИЋ, Наслеђе правне културе и европске интеграције Србије.....	861
Сања МАРЈАНОВИЋ, Утицај Хашких конвенција о међународном приватном праву на усклађивање права Србије са правом ЕУ у материји заштите деце.....	875
Сања ЂОРЂЕВИЋ, Саветодавна надлежност Европског суда за људска права	893

CONTENTS

Editor's Introductory Note	15
---	----

Session 1: PUBLIC LAW

Milan PETROVIĆ, On the Legitimacy of the Constitutional Courts and Institutionalization of the Right to Resistance	19
Miodrag N. SIMOVIĆ, Milena SIMOVIĆ, The Limits of Authority of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the Procedure for the Assessment of Compliance of Laws with the Constitution of Bosnia and Herzegovina.....	45
Renata TRENESKA-DESKOSKA, Freedom of Religion as Part of EU “Ideology”.....	65
Dragan MILKOV, On the Need to Harmonize the Serbian Administrative Procedure with the EU Law	83
Vladan PETROV, Several Proposals for Constitutional Reform in the Part pertaining to the Judiciary: The Dilemma on the Judicial Academy as a Mandatory Condition for the First Election of Judges and Prosecutors.....	97
Todor KALAMATIEV, Aleksandar RISTOVSKI, Implementation of The European Social Model in The Labour Legislation of Republic of Macedonia	109
Željko MIRJANIĆ, The Importance of Social Dialogue in the Process of Consolidation of the National Law with the European Union Law .	129
Predrag DIMITRIJEVIĆ, Disputable Issues in the Application of the Administrative Procedure Act	143
Irena PEJIĆ, Constitutionalization Of Judicial Independance: in Comparative Law and in Serbian Legislation.....	157
Dejan VUČETIĆ, The EU Administrative Procedure Rules and the General Administrative Procedure of the Republic of Serbia	175
Maja NASTIĆ, Electoral Rules in Serbia and the European Standards on Universal Suffrage	187

Natalija ŽUNIĆ, Political Representation of Women in the European Union: Towards an Example of Good Practice	207
---	-----

Miloš PRICA, On the Objectives and the Factual Basis of Sustainable Development in the early 21 st Century	229
--	-----

Session 2: CIVIL LAW

Rodna ŽIVKOVSKA, Tina PRŽESKA, Codification of Civil Law	251
--	-----

Miroslav LAZIĆ, Ivana SIMONOVIĆ, Protection of Personality Rights in Civil Law.....	269
---	-----

Radenka CVETIĆ, Sustainable Development and Environmental damage.....	291
---	-----

Nevena PETRUŠIĆ, Collective Legal Protection: The European Approach	303
---	-----

Nataša STOJANOVIĆ, General Legal Framework For The Preservation of European Wildlife and Natural Habitats	325
--	-----

Mihajlo CVETKOVIĆ, Đorđe NIKOLIĆ, Liability for Damage caused by Shortage and Failure to Use Necessary Medical Devices	351
---	-----

Nina PLANOJEVIĆ, The Concept of a Clinical Trial In the Serbian Law and in the European Union Law.....	371
---	-----

Dejan JANIĆIJEVIĆ, The Concept of Family in the EU Law	389
--	-----

Jelena VIDIĆ TRNINIĆ, A Civil Partner as an Intestate Successor in the Contemporary European Legislations.....	407
---	-----

Anđelija TASIĆ, The Procedural Position of An Intervener in Anti-Discrimination Lawsuits	425
---	-----

Session 3: CRIMINAL LAW

Vojislav ĐURĐIĆ, The New Serbian Criminal Procedure - New Reasons for Harmonization with the European Legal Standards.....	443
---	-----

Milos BABIĆ The Judgment of the European Court of Human Rights in Maktouf and Damjanovic, and its Impact on Adjudication of International Crimes	459
Elizabeta IVIČEVIĆ KARAS, Reflections on the Reform of Croatian Criminal Procedure from the Perspective of the Defendant's Right to a Fair Trial	475
Dragan JOVAŠEVIĆ, The Application Of Informal Measures In Serbian Juvenile Criminal Law	497
Zoran ĆIRIĆ, Forensic Psychiatry Approach to Mental Disorders Resulting from Substance Abuse	515
Miomira KOSTIĆ, Filip MIRIĆ, Theories on the Globalisation of Crime.....	535
Darko DIMOVSKI, Private Prisons	547
Dušica MILADINOVIĆ-ŠTEFANOVIĆ, Protection of Minors from Sexual Exploitation and Abuse: The European Standards and the Criminal Law of the Republic of Serbia ..	567
Ivan ILIĆ, The Effects of the Modified Procedural Positions of Key Participants on the Process of Fact-Finding in Criminal Procedure.....	585

Session 4: TRADE LAW

Stefan PÜRNER, “Дуг и кривудава пут” српског права (назад) у Европу	607
Goran KOEVSKI, Legal and Other Methods of Harmonization of the Macedonian Commercial Law with the Commercial Law of the European Union..	627
Mile DMIČIĆ, Duško GLODIĆ, The Harmonization of the Legal System of Bosnia and Herzegovina with the EU Acquis In Light of the Application of the Interim Agreement on Trade and Trade Related Matters.....	655
Aleksandar ĆIRIĆ, Predrag CVETKOVIĆ, Characteristics of the FDI Legal Regime in the EU Law.....	679
Milena JOVANOVIĆ ZATTILA, Poison Pills: A Defensive Measure against a Hostile Takeover or a Demonstration of Power of the Target Company.....	697

Dragan VUJISIĆ, Borko MIHAJLOVIĆ, Tourist Travel Services Agreement under the Consumer Protection Act.....	709
Aleksandra VASIĆ, The Relevance of Introducing Opposition Proceedings into the Serbian Trademark Legislation.....	727
Mileva ANĐELKOVIĆ, Taxpayers' Confidentiality and Privacy Rights in the International Exchange of Tax Information	739
Marina DIMITRIJEVIĆ, The European Integration Process and The Future of National Tax Systems.....	753
Aleksandar MOJAŠEVIĆ, Efficiency of (Judicial) Mediation in Serbia as Compared to some European Countries.....	773
Marko DIMITRIJEVIĆ, Institutional Framework of the New Economic Governance in the European Union: the European Semester.....	791

Session 5: INTERNATIONAL LAW

Zoran RADIVOJEVIĆ, Vesna KNEŽEVIĆ-PREDIĆ, Legal Remedies in the Proceedings before the Court of Justice of the European Union.....	807
Nebojša RAIČEVIĆ, The Effects of a Preliminary Ruling of the European Court of Justice.....	825
Tatjana JOVANIĆ, Planned Development and Coordination of Public Policies as a Starting Point in the Harmonization of National Regulations with the EU Aquis	843
Slaviša KOVAČEVIĆ, The Legacy of Legal Culture and Serbia's European Integration	861
Sanja MARJANOVIĆ, The Impact of the Hague Conventions on Private International Law on Harmonizing the Serbian PIL with the EU PIL on Child Protection Matters	875
Sanja ĐORĐEVIĆ, Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights.....	893

Предговор

Зборник радова који је пред вама резултат је учешћа истраживача на међународној научној конференцији „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу 16. - 17. маја 2014. године.

Избор теме конференције определила је потреба да се, у светлу отпочињања преговора Србије за чланство у ЕУ, сагледају европски принципи и стандарди у појединим областима права, елаборирају искуства страних држава у процесу усклађивања националног права са правом ЕУ и размотре резултати које је Република Србија на овом плану остварила. Оваква тема конференције омогућила је окупљање стручњака из различитих правних дисциплина, што указује на њену актуелност.

За учешће на конференцији пријавило се 66 аутора са 53 реферата. Нарочити допринос успешности скупа дали су, поред домаћих аутора, бројни радови учесника са стране (26) који су представили еминентне научне институције и правне организације, попут: IRZ (Deutsche Stiftung für Internationalrechtliche Zusammenarbeit), Уставни суд Босне и Херцеговине, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св.Кирил и Методиј“ у Скопљу, Правни факултет Универзитета у Београду, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Одсек за координацију процеса стабилизације и придруживања Дирекције за европске интеграције Савјета министара БиХ у Сарајеву, Факултет за безбједност и заштиту Универзитета у Бања Луци, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и Правни факултет у Приштини (са привременим седиштем у Косовској Митровици).

Рад конференције отпочео је пленарним излагањима, а настављен је у пет одвојених, симултаних сесија. Теме су биле актуелне и разноврсне, подељене на јавноправну, грађанскоправну, кривичноправну, трговинскоправну и међународноправну област. Објављивање овог Зборника израз је настојања да се резултати истраживања учине доступним широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о појединим теоријским и

практичним проблемима везаним за поједина подручја правног система, чиме се остварује и део постављених циљева саме конференције.

Треба напоменути да је конференција одржана у периоду када је читав регион погодило невреме огромних размера, па је на територији Републике Србије проглашена ванредна ситуација због опасности од поплава. Ова околност онемогућила је, у последњем тренутку, долазак једног броја учесника, али није утицала на успешан рад конференције.

Захвалност изражавамо свима који су допринели одржавању ове научне конференције, а нарочито Министарству просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије на финансијској подршци.

УРЕДНИЦИ КОНФЕРЕНЦИЈЕ

Проф. др Милена Јовановић Zattila,
Управница Центра за правна и друштвена истраживања

Проф. др Мирослав Лазић,
Декан Правног факултета у Нишу

Introductory Note

This Collection of Papers is a result of researchers' participation in the International Scientific Conference "Harmonizing the Serbian legislation with the Law of the European Union", which was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 16 - 17 May 2014.

In light of opening the negotiation process for Serbia's prospective EU membership, the choice of the Conference theme was governed by the intention of legal scholars to consider the European principles and standards in subject-specific areas of law, elaborate on the experiences of other states in the process of harmonizing the national legislation with the EU law, and examine the results that the Republic of Serbia has accomplished so far. The Conference assembled expert from diverse legal disciplines, which confirms the contemporary appeal of the Conference topic.

The Conference was attended by a total number of 66 participants, 53 of whom submitted their conference papers. In addition to the Serbian researchers involved in this project, there was a significant number of participants (26) from eminent scientific institutions and legal organizations, such as the CDI (Deutsche Stiftung für Internationalrechtliche Zusammenarbeit), the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the Faculty of Law at University of Banja Luka, the Faculty of Law at the University of Zagreb, the Faculty of Law "Justinian" at the University "St. Cyril and Methodius" in Skopje, the Faculty of Law at the University of Belgrade, the Faculty of Law at the University of Novi Sad, the Faculty of Political Science at the University of Belgrade, the Department for Coordination of Stabilisation and Association Agreement at the Directorate for European Integration of the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina in Sarajevo, the Faculty of Security and Protection at the Independent University of Banja Luka, the Faculty of Law at the University of Kragujevac, and the Faculty of Law in Priština (with a temporary seat in Kosovska Mitrovica). All the participants significantly contributed to the success of this international scientific conference.

The Conference proceedings included plenary sessions which were followed by subject-specific sessions running simultaneously in five separate groups. The various subject-specific topics were classified into five major areas of law: public law, civil law, criminal law, trade law and international law. The publication of the Conference Collection of Papers is an expression of an endeavour to make the scientific research results available to the general public and to encourage scientific and professional debate on various theoretical and practical issues

related to certain areas of the contemporary legal system, which ultimately provides for accomplishing some of the Conference goals and objectives.

It should be noted that the Conference was held at a time when the entire region was hit by large-scale floods caused by storm and heavy rainfall. Due to the risk of flooding, the Republic of Serbia declared an emergency situation. These unfortunate circumstances prevented some of the participants from the region to attend the Conference but, otherwise, they did not significantly affect the Conference proceedings.

We wish to express our deepest appreciation and gratitude to all the participants and associates who contributed to the successful operation of this scientific conference. In particular, we extend our special tribute to the Ministry of Education, Science and Technological Development for providing financial support for this project.

Editors

*Prof. Milena Jovanović Zattila, LL.D.
Coordinator of the Centre for Legal and Social Research,
Faculty of Law, University of Niš*

*Prof. Miroslav Lazić, LL.D.
Dean,
Faculty of Law, University of Niš*

ЈАВНОПРАВНА СЕСИЈА

Др Милан Петровић,*
редовни професор Правног факултета, у пензији
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2:322

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

О ЛЕГИТИМИТЕТУ УСТАВНОГА СУДСТВА И ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈИ ПРАВА НА ОТПОР, С ДОДАТКОМ О ЛЕГИТИМИТЕТУ ЦРКВЕНИХ ВЛАСТИ

Апстракт: *Легитимитет државне власти неодвојиво је везан за појам „закон као израза опште воље“. У овом раду, „општа воља“ је опредељена као укупност (нормативних) правних принципа. Рад такође доказује да је најадекватнији „чувар устава“ сталешко (синдикално-професионално) представништво као други дом парламента. Разматра се и питање „спољашњега легитимитета“ црквених власти као њихово признање од стране државе.*

Кључне речи: *легитимитет, општа воља, правни принципи, сталешко представништво као „чувар устава“, црквене власти.*

1. О легитимитету уставнога судства и институционализацији права на отпор

О легитимитету уставнога судства у правној науци се не говори. Разлог за то најпре ваља тражити у њеном методу који се може назвати „легалистички позитивизам“. По том методу, до сазнања права искључиво се долази егзегезом уставних и законских текстова. Тај метод има особине „стандардног“ метода правне науке. До каквих последица његова примена води, дочараћемо на тексту чл. 1. Устава СФР Југославије од 1974. године. У том тексту стоји да је СФР Југославија „заснована на власти и самоуправљању радничке класе и свих радних људи, и социјалистичка самоуправна демократска заједница радних људи и грађана и равноправних народа и народности“. Тадашња правна наука, полазећи од тог текста, такође је тврдила да је дотична држава „социјалистичка самоуправна демократска заједница“ итд. Међутим, ако би се на ту државу применио реалистички метод, којим се уз одређене особености службе историја и

* milan@prafak.ni.ac.rs

социологија, политичке и економске науке, показало би се да она није била никаква „демократска заједница“, већ тиранија неколико кланова унутар једне политичке странке. Такође, легалистички позитивизам злоупотребљава и правне апстракције, по себи нужне у правној науци. Тако се тврди да је држава једно правно лице, што је једна, вероватно нужна, апстракција. Само, из те апстракције изводи се један реалан закључак, да је државна власт зато јединствена и недељива. Да ли је државна власт јединствена и недељива, на то питање одговор може дати само посматрање чињеница, и никако не дедукција из извесних апстракција. Заправо, основна методолошка поставка легалистичкога позитивизма је слепо повиновање правне науке властодршцу. Ту поставку лепо изражава једна мисао настала почетком 15. века, да је владар господар и речи и појмова: „Caesar dominus et supra grammaticam.“

Насупрот легалистичкоме позитивизму стоји схватање природног права. Оно учи да изнад правних текстова стоје извесне вечите и непроменљиве правне норме, због чега позитивно законодавство мора да се са њима усклади; ако не, онда је позитивно законодавство правно неваљано или нелегитимно. Само, против схватања природног права говори најпре постојање великог мноштва супротстављених природноправних школа; Erik Wolf (Wolf, 1959: 21–153) успео је да развије ништа мање него девет појмова природе и девет појмова права којима одговара осамнаест основних схватања природног права! То су: природно право као укупност правне егзистенције; природно право као историјски извор реда; природно право као предржавно друштвено уређење („status integritatis“); природно право као „природни закон“; природно право као филозофско учење о „апсолутном“ праву; природно право као теолошко учење о „релативном“ праву; природно право као иманентни поредак животне праксе; природно право као саможивљавање ирационално-емоционалних снага; природно право као принцип реформи; природно право као објективни „lex“; природно право као народски, пренаучни назор о праву; природно право као субјективно „ius“; природно право као индивидуално (или колективно) осећање права; природно право као „идеја“ права; природно право као „право на срећу“; природно право истоветно с „позитивним“ правом; природно право схваћено као „историјско право“; те природно право као социолошка законитост. Позитивна права ретко упућују на природно право. Значајно је како то чини један од основних правних текстова романско-германско-словенске правне породице, аустријски Општи грађански законик од 1. јуна 1811. године, донесен дакле у време када је правна наука прихватала учење о природноме праву као неспорну догму. У том законнику, о природноме праву је реч у три параграфа од укупно 1.502,

колико их садржи. При том је сасвим јасно прописано да позитивно право има првенство пред природним правом. Једино природно право које се изрично именује, налази се у § 16: „Сваки човек има урођена права, која се самим умом сазнају, и с тога се има сматрати лицем. Ропство или кметство и вршење власти која се на то односи, у овим земљама није допуштено.“ А у § 17. стоји: „Оно што је примерено природним правима сматра се да дотле постоји, док се не докаже законито ограничење тих права.“ Када пак говори о тумачењу закона, дотични законик у § 7. ставља природно право, у хијерархији правила тумачења, на последње место: „Ако се неки правни случај не би могао пресудити ни по речима нити по природноме смислу каквога закона, онда се мора обазрети на сличне, у законима јасно опредељене случајеве и на разлоге других с њиме сродних закона. Остане ли правни случај и тада неизванстан, онда се мора пресудити по начелима природнога права с обзиром на брижљиво прикуљене и зрело расуђене околности.“

Но, постоји и трећа област права која, по нама, има и за питање легитимитета пресудан значај: област правних принципа. При том ваља разликовати између нормативних принципа, који заузимају врховни положај у једном правном поретку, и информативних принципа, који су садржани у појединим правним нормама и који се, не представљајући никакав правни новум, могу појмити из њих. Када будемо говорили о правним принципима, имаћемо у виду само оне прве, нормативне принципе.

Правно врело правних принципа је римско право, кроз чију су рецепцију, коју Savigny (Savigny, I, 1840: 78) назива „највећим и најнеобичнијим актом обичајнога права у почетку новог доба“, дошло и до њиховог преузимања у романско-германско-словенска права, с тим што их је и тамо, где те рецепције није било, Црква посредством хришћанскога и канонскога права уливала у позитивна права земаља европскога културног круга; (в. Ripert, 1935: 34 илд.; Allen, 1958: 389 илд., 407). Правни принципи често се налазе у писаном законодавству. Наведимо само неке од најзначајнијих те врсте. То су: Мојсијевих десет заповести, декларације о правима законодаваца Француске револуције, начело поштења и савесности из § 242. Немачкога грађанског законика. Само, у стварности их често излажу и судије у својој преторској јудикатури. Тада оне непосредно питају правну свест и природу ствари. Правни принципи су, заправо, синтезе правне свести и природе ствари. Кроз ту синтезу они добивају објективан карактер, постају уистину „друштвене чињенице“ (faits sociaux) и „ствари“ (choses) сходно социологији Е. Durkheim-а (Durkheim, 1956: 141 ид.). Природа ствари као форма правнога мишљења била је позната још у античком Риму и у средњем веку; (в.: Wolf, op. cit., 79 илд.). Чувена је и дефиниција коју је Мон-

tesquieu ставио на почетак свога „Духа закона“ (Montesquieu, 1834: 3 ид.): „Закони, у најширем значењу, јесу нужни односи који проистичу из природе ствари; и у том смислу, сва бића имају своје законе: Божанство има своје законе, материјални свет има своје законе, интелигенције више од човека имају своје законе, животиње имају своје законе, човек има своје законе“.

Израз „правни принцип“ („правно начело“) најпре се јавио у немачком правном језику. Такође да право настаје и да се развија кроз саобраћај правне свести и природе ствари, тековина је немачке историјске правне школе, што најпре читује програмски спис њенога родоначелника, Savigny-ја (Savigny, 2002, passim). То двоје не треба да изненађује ако се има у виду да су немачке земље извршиле рецепцију римскога права „in complexu“. Тако, између осталог, Savigny каже да „основи настанка“ права почивају непосредно на подручју права „за себе (jus scriptum и aequitas), или истовремено на суделовању таквих принципа који не леже унутар граница тог подручја, мада имају са њим заједнички општи циљ (boni mores и свака врста utilitas)“ (Savigny, I, 1840: 56). Puchta, други великан историјске правне школе, закључује (Puchta, II, 1837: 61): „Постоје дакле три разлога који доводе до неегзистенције једнога обичајног права и тиме до рушења ауторитета једнога обичаја. Ти разлози су неспојивост примењиванага правила: 1) с божанским прописима, 2) с добрим обичајима, 3) с вишим правним принципима, у следству којих исто постаје немогуће као правно правило“. Puchta такође вели (Puchta, 1872: 22): „Ако се судија нађе напуштеним од спољашњих извора, онда правно правило које треба да примени мора да нађе у принципима позитивнога права (и не у такозваноме природном праву); полазећи од природе ствари он то правило добива путем правничке консеквенције и аналогије.“ Jhering истиче да су одређени принципи „исходишне тачке или праелементи римскога права“ (Jhering, I, 1878, 106 идд.).

Само, израз „правни принцип“ ускоро је нашао места и у францускоме јавном праву. Почев од 1887. године, један од класика управнога права у Француској, Edouard Laferrière, знаковито пише у уводу свога „Traité de la Jurisdiction administrative“ (Laferrière, I, 1887, 1896, р. VII): „Грађанско, трговинско, кривично право је кодификовано; управно право није, и постоји недоумица може ли уопште бити... Јудикатура је овде збиљски извор доктрине, пошто једино она може извести принципе из неповезаних одредаба у којима су скривени, установити хијерархију између текстова, наћи лек њихову ћутању, њиховој нејасности или њиховој недовољности, прибегавајући општим принципима права или се уздајући у правичност.“ И даље (op. et loc. cit., р. XIII): „Истина је да Државни савет, обратно од Касационога суда, нема обичај да у својим јудикатима излаже све правне

дедукције које опредељују његове одлуке; али, те дедукције ипак постоје; оне су утолико мање променљиве, чак и упркос промена политичких режима, јер су се увек надахњивале великим поштовањем „прецедената“ и јер су имале за основ, када текстова нема, традиционалне принципе, писане или неписане, који су на неки начин суштински спојени с нашим јавним и управним правом.“ Такође, у теорији права L. Duguit-а, „нормативна правна правила“, насупрот „конструктивним правним правилима“, јесу заправо нормативни правни принципи. Он наимаже каже да француски Грађански законик (Code Napoléon), ако се остави по страни породично право, садржи само три нормативна правна правила или правне норме: слободу уговарања, поштовање својине и обавезу да се надокнади штета проузрокована другом, кривицом починитеља, док су сва остала правила која тај законик садржи техничка или конструктивна; „она своју обавезну снагу изводе из оних трију нормативних правила и њихов је циљ да обезбеде остварење тих трију правила“ (Duguit, I, 1927: 109 ид.).

Индуктивни метод проналажења права у англоамеричком „case law“ није погодовао развијању теорије правних принципа у земљама те правне породице. Међутим, успостављање прецедента као извора права у тој правној породици не може се замислити без примене одређених, премда прећутних, правних принципа; (в.: Esser, 1956: 198 идд. et passim). Но, поједини великани англоамеричке правне теорије и те како указују на нужност правних принципа у образовању права. Тако Austin, родоначелник „аналитичке правне школе“, коју је на европском континенту почетком 20. века нарочито заступао аустроугарски теоретичар права F. Somló, вели (Austin, II, 2002: 1108): „Неки од принципа, појмова и разлика који су предмети опште јуриспруденције, могу се сматрати нужним. Јер не можемо кохерентно замислити правни систем..., а да их не појмимо као његов конститутивни део.“ Roscoe Pound, којег се с правом сматра највећим северноамеричким теоретичарем права, устврдио је да се целосна правна норма састоји од четири елемента: формалнога елемента правнога правила, материјалнога елемента принципа, техничкога елемента правнога појма и судскога елемента стандарда (Pound, 1934: 9 идд.; Pound, 1919: 445 идд.).

Надовежимо се на темељну теорију легитимитета Max-a Weber-а (Weber, I, 1964: 22 идд., 157 идд.). Тај знаменити социолог разликује три типа легитимне власти: традиционалну власт, која се легитимише веровањем подвлашћених у исправност, штавише светост једнога историјски баштињенога, „одвајкада“ постојећег поретка власти и у ауторитет лица која су у једноме таквом поретку позвана да владају; харизматску власт, која се легитимише веровањем подвлашћених да право имаоца те власти да влада проистиче из његове „харизме“, дословно „дара милости“, то

јест несвакидашњој преданости светости или хероизму, или узорности те особе и поретка који је ова објавила или створила; те рационалну или легалну власт, која се заснива на веровању подвлашћених у формалну коректност и установљеност на уобичајени начин правила која имаоци власти примењују. Weber уз то изрично допушта могућност мешања различитих типова легитимитета (Weber, I: 27). Данас је законитост, легалитет далеко најзаступљенији основ легитимитета.

Но, како може пуки легалитет да буде легитимитет? Weber-ов је одговор да је легална, рационална власт повезана са савременом, рационалном бирократијом (Weber, I: 160 и дд.). Carl Schmitt, делимично Weber-ов следбеник у области правне науке, сковао је, с тим у вези, речиту формулу (Schmitt, 1985: 348): „Легалитет је један модус функционисања бирократије...“ Само, „начело легалитета“, вели Duguit (Duguit, II, 1928: 176), „преовлађује у правима свих цивилизованих земаља“ и оне такође имају рационалне бирократије, али се власт у некима од њих тешко може сматрати легитимном. Узмимо, као пример тога, Тајван, Афганистан, Босну и Херцеговину, Украјину.

Одавде следи закључак да легалитет сам по себи не може да буде основ легитимитета, да му се зато мора придружити још неки други разлог. У тражењу тог другог разлога приметили смо да се Weber-ово схватање о легалитету као легитимитету додирује са гледиштем које је још у 18. веку у своме „Друштвеном уговору“ изнео Jean-Jacques Rousseau о закону као изразу „опште воље“ (*volonté générale*). Легитимна је само она влада која је вођена законом као општом вољом. (Rousseau, 1964: liv. II, ch. VI). Ту чувену формулу преузела је и француска Декларација о правима човека и грађанина, усвојена 1789. на почетку револуције од стране Уставотворне националне скупштине и која је још увек у Француској позитивно право. У погледу ње, Duguit вели (Duguit, III, 1930: 607) да је она била „друштвени уговор новог друштва које се родило из Револуције“ и да је она, тако схваћена, „истински закон, виши од обичних закона, чак виша... од уставног закона и сасвим различита од њега“. У члану 6. Декларације стоји: „Закон је израз опште воље. Сви грађани имају право да лично, или преко својих представника, учествују у његовом сачињавању. Он мора бити исти за све, било када штити, било када кажњава. Свим грађанима, будући једнаким у његовим очима, једнако су доступна сва јавна достојанства, места и запослења, према њиховој способности, и без друге разлике осим оне која проистиче из њихових врлина и њихових талената.“

Да би дакле један правни акт био закон, он мора бити донесен од свих грађана или њихових представника, мора бити једнак за све и мора бити

израз опште воље. Ако се под именом „законâ“, вели Rousseau (Rousseau, 1964: liv. IV, ch. I), доносе правни акти који имају за циљ посебан интерес, онда су то само „неправичне уредбе“. Он другде знаковито вели (ibid., p. 496): „Закони и вршење правосуђа међу нама су само вештина да се моћник и богаташ заклони од праведних репресалија сиромаша.“ Шта је узрок томе? Он истиче (Rousseau, liv. I: ch. VII): „У ствари, сваки појединац као човек може имати посебну вољу супротну или различиту од опште воље коју има као грађанин. Његов посебни интерес може му говорити сасвим другачије него општи интерес;...“ Међутим, Rousseau нигде не каже шта је „општа воља“. По нама, она је укупност правних принципа који важе у одређено време и на одређеном месту. Закон је дакле легитиман ако изражава или разрађује извештан правни принцип или правне принципе. Државна власт је легитимна ако су њени закони, или други извори права, гласници или конкретизације правних принципа. У једном ранијем раду изнели смо мишљење (Петровић, 2004: 25) да је „опште добро“ основ легитимитета државних власти, јер још увек нисмо имали у виду правне принципе. Сада сматрамо да је и „опште добро“ један од правних принципа, при чему је у савременој држави опште добро остваривање „јавних служби“ како их је схватио Duguit. По њему (Duguit, II, 1928: 59, 61), та држава је „кооперација јавних служби организованих и контролираних од стране управљача“. Јавна служба, „то је свака делатност чије обављање мора бити обезбеђено, уређено и контролирано од стране управљача, зато што је обављање те делатности неопходно за реализацију и развој друштвене међузависности, и зато што је та делатност такве природе да не може бити сасвим остварена без интервенције управљачке силе. Та делатност је од толике важности за заједницу да се не може прекинути ниједнога тренутка... Континуитет је једно од суштинских својстава јавне службе...“

Нелегитиман закон је апсолутно ништаван. То значи да један закон, оптерећен апсолутном ништавношћу, може да буде примењиван и извршаван, али да у свако доба може да буде оглашен ништавним: „Што се грбо роди, вријеме не исправи; – што је с почетка незаконито, то временом самим законито не постаје.“ (В. Богишић, Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору од 1888, чл. 1006). Дуго се сматрало да је правноснажност позитивноправна установа непроменљивости пресуда и, евентуално, управних аката који се тичу субјективних права. Тако Savigny каже (Savigny, VI, 1847: 261) да „правноснажност судске пресуде“ није „ништа друго... доли фикција истине којом се правноснажна пресуда обезбеђује од свакога будућег покушаја побијања или обеснаживања“. Но, захваљујући изузетном правнотеоријском спису бечкога професора управнога права А. Merkl-а, (Merkl, 1923: 177 идд.) данас се зна да је

правноснажност суштинска особина свих „правних појава“, што ће рећи не само појединачних, већ и општих правних аката, укључујући и закон, као „трајање њиховог важења“. По нашем мишљењу, као што закон опредељује правноснажност пресуда и управних аката, тако и материјални извори права, институције и правна свест опредељују правноснажност закона.

Дошавши до ове тачке наших разматрања, можемо потражити и наћи и одговор на питање о легитимитету уставнога судства.

Ниједна установа јавнога права није у новије време била толико величана и хваљена посвуда као уставни суд. Додуше, још је Врховни суд Сједињених Америчких Држава 1803. у случају „*Marbury v. Madison*“ присвојио себи право да испитује сагласност законâ са Уставом Сједињених Држава, а у томе су га следили и остали судови те земље. Но, требало је да прође више од једнога века, па да се у Европи појаве државни органи сличне надлежности. Обично се наводи да је први уставни суд у Европи установљен Уставом Републике Аустрије од 1. октобра 1920, који је у погледу организације и поступка пред Уставним судом био допуњен савезним законом од 18. децембра 1925. године. Уставни суд пресуђује о противуставности покрајинских закона на предлог Савезне владе, о противуставности савезних закона на предлог једне покрајинске владе, а по службеној дужности ако један такав закон треба да образује претпоставку одлуке Уставнога суда. Уколико нађе да је побијани закон противустанован, Уставни суд треба да га укине. Уставни суд такође испитује законитост уредаба те, уколико нађе да је уредба противзаконита, има да је укине. Само, већ је устав једне немачке федералне јединице, Баварске, од 14. августа 1919. прописивао у своме § 93. да сваки држављанин и свако правно лице које има седиште у Баварској имају право жалбе Државноме суду ако сматрају да су оштећени у својим правима делатношћу некога државног органа која представља повреду тог устава. Та жалба је допуштена само ако је претходно безуспешно употребљен правни лек код владе или је исцрпљен правни пут. Види се да је баварски Устав чак отишао корак даље од аустријског Устава, јер је појединцу признао неограничену уставну жалбу, решење које је касније прихватио и Основни закон за СР Немачку. Додајмо да је и § 72. баварског Устава од 1919. године гласио: „Надлештва којима је поверено правосуђе испитују приликом својих одлука, да ли закон који ваља применити не стоји у противуречности с неком од својих одредаба са Уставом Немачке државе, овим Уставом или неким другим уставним законом.“ За уставно судство „златно доба“ наступило је после Другог светског рата. Устав Италијанске Републике од 27. децембра 1947. установио је Уставни суд у оквиру поглавља о уставним гарантијама, који, између осталог, решава и о уставности закона и других прописа имајућих снагу закона, који потичу

од државе и регионâ. Питање покретања поступка испитивања уставности закона Устав није решио, већ је то учинио закон од 31. јануара 1948. године. Основни закон за Савезну Републику Немачку од 23. маја 1949. поставио је Савезни уставни суд у део о правосуђу; следствено тој концепцији он је и врховни суд те земље. Он тумачи устав (Основни закон) и решава о уставним жалбама које стоје свакоме на располагању у случају да је јавна власт повредила неко његово основно или уставно право. Између осталог, он решава и о забрани политичких странака. Но, да би одлуке Савезног уставног суда имале снагу закона, то јест да би тај суд могао да поништи неуставан закон, потребно је, по слову Основног закона (чл. 94. ст. 2, реченица прва), да га на то овласти савезни закон, чиме је правно дејство тих одлука релативисано. Тај овлашћујући закон (Закон о Савезном уставном суду) био је донесен 1951. и од тада је више пута мењан.

Занимљиво је да је и титоистичка СФР Југославија у својим уставима од 1963. и 1974. предвидела, у њиховим деловима о уставности и законитости, и уставне судове. Само, они се до напуштања титоизма, крајем 1980-их, нису бавили испитивањем уставности закона, премда су неки закони, нарочито они о политичким кривицама, очигледно вређали уставом зајамчена права. Заправо, ти уставни судови били су само украс једнога система углавном виртуелне уставности.

Откуда потиче појава уставних судова и, уопште, судова који одлучују о сагласности законâ са уставом на правноснажан начин? Основни разлог томе је суштинска деградација писаних закона у вишестраначкој републици и појава учења почев од краја 19. века, међу којима је предњачио немачки покрет „слободнога права“ (Freirechtsbewegung), да је законско право, нарочито због својих празнина, само покушај правног поретка, који тек судија, ослањајући се на „друштвено“ или „слободно“ право, које стоји изнад државног права, доводи до испуњења. Али и много касније, усхићени поклоник немачког Савезног уставног суда, аустријски правни философ и публициста Р. Марчић (Marcic, 1957: 340), славослови: „... монизам апсолутне парламентарне демократије истискује се дуализмом у коме Ареопаг и Парламент деле власт и један другога држе у равнотежи снага (balance of power); уместо грађанске правне државе и либералне демократије јавља се социјална правна држава. То је линија: Држава судије мало-помало замењује државу закона.“

Деградација писаног законодавства изражава се квантитативно и квалитативно. Што се њеног квантитативног израза тиче, Ripert (Ripert, 1949: 7) вели: „Суверена власт је пренесена на скупштину изабрану универзалним гласањем, дужну на основу свог самог регрутовања да

задовољава интересе и жеље највећег броја, обавезну да на континуиран начин ствара ново право јер бирачи од ње захтевају реформе. Па како несрећно ова земља, и друге с њом, пролази кроз ово столеће нереда створеног ратовима и кризама, законодавац се налази принуђеним да без застоја врши своју власт. Он мисли да само он може наћи лека тој критичној ситуацији. У сваком случају, установило се веровање да од њега зависи лек.“ Имајући у виду слично стање ствари, Carl Schmitt говори о „моторизованом законодавству“ (Schmitt, 1985: 406 ид.).

У квалитативном смислу, деградација писаног законодавства испољава се у потискивању писаног закона као опште и једнаке за све правне норме, законом који се јавља као пуко средство за остваривање каквога конкретног циља, „законом-мером“, што ће речи „законом-управном мером“. Израз „закон-мера“ (Massnahmegesetz) сковао је такође Carl Schmitt (Schmitt, 1985: 347 ид.). У француској правној и политичкој теорији такав закон се назива „законом за стицај околности“ (loi de circonstance). „На начин да“, вели Bertrand de Jouvenel (de Jouvenel, 1972: 586 ид.), „ти наводни закони, умножени, нису уистину ништа друго до акти владе, којима се свакодневно супротставља свакодневним околностима. Чувала или не то слабо прикривање, власт у сваком случају прибегава самовољним одлукама... Та самовољна власт, ношена страстима гомиле и покретана страстима појединаца који је држе, без правила, без кочица и без граница, успоставља, ма каквим се лажним сјајем покривала, деспотизам какав Запад још није доживео.“

Постоје два основна типа уставних или њима сличних судова.

Први тип представљају они уставни судови који искључиво испитују да ли закон, или подзаконски правни акт чије им испитивање припада, очевидно вређа неку уставну одредбу. Тада уставни суд, који ту повреду уз све формалности изричито утврђује, заправо врши заштитно правосуђе, као кад управни суд испитује законитост управног акта туженог надлештва или кад кривични суд утврђује да ли је оптужени извршио кривично дело крађе. Нека права дозвољавају и редовним судовима да инцидентно утврђују да ли је закон који ваља применити повредио уставни пропис, па ако нађу да јесте, онда неће применити тај закон, већ непосредно уставну одредбу, а у складу с правилом: *Lex superior derogat legi inferiori*. Природна је, наиме, последица устројства поделе власти да суд одређује коју ће од колидирајућих правних норми применити у случају у коме казује право. Овде такође важе правила која се сматрају априорним: *Lex posterior derogat legi priori*; *lex specialis derogat legi generali*; *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*. Овде је разлика

између инцидентне контроле уставности коју врше редовни судови и контроле уставности коју врше уставни судови само у томе што редовни суд може да одбије примену противуставног закона у датом случају, а не може да дира у његово важење уопште узев, дочим уставни суд може да противуставну законску одредбу стави ван снаге, то јест да је поништи или укине. Легитимитет инцидентне контроле уставности закона од стране редовних судова почива, како изврсно примећује Carl Schmitt (Schmitt, 1985: 92), у самоодбрани судова као чувара независнога правосуђа од злоупотребе законске форме за нешто друго него што је нормирање саобразно правноме правилу: од „појединачних наредаба, ослобађања од дужности, помиловања, кршења прописа који и даље важе итд.“. Уставни судови који врше такву, дефанзивну, заштиту уставности у ствари су специјални судови – као што су управни, војни, комерцијални судови – с тим што имају и извесна овлашћења врховних судова.

Образац за други тип уставних судова нуди Врховни суд Сједињених Држава. Нарочито приликом контроле социјалног законодавства и законодавства о трустовима он је испитивао сагласност закона са поштењем и савесношћу, исправним правом, добрим обичајима, разумношћу (reasonableness, expediency) и сличним појмовима. То јест, он није прибегавао само пуком подвођењу под садржај уставне норме попут уставних судова претходнога типа, већ је обеснаживао законе и због њихове несагласности са духом и принципима Устава Сједињених Америчких Држава. Знаковит је, с тим у вези, исказ истакнутога судије Врховнога суда Сједињених Држава, Felix-a Frankfurter-a, који је ту службу вршио од 1939. до 1962. године: „Врховни суд је Устав“ (Нав. у: Krüger, 1966: 708). Према томе, тај Врховни суд има власт да утврђује општу вољу, штавише да побија и тумачења опште воље од стране законодавних чинилаца (домова Конгреса). Овај тип уставних и њима сличних судова можемо назвати „чуварем устава“ – израз којим је себе назвао немачки Државни суд у једној одлуци од 15. октобра 1927. (в.: Schmitt, 1985: 70).

Положај уставнога суда „чувара устава“ има и Савезни уставни суд СР Немачке. То као позитивну особину усхићено истичу савремени немачки познаваоци уставнога права. Говоре о његовој супрематији у односу на друге уставне органе, о њему као „четвртој власти“, „резервном законодавцу“, „парламенту одличника“, „кабинету у сенци“, „суперревизионој инстанци“, „судијском суверену“, „контракапетану“; (в.: Simon, 1984: 1268).

Тај положај немачкога Савезног уставног суда као „чувара устава“ особито долази до изражаја у његовом овлашћењу да забрањује политичке странке. Према чл. 21. ст. 2. Основнога закона и § 43. и слл. Закона о

Савезном уставном суду, тај суд изриче противуставност странака које по својим циљевима или по понашању својих чланова смерају да оштете или одстрани „слободарски демократски основни поредак“ или да угрозе „постојање Савезне Републике Немачке“. Овлашћени подносиоци предлога за изрицање противуставности странке јесу Савезна скупштина, Савезно веће и Савезна влада. Влада савезне покрајине може поднети такав предлог само против странке чија се организација ограничава на територију одговарајуће савезне покрајине. „Слободарски демократски основни поредак“ и „постојање СР Немачке“ јесу генералне клаузуле које изражавају правне принципе, дакле општу вољу.

Најспектакуларнији процес забране једне политичке странке који је до сада вођен пред Савезним уставним судом био је процес забране Комунистичке партије Немачке (КПД). Поступак је 22. новембра 1951. покренула Савезна влада, а њен је вештак био римокатолички филозоф пољскога порекла, Доминиканац Ј. М. Вошењски. Пресуда Савезнога уставног суда којом је КП Немачке била оглашена противуставном и њена целокупна имовина била заплена у корист државе, изречена је 17. августа 1956. и садржавала је преко 400 страница. Разлог толикога одуговлачења био је вероватно тај, што се очекивао повратак последњих немачких заробљеника из Совјетскога Савеза, највећма ратних злочинаца, који је у октобру 1955. и уследио, након што су СССР и СР Немачка успоставили дипломатске односе.

Та пресуда била је, заправо, идеолошки обрачун западнемачкога демохришћанског режима с марксистичким комунизмом. У њој, између осталог стоји: „Либерални уставни до почетка 20. века једва да су морали да рачунају с политичким странкама које су се бориле против основâ слободарскога државног уређења; тако је њима био примерен став безусловне толеранције и неутралности према свим странкама. То се променило с појавом ‘тоталитарних’ (!) странака након Првог светског рата, које нису прихватале природан унутрашњи покрећући принцип слободарске демократије, слободну игру политичких снага... Према таквим странкама слободарској демократији, која мора да штити и обезбеђује достојанство човека, није више могућ неутралан став, те настаје уставно-политички проблем која ће правна средства хтети да употреби да реши задатак који за њу произилази ‘нема безусловне слободе за непријатеље слободе’. Вајмарски је Устав одустао од таквога решења, задржао своју политичку индиферентност те је зато подлегао најагресивнијој од тих тоталитарних странака... Став Основнога закона према политичким странкама је разумљив само на позадини искустава борбе с тим тоталитарним системом. Уградња делотворних правних осигурања против тога, да такви политички правци не могу икада опет да получе

утицај на државу, одлучно је заокупљала мишљење уставотворца. Ако, с једне стране, Основни закон још увек следи традиционалну слободарско-демократску линију, која према политичким странкама налаже начелну толеранцију, он ипак не иде дотле, да из пуне непартијности уопште одустане од истицања и заштите сопственога система вредности... Основни закон је дакле свесно предузео покушај синтезе између принципа толеранције према свим политичким схватањима и пристајања уз извесне неприкосновене основне вредности државнога уређења:... Ради решења једнога граничног проблема слободарскога демократског државног уређења као израза искустава уставотворца који је у одређеној историјској ситуацији веровао да више не сме да у чистом виду оствари принцип неутралности државе према политичким странкама, као пристајања уз једну – у том смислу – ‘ратоборну демократију’... Коначан циљ КП Немачке је успостављање социјалистичко-комунистичкога друштвеног уређења на путу преко пролетерске револуције и диктатуре пролетеријата. Како пролетерска револуција тако и диктатура пролетеријата неспојиве су са слободарским демократским основним поретком. Оба државна уређења међусобно се искључују... Такође су и заступници КП Немачке у усменој расправи потврдили неспојивост обојих државних уређења. Додуше, КП Немачке не тежи (!) пролетерској револуцији и диктатури пролетеријата као актуелном, непосредно остваривом циљу. Али пут и начин како она пролетерску револуцију и диктатуру пролетеријата чини предметом свога страначко-политичкога школовања, пропаганде и агитације у политичкој борби унутар Савезне Републике Немачке, и њено укупно понашање као странке доказују да она већ сада стреми подривању слободарског демократског основног поретка Основног закона.“

У овој пресуди, немачки Савезни уставни суд прибегава апстракцијама којима свесно искривљава чињенично стање. Тако, Немачка либерални уставиматекодуспостављања Вајмарске републике. До краја Првог светског рата она је била милитократска уставна монархија. Израз „тоталитарна странка“ као надпојам који треба да обухвати фашистичке и комунистичке странке није научан, већ је производ доктрине северноатлантскога империјализма. Фашизам и комунизам, упркос спољашњих сличности, представљају крајње антагонистичке погледе на свет и политичке приоритете. Либералну демократију у Немачкој није срушио макар какав „тоталитаризам“, већ фашистичка Националсоцијалистичка странка. КП Немачке била је најжешћи противник нацифашиста и тиме заштитник либералне уставности. После великог изборног успеха националсоцијалиста 1930. централни комитет КП Немачке је 29. новембра 1931. позвао на образовање јединственог фронта против фашизма.

Разуме се да комунисти нису бранили либерални Устав из симпатија према либерализму, већ зато што су знали да ће, уколико фашисти сруше слободарску демократију, најпре они бити стављени ван закона. С друге стране, управо је немачка правосудна бирократија била један од главних ослонаца фашистичког режима. Савезни уставни суд је утврдио да КП Немачке „не тежи“ пролетерској револуцији и диктатури пролетеријата „као актуелном, непосредно остваривом циљу“. Па ипак судио је КП Немачке због „деликта мишљења“. Где онда лежи линија раздвајања између северноатлантске „ратоборне демократије“ и фашистичке или комунистичке диктатуре?

Друга по снази политичка странка у СР Немачкој, Социјалдемократска (SPD) критички је реаговала на судску забрану КП Немачке; (в.: Margis, 1957: 341). Такође је Савезна делегатска конференција Социјалистичког немачког студентског савеза (SDS), која је од 27. до 29. октобра 1956. заседала у Франкфурту на Мајни, закључила да се забрана КП Немачке од стране Савезног уставног суда може користити да би се повредила „права немачкога радничког покрета“ и прогањале друге опозиционе групе. Уједно, тиме ће се знатно отежати поновно уједињење Немачке и сада се још лакше могу сузбијати све социјалистичке позиције под изговором борбе против комунизма; (в.: Kraushaar (Hg.), I, 1998: 120). У СР Немачкој је 27. октобра 1968. поново основана једна комунистичка странка, „Немачка комунистичка партија“ (DKP).

Уставни или сличан суд који потпада под категорију „чувара устава“ не може имати легитимну вољу. Само је закон као – и када је – израз опште воље легитиман. Воља коју изјављује суд уопште и уставни суд напосе може бити само посебна, партикуларна воља. Уставни суд је само један чиновнички колегијални орган чије чланове бира носилац законодавне или именује носилац извршне власти обично између политичких службеника, правних саветника великих предузећа и страначки изузетно подобних професора права. Када једном таквом органу принадежи да своју вољу намеће као општу или уместо опште, он је, по речима самога Rousseau-a (Rousseau, liv. III, ch. X), узурпатор деспотске власти.

Међутим, критиком уставнога судства не решава се проблем „чувара устава“. Решење тог проблема лежи у комплексу питања „права на отпор угњетавању“. Сам Rousseau изравно не одговара на то питање. За оне који неће да се повинују општој вољи, он само каже „да ће их се присилити да буду слободни“ (Rousseau, liv. I, ch. VII). Но, право на отпор било је освештана установа западноевропскога средњег века, и као такво ушло је и у француску Декларацију о правима човека и грађанина од 1789.

године, чл. 2: „Сврха свакога политичког удружења је очување природних и незастаривих права човека. Та права су слобода, својина, безбедност и отпор угњетавању.“

Само, право на отпор имаде различита значења и различит правни значај.

У касном средњем веку, присталице просветитељскога схватања природнога права научавале су да је право на отпор у ствари „право на револуцију“; (в.: Wolzendorff, 1916: 13 идд., 111 идд., 262 идд.). Такво право не може постојати. Револуција је апсолутни прекид правнога континуитета, „мртва тачка“ права, услед чега право не може да суди о ономе где га нема. Зато револуција није ни легитимна ни нелегитимна. То дакако важи само за успеле револуције. Учесницима неуспешних револуција, какве су, на пример, биле мађарске револуције од 1848. до 1849. и 1956. године, судиће се по старом праву будући да није дошло до прекида његовога континуитета. Дакако, револуционарна власт која је победила потпада за убудуће суду легитимитета.

Исправно схваћено право на отпор, такво у погледу кога се може поставити питање легитимитета, може бити коришћено једино у очувавајућем смислу, то јест као право из нужде у сврху одржања или поновнога успостављања нарушеног правног поретка. При том се оно јавља било као дефанзивно, било као офанзивно право на отпор.

Право дефанзивнога или пасивнога отпора састоји се у неизвршавању нелегитимних заповести. Под одређеним условима, то право није само право, већ је и морална дужност хришћанина. Према „Дјелима апостолским“, када су јерусалимски свештеници забранили апостолима да проповедају у Исусово име, ови им одговорише (5, 29–32): „...Већма се треба Богу покоравати него ли људима. Бог отаца нашијех подиже Исуса, којег ви убисте објесивши на дрво. Овога Бог десницом својом узвиси за поглавара и спаса, да да Израелу покајање и опроштење гријехâ. И ми смо његови свједоци ових ријечи и Дух свети којег Бог даде онима који се њему покоравају.“ Потом су Јевреји оптужили ђакона Стефана да „хули на Мојсија и на Бога“ и каменовали га (Дјела апостолска, 6, 11; 7, 58–60). Иза тога следило је мноштво хришћанских мученика, који су осуђивани на смрт јер су одбијали да римским царевима указују божанске почести, обавеза од које су били ослобођени једино Јевреји као „стара религија“. То ће потрајати до зиме 312. на 313. годину, када Константин Велики и Лициније издају у Милану едикт о толеранцији. Али, и главни говорник раног француског либерализма Benjamin Constant, посебно имајући у виду револуционарно законодавство из 1793. године, пише почетком 19. века (Constant, 1957: 1075 ид.): „Никаква дужност нас не обавезује према тим

наводним законима, чији корумпирајући утицај угрожава најплеменитије делове наше егзистенције, према тим законима који не само што скучавају наше легитимне слободе, већ такође и наређују радње супротне оним вечитим принципима правде и милосрђа којима човек не може да се не повинује, а да не поквари и порекне сопствену природу... Позитивна, општа дужност, без ограничења, кад год закон изгледа неправедним, јесте да не будемо његов извршилац. Та снага инерције не повлачи ни поремећаје, ни револуције, ни нереди. Ништа не оправдава човека који пружа помоћ закону за који верује да је неправедан“.

Право на офанзиван отпор у ствари је право прибегавања самопомоћи, устанку против нелегитимних власти и нелегитимних заповести. То право такође происходи из суштине нелегитимитета. С тим што то право практично не може да врши усамљени појединац, већ институције. Један од водећих правних и политичких теоретичара 18. века, Швајцарац Burlamaqui (Burlamaqui, 2003/1: 91), пише: „Ако претпоставимо опаку власт; ум, далеко од тога да је одобрава, устаје против ње као против непријатеља који је утолико опаснији што је моћнији. Човек не би могао да призна такву власт као право; насупротив томе, он је овлашћен да на сваки начин уклони од тако ужаснога господара, како би се сакрио од зала која би могао да неправедно претрпи од њега.“ А у једном другом делу, он каже (Burlamaqui, 2003/2: 130): „...када кажемо да је народ у праву да се одупре тиранину, или чак да га свргне, не треба да под речју народ разумемо подлу светину или земаљски олош, нити заверу малог броја бунтовника, већ највећи и најразборитији део поданика из свих сталежа краљевине. Тиранија... мора бити очигледна и пропраћена најтврђим доказима“.

Само, вршење офанзивнога права на отпор може бити крајње опасно по државно јединство и довести и до интервенције страних сила. Duguit, који признаје право на отпор у свој његовој пуноћи, подразумева и таква повратна дејства (Duguit, III, 1930: 805): „Остаје питање агресивнога отпора или права на устанак. Теоријски, ни овде одговор не може да изазива сумњу. Свака влада (под њом подразумевам укупност власти постављених на врх државе) која, на трајан начин, доноси законе вређајуће више право које се намеће држави, која предузима или допушта да се предузимају самовољни акти који крше постојеће законе, јесте тиранска влада која изневерава своју мисију, и народ који прибегава револуцији (исправније би било рећи „устанку“, М. П.) да би је свргнуо без даљег ради легитимно. Не би се могло оспорити да је у историји било легитимних револуција (исправније би било рећи „легитимних устанака“, М. П.). Али, слажем се да у стварности вршење једног таквог права повлачи са собом велике опасности. Сви политички философи, који су од светог Томе до Locke-а признавали право на устанак,

имали су у виду те опасности препоручивали да се тај лек користи само уз крајњи опрез.“ Но, једину алтернативу нуди институционализација права на офанзиван отпор. Сам Duguit вели у другој књизи (Duguit, II, 1928: 198): „С друге стране, ако су, како верујем, друштвене групе на путу да се интегришу у унутрашњост свакога националног друштва и нарочито у Француској посредством синдикалних формација, оне ће моћи да организују снажан и мирољубив отпор примени угњетавачких закона.“

Мисао о институцији која остварује право на офанзиван отпор и која је легитиман „чувар устава“ јер је судеоник у општој вољи, није нова. Овде из епохе савремене државе, која почиње с француском револуцијом, а претходници су му били спартански ефорат и староримски трибунат, ваља као први пример истакнути „Сенат чувар“ (Sénat conservateur) из Устава Француске Републике од 13. децембра 1799. По том уставу, Сенат чувар, чији је идејни творац највећи уставописац из доба Француске револуције Е. Ј. Siéyès, одржава или поништава све акте који су му као неуставни достављени од Трибуната или Владе. Попуњава се кооптацијом, али његов избор нових чланова мора се кретати у оквирима предлога које су учинили Законодавно тело, Трибунат и Први конзул. Сенатор је непокретан и његова служба је доживотна. Касније је Сенат чувар, полазећи од своје власти аутентичнога тумачења Устава, почео да врши и уставотворну власт. Слично је био постављен и Сенат по францускоме Уставу од 14. јануара 1852. По њему, Сенат је чувар основнога друштвеног уговора (pacte fondamental) и јавних слобода, и никакав закон не може бити проглашен пре него што му је био подастрт. Он се супротставља проглашењу: 1. закона који би били супротни Уставу или га вређали, или вређали религију, морал, слободу вероисповести, слободу појединца, неприкосновеност својине и начело непокретности судија; 2. закона који би могли да угрозе одбрану територије. Путем сенатус-консулта он уређује: 1. устав колонија и Алжира; 2. све што није било предвиђено Уставом, а нужно је за његову примену; 3. смисао чланова Устава који дају места различитим тумачењима. Сенат се састоји: 1. од кардинала, маршалâ, адмиралâ; 2. од грађана за које председник Републике сматра да их треба уздићи на положај сенатора. Сенатори су непокретни и доживотни.

У часу гласања за француски Устав од године III (1795), Siéyès је такође изнео идеју репрезентације друштвених елемената различитих од становништва. Том приликом је рекао (Moniteur, Réimpression, XXV, 294, cit. in: Duguit, II, 1928: 760): „Ако бисмо хтели установити нешто најбоље од те врсте, онда бисмо, по моме мишљењу, усвојили комбинацију подесну да у законодавство уђе отприлике једнак број људи посвећених трима великим радовима, трима великим индустријама које сачињавају покрет и

живот просперитетнога друштва; говорим о сеоској индустрији, градској индустрији и о оној чије је место свуда и чији је предмет култура човека, и доћи ће дан када ће се опазити да су то важна питања.“ Француски народни посланик и истакнути поборник хришћанске демократије Marc Sangnier у својој парламентарној беседи 1920. изјављује: „Оно што захтева велики број радника, организовани пролетеријат или радије организована професија, како мануелне професије тако и интелектуалне професије,... то је да се све те снаге не сматрају као снаге које се консултују само с времена на време и чије се мишљење не мора прихватити, већ као интегрални део националних снага, у смислу да поред политичке репрезентације која смо овде, буде успостављена и репрезентација економских интереса земље. Аутентична репрезентација као и друга. Дуалитет скупштине већ постоји. Уместо нашега политичког сената, захтевам професионални сенат... Захтевам да постоји двоструко представништво: с једне стране, политичка репрезентација и, с друге, репрезентација економских интереса, свих интереса, како оних послодаваца тако и оних радника.“ (Chambre des députés, 21. маја 1920: Journal officiel, 1605: cit. in: Duguit, II, 1928: 761 ид.).

Но, обједињавање концепта сталешкога, синдикално-професионалнога представништва и концепта институционализације права на отпор, из ког обједињавања происходи појам легитимнога „чувара устава“, највећма је заслуга Duguit-ева.

Сталежи образују основ државнога уређења. Немачки правни философ и криминолог W. Sauer (Sauer, 1961: 54 ид.) вели: „У свакој држави расте, независно од државне форме и чак независно од образовања и утицаја политичких странака, с растућом културном зрелашћу становништва нарочито на економском, техничком и културном пољу значај интересних скупина и уопште њихових предводника, које у свом смислу теже ‘општем добру’... Оне надзиру државне послове и страначке вође, настоје да на њих утичу путем ‘погодби’ и да изнуде извесне радње путем својих средстава моћи (штампа, штрајкови). Министарства нису зависна само од страначких вођа, него и од представника интереса. Тако се изграђује, противно свим законским процедуралним нормама, друштвена воља, опште добро. Власт напослетку не припада, такође у демократијама, политичким странкама, већ представницима интереса. Ови коначно опредељују опште добро, а оно важи као правда.“

Но, зашто сталези, то јест професионалне скупине, немају своје представништво у државном парламенту, као један дом равноправан са домом који происходи из општих избора које контролишу политичке странке, већ су као „скупине за притисак“ гурнуте у „природно стање“?

Напросто зато, гласи одговор, што то не дозвољавају политичке странке, које би, у режиму постојања сталешкога парламентарног представништва, увелико изгубиле не само своју моћ, већ и разлог постојања.

2. Додатак о легитимитету црквених власти

Спољашњи легитимитет, то јест признање од друге државе или других држава, нема утицаја на постојање државе. Смисао тог признања је воља признавајуће државе да успостави редовне односе са признатом државом (в.: Новаковић, I, 1936, 21). Но, у односима државе и Цркве спољашњи легитимитет је неопходан услов постојања Цркве као правне заједнице. Другим речима, црквено право на територији једне државе настаје тек када држава о чијој се територији ради призна Цркву, при чему то признање не мора бити изрично; довољно је да државне и црквене власти ступе у међусобне односе. Додуше, Црква је и у време када је римска држава није признавала, штавише, када ју је прогањала, имала своја правила понашања. Тако су још у апостолско доба апостоли и старешине јерусалимске Цркве прописивали уредбе („догме“ или „догмате“ у старогрчком и латинском тексту Библије) којих су биле дужне да се придржавају остале цркве (Дјела апостолска, 16, 4). Уједно, хришћанска Црква је морална заједница, у којој вера и морал чине неодвојиво јединство. Апостол Павле у „Посланици Римљанима“ вели (1: 21–32): „Јер познавши Бога, не прославише га као Бога, нити му хвалу дадоше, него залудеше у својим мислима, и утону у таму неразумно срце њихово. Градећи се мудри полудеше, и претворише славу бесмртнога Бога у облик смртнога човека и птица и четвороножних животиња и гмизаваца. Зато их предаде Бог по жудњама срца њихових у нечистоту, тако да они сами оскрвњују своја сопствена тела, они који претворише истину Божју у лаж, и дадоше већу част и службу створењу него створитељу, који је благословен на све векове. Амин! Зато их предаде Бог срамним страстима; јер женске њихове претворише природне односе у противприродне, а тако исто и мушкарци, напустивши природне односе са женским родом, распалише се похотом један на другог, чинећи мушкарци са мушкарцима ствари срамне, и примајући на себе саме плату достојну свог застрањивања. И како не мараху да познају Бога, то их Бог предаде уму њиховоме поквареноме, да чине што не ваља, пуни будућа сваке неправде, злоће, блуда, лакомства, пакости: пуни зависти, убиства, свађе, лукавства, злоћудности; клеветници, опадачи, недушевни, Богу мрски, силеџије, хвалише, охоли, измишљачи зла, непокорни родитељима, неразумни, неверни, нељубазни, непримирљиви, немилостиви; и који, и познајући правду Божју, по којој заслужују смрт они који то чине, ипак не само да то сами чине, него и повлађују онима који то раде.“

Та правила била су, наиме, првобитно етичке и конвенционалне норме, и не правна правила. (О етичким и конвенционалним нормама и њиховој разлици од правних норми в.: Somló, 1917: 66–69, 72–75 et passim). Но, све се то променило доношењем наведеног едикта Константина Великог и Лицинија о толеранцији, јер је њиме хришћанска Црква била призната од државне власти. Од тада она постају правилима црквенога права. С тим, што та правила остају потчињена државном праву. То недвосмислено каже и апостол Павле у „Посланици Римљанима“ (13: 1–4): „Свака душа да се покорава властима које владају; јер нема власти да није од Бога, а што су власти, од Бога су постављене. Тако који се супротстави власти супроти се наредби Божијој; а који се супроте примиће гријех на себе. Јер кнезови нијесу страх добријем дјелима него злијем. Хоћеш ли пак да се не бојиш власти, чини добро и имаћеш хвалу од ње; Јер је слуга Божиј теби за добро. Ако ли зло чиниш, бој се; јер узалуд не носи мача, јер је Божиј слуга, осветник на гњев ономе који зло чини“.

У режиму одвојености Цркве и државе, то јест слободе вероисповести, црквене власти су дужне да се придржавају општих, једнаких за све закона, рецимо оних који се тичу правне способности, забране ретроактивности, поштовања личнога достојанства које укључује право на поштено суђење. Ако правни акти или радње црквених власти вређају неке од тих закона, државни суд може да такве акте поништи и радње забрани, те да досуди обештећење повређеним лицима. Но, држава не сме да испитује унутрашњу легитимност црквенога права, то јест питање хијерархије извора црквенога права. Она посебно не сме да испитује важење црквених догмата, јер они чине суштину црквене вере и слободе вероисповести. Ваља приметити да се слобода вероисповести као основно право управља против државе, и не против трећих лица, посебно не против верских заједница, против Цркве. Оно забрањује државну, али не и црквену нетолерантност. Остаје и под режимом слободе вероисповести недирнуто право Цркве да своје припаднике, како духовнике тако и лаике, принуђује да извршавају своје унутарцрквене дужности применом унутарцрквених средстава; у ту сврху Цркви стоји на располагању њена власт стеге и дисциплиновања (црквено казнено право). Разуме се, то право не сме стајати у супротности са државним правом.

У режиму државне цркве, који је у појединим хришћанским земљама постојао до у 20. век, државна Црква имала је мноштво повластица. Црквене некретнине биле су неутуђиве (принцип „мртве руке“), тако да је Црква временом постајала највећи земљопоседник, Црква је била ослобођена пореза и плаћања државне поште и превоза, државни поглавар могао је да својим поданицима наметне своју веру („Cuius regio, eius religio.“),

да прекршиоце црквенога права, посебно јеретике, гони као злочинце против државнога права, био је у сваком погледу дужан да штити Цркву на својој територији („advocatus ecclesiae“). С друге стране, Црква је под овим режимом имала и посебне дужности. Била је обавезна да из своје имовине збрињава сиротињу и удовице. Земаљски владар био је и црквени поглавар (summus episcopus). С тим у вези, он је могао да поставља и смењује црквене великодостојнике, те да се, штавише, меша и у догматска питања. Тако је римски цар Теодосије I својим знаменитим солунским едиктом од 27. фебруара 380. (Codex Theodosianus, 16, 1, 2) прогласио хришћанском религијом само ону хришћанску веру коју исповедају на Западу римски епископ Дамаз и на Истоку александријски епископ Петар. Сазивајући васељенске саборе, византијски цареви могли су да меродавно утичу на утврђивање догмата и осуђивање јереси о којим се питањима расправљало на тим саборима. Како примећује Mommsen (Mommsen, 1955, 597), „али исправно хришћанство, православна вера, увек је вера часовитога цара“. Енглески краљеви прописали су учење и устав англиканске Цркве после раскола са Римом; (в.: Jedin, IV, 2004: 271 илд.).

Као подраздео „државне цркве“ јавља се „црквена држава“. Она у Западној Европи постоји у доба када је римски папа био не само поглавар римокатоличке Цркве, већ и врховни владалац римокатоличкога света; он је одлучивао о легитимитету владарâ њиховим крунисањем и изопштењем (екскомуникацијом) које је било равно свргавању. То доба трајало је од 11. до 13. века.

Постоји и трећа могућност уређења односа између државе и Цркве, која се испољава као њихова релативна равноправност. Та релативна равноправност огледа се у томе да држава пристаје да своје међусобне односе са Црквом уреди уговором са њом. Те уговоре нарочито настоји да закључи папа као државни поглавар Ватикана и првосвештеник римокатоличке Цркве. Ти уговори називају се „конкордатима“. Но, постоје и споразуми између појединих држава и других хришћанских цркава. Тако је правни положај православне Цркве у Босни и Херцеговини, а у оквиру Цариградске патријаршије, био уређен конвенцијом од 31. марта 1880. између царско-краљевске аустро-угарске владе и цариградскога патријарха. По тој је конвенцији врховни духовни старешина босанско-херцеговачке Цркве био цариградски патријарх, а именовање епископâ епархија у њеном саставу вршио је аустријски цар. Пошто у СР Немачкој важи конкордат са папском столицом, чија је материја после доношења Основнога закона од 1949. подељена између Савеза и савезних покрајина, поједине савезне покрајине су закључиле уговоре са појединим протестантским црквама, као и са јеврејским општинама. На тај начин

су све те цркве, односно верске заједнице, постале установе јавног права. Устав Италијанске републике од 27. децембра 1947. упућује на конкордат са папском столицом („Латерански уговори“) у своме чл. 7: (1) „Држава и Католичка Црква јесу, свака у своме поретку, независне и суверене. (2) Њихови међусобни односи уређени су Латеранским уговорима. Измене тих уговора, које су обе стране прихватиле, не захтевају поступак измене Устава“.

У погледу правне природе конкордата изнећемо само два супротстављена гледишта истакнутих представника науке међународног права. По једном, конкордат уопште није уговор међународног права (Trierel, 1958. 286, 166, подбелешка 1; Schmitt, 1985: 171, 204). По другом, конкордат је међународни уговор сличан међународном уговору који држава закључује са неком међународном организацијом (Dahm, III, 1961: 13 ид.). Но, без обзира на правну квалификацију конкордата, чињеница је да су државе током историје укидале конкордате обичним законима; (в.: Милаш, 2004: 760 ид.). Такође, и немачки Савезни уставни суд заузео је став да је немачки конкордат обичан савезни закон, при чему наука не оспорава то становиште; (в.: von Campenhausen/de Wall, 2006: 46). Из свега овога може се извести закључак да постоји правни обичај следствено коме држава може својим унутрашњим законодавством да стави ван снаге раније закључени конкордат. Тај правни обичај оправдан је из два разлога. Прво, држава није дужна да неограничено дуго и безизузетно трпи на својој територији извесну установу јавног права. Друго, конкордат је такав уговор од којег само римокатоличка Црква има користи, док држава њиме само преузима обавезе на себе. Дакле, конкордат је такав уговор који вређа принцип комутативне правде, који мора да важи у целокупноме уговорном праву.

Литература

Austin J., (2002). Lectures on Jurisprudence of the Philosophy or Positive Law, 4th Ed., rev. and ed. by R. Campbell, Reprinted, Bristol

Allen, Sir C. K. 1958). Law in the Making, 6th Ed., Oxford, The Clarendon Press

A. Freiherr von Campenhausen/H. de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., München

Burlamaqui, (2003/1). The Principles of Natural Law By J. J. Burlamaqui, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, N. J.

Burlamaqui, (2003/2). The Principles of Politic Law By J. J. Burlamaqui, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, N. J.

Dahm, G. (1961). Völkerrecht, Stuttgart

- De Jouvenel, B., (1972). *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Paris, Hachette
- Duguit, L., (1927). *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris
- Duguit, L., (1930). *Traité de droit constitutionnel*, III, 3-e éd., Paris
- Duguit, L., (1928). *Traité de droit constitutionnel*, II, 3-e éd., Paris
- Durkheim, E., (1956). *Les règles de la méthode sociologique*, 13-e éd., Paris
- Esser, J., (1956). *Grundsetz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen
- Jedin, H., (2004). *Велика повијест цркве, уређује Н. Jedin, IV, написао Е. Is-erloh, Zagreb*
- Jhering, von R., I, (1878). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, 4. Aufl., Leipzig
- Constant, B., (1957). *Oeuvres*, par A. Roulin, Paris, Gallimard
- Kraushaar (Hg.), W., (1998). *Frankfurter Schule und Studentenbewegung 1946-1955, I: Chronik*, Hamburg
- Krüger, H., (1966). *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Stutgart/Berlin/Köln/Mainz
- Laferrière, E., (1887, 1896). *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887, 2-e éd
- Marcic, R., (1957). *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien
- Merkel, A., (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig/Wien
- Милаш, Н., (2004). *Православно црквено право, фототипско издање, Београд/Шибеник*
- Mommsen, Th., (1955). *Römisches Strafrecht*, Photomechanischer Nachdruck, Berlin
- Montesquieu, (1894), *Espirit des lois par Montesquieu, avec les notes de l'auteur*, Paris, Firmin-Didot et Cie
- Новаковић, М., (1936). *Основи међународног права*, I, Београд
- Puchta, G. F., (1837). *Das Gewohnheitsrecht*, II, Erlangen
- Puchta, G. F., (1872). *Pandekten*, 11. Aufl., Leipzig

Pound, R., (1934). *Hierarchy of Sources and Formes in Different Systems of Law*, 7 *Harvard Law Review*, 475 sqq.; *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé*, II, 1934, 9 sqq. (превод на француски)

Pound, R., (1919). *Administrative Application of Legal Standards*, *American Bar Association Report*, 44/1919, 445 sqq

Ripert, G., (1935). *La règle morale dans les obligations civiles*, 3-e éd., Paris

Ripert, G., (1949). *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris

Rousseau, J.-J. (1964). *Oeuvres complètes*, III, sous la direction de B. Gagnebin/M. Raymond, Editions Gallimard

Savigny, von F. C., (1840). *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, Veit und Comp

Savigny, von F. C., (1847). *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin

Savigny, von F. C., (2002). *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, The Lawbook Exchange, Ltd., Union, N. J.

Sauer, W., (1961). *Einführung in die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praxis*, 2. Aufl., Berlin

Simon, H., (1984). in: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, herausg. von E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, unter Mitw. von K. Hesse, II, Berlin/New York

Somló, F., (1917). *Juristische Grundlehre*, Leipzig

Schmitt, C., (1985). *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin

Triepel, H., (1958). *Völkerrecht und Landesrecht*, Nachdruck, Aalen

Weber, M., (1964). *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, herausg. v. J. Winkelmann, Erster Halbband, Köln/Berlin

Wolf, E., (1959). *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe

Wolzendorff, K., (1916). *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau

Milan Petrović. LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Niš

On the Legitimacy of the Constitutional Courts and Institutionalization of the Right to Resistance, with reference to the Legitimacy of Church Authorities

Summary

The concept of legitimacy has a dual meaning: it is both the form of supreme power of the state and the justification of that power. Max Weber distinguishes three types of legitimate authority: traditional authority, charismatic authority, and the rational-legal authority. The prevailing form of power in the modern world is the third type of legitimate authority, which is reflected in the concept of “the legal state” or “the rule of law rather than the rule of people”. In that regard, the rational-legal authority is based on Jean-Jacques Rousseau’s idea on law as the expression of the “*general will*”. This idea was introduced into the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen (1789): “Law is the expression of the general will. Every citizen has a right to participate, personally or through his representatives, in its foundation. It must be the same for all, whether it protects or punishes...” Consequently, except for the entire body of citizens (referendum legislation) and their representatives (parliamentary legislation), all other state authorities emerge as the holders of the *particular will*. In this original article, the author lays down the theoretical standpoint that “the general will” is in fact a totality of (normative) legal principles.

Today, the institution of a constitutional court (or some other equivalent institution) is recognized in almost all legislations of the European-Continental legal tradition falling into the Roman-Germanic-Slavic legal family. There is no dispute on whether such an institution may examine the compliance of by-laws with the Constitution and the applicable law because, in that case, the holder of one particular will controls the holder of another particular will. However, it is disputable whether the constitutional court, as the holder of particular will (and the only administrative authority whose members are selected by the legislature), may invalidate the laws which it considers to be unconstitutional because, in that case, one particular will rises above the general will. According to Rousseau, this is despotism, which is indisputably a form of illegitimate power.

Yet, law need not necessarily be the expression of the general will. Rousseau clearly distinguishes between man as an individual (who is a holder of the par-

ticular will and the citizen (who is a holder of the general will). Thus, we cannot rule out the possibility that these particular wills may exercise different forms of oppression over the general will, under the shroud of law. Rousseau does not explicitly propose the solution for such a state of affairs but merely points out that the holders of the particular will “shall be forced to be free”.

This raises the question of the right to resist oppression. This right was a much debated issue at the turn of the Middle Ages and the New Age. The leading proponents of political philosophy, Monarchomachs and John Locke consider that this right does not belong either to an individual or to the masses of common people but to the nations organized in corporations. The ultimate message in this paper is the need for the revival of corporations as the holders of the right to resist oppression, in the best tradition of Roman *tribunes* and Spartan *ephors*.

The addendum deals with the “external legitimacy” of church authorities which entails their recognition by the state as an essential presumption for the existence of Church Law; in that context, the author elaborates on different types of relations between the state and the Church.

Key words: legitimacy, general will, legal principles, estate assembly (representatives of vocations) as “the guardian of the constitution”, Church authorities

Akademik dr Miodrag N. Simović*

Redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci

*Dopisni član Akademije nauka i
umjetnosti Bosne i Hercegovine*

Dr Milena Simović**

*Docent na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu
Univerzitet u Banjoj Luci*

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2(497.6)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

GRANICE OVLAŠĆENJA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE U POSTUPKU OCJENE SAGLASNOSTI ZAKONA SA USTAVOM BOSNE I HERCEGOVINE

Apstrakt: *Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u ustavnopravnom poretku Bosne i Hercegovine jedan od stubova vladavine prava i pravne sigurnosti i garant očuvanja i razvoja demokratskog poretka. On nije zakonodavna, nije izvršna, niti klasična sudska vlast, nego vlast posebne vrste sui generis, kao korektiv sve tri grane vlasti. U ovakvoj situaciji posebno je značajan odnos između Ustavnog suda i zakonodavne vlasti imajući u vidu da zakonodavna vlast putem, prije svega zakona, uređuje pravni poredak, a time definiše i društveno-politički sistem jedne države, te da, s druge strane, Ustavni sud pazi da ti zakoni budu saglasni Ustavu Bosne i Hercegovine i ako ocijeni da se izašlo van okvira Ustava, može intervenirati proglašenjem cijelog zakona ili pojedinih njegovih dijelova neustavnim i staviti ih van snage. Da li u ovakvoj situaciji Ustavni sud preuzima ulogu zakonodavca i kakvog? Šta ako zakonodavna vlast ne izvrši odluku Ustavnog suda? Treba li Ustavni sud preuzeti ulogu pozitivnog zakonodavca?*

U teoriji i praksi manje je problematično djelovanje Ustavnog suda kao negativnog zakonodavca. U ovoj pravnoj situaciji Ustavni sud svojom odlukom utvrđuje neustavnost pojedine odredbe zakona (ili cijeli zakon) i eliminiše ga iz pravnog poretka tako što, u pravilu, nakon protoka određenog roka takve odredbe prestaju važiti, a u ostavljenom roku zakonodavac neustavne odredbe zamjenjuje novim. Međutim, puno je problematičnija situacija kada Ustavni sud djeluje kao pozitivni zakonodavac, tj. kada svojom odlukom

* miodrag.simovic@ustavnisud.ba

** milena.s@blic.net

proglašava važenje određenih zakonskih odredaba ili odlukom ukazuje zakonodavcu šta treba da uradi da bi zakon bio u skladu sa Ustavom. U tome je i razlika od djelovanja Ustavnog suda kao negativnog zakonodavca.

Ključne riječi: *Ustav Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, ustavnost, zakonitost.*

1. Uvodne napomene

U svojoj praksi Ustavni sud Bosne i Hercegovine¹ je djelovao i kao pozitivni zakonodavac. I pored toga, uvijek su postojale ozbiljne dileme da li Ustavni sud, makar i izuzetno, treba djelovati u ovoj ulozi. Treba naglasiti da postoji razlika između djelovanja Ustavnog suda kao pozitivnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma Ustavnog suda. Pozitivnim aktivizmom se označava stvaralačko, razvojno i otvoreno tumačenje ustavnih odredaba u korist zaštite vladavine prava, demokratskog poretka i razvoja ljudskih prava. U stvari, pozitivni aktivizam Ustavnog suda se u konačnici manifestuje kroz njegove odluke kojima djeluje u ulozi negativnog zakonodavca, te kroz odluke kojima djeluje u ulozi pozitivnog zakonodavca. Ustavni sud je, od početka svoje prakse, nastojao da djeluje u skladu sa sudskim aktivizmom i tu, za razliku od djelovanja u ulozi pozitivnog zakonodavca, nije imao dileme.

Ustavnom sudu je puno lakše djelovati u ulozi negativnog zakonodavca. Tada Ustavni sud utvrđuje da li je određeni propis u saglasnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine², daje rok zakonodavcu da taj propis usaglasi sa Ustavom, te ukoliko se propis ne usaglasi sa Ustavom – on će, kao neustavan, prestati da važi. U toj ulozi Ustavni sud će dati razloge zašto smatra da je određeni propis neustavan, ali neće govoriti zakonodavcu kako će glasiti novi propis koji treba donijeti nakon odluke Ustavnog suda, niti će Ustavni sud ovakvom odlukom proglašavati važnije bilo kakvih zakonskih odredaba. Takva uloga se, prije svega, može pravdati dodijeljenim nadležnostima Ustavnog suda, prema kojima Ustavni sud utvrđuje da li je određeni pravni propis u saglasnosti sa Ustavom. U vezi s tim, naglašava se da je primarno funkcija zakonodavca da donosi propise, te da ne postoji ustavni osnov za preuzimanje ove funkcije od zakonodavca. Nadalje, zakonodavac je u boljoj poziciji da procijeni na koji način će se otkloniti utvrđena neustavnost, kao i da zakonodavac ima sve potrebne resurse koji će mu pomoći da na najbolji

1 U daljem tekstu: Ustavni sud.

2 U daljem tekstu: Ustav.

način utvrdi novi tekst zakona, itd. Na ovaj način Ustavni sud preuzima i manji rizik, jer neustavnost otklanja zakonodavac, a ne on.

Međutim, postavlja se pitanje kako djelovati kada zakonodavac ne otklanja neustavnost koju je Ustavni sud utvrdio, djelujući u funkciji negativnog zakonodavca. Ovdje je moguće više pravnih situacija, a najčešće su dvije:

a) Zakonodavac je postupio formalno saglasno odluci Ustavnog suda i donio novi zakon (izmjene ili dopune), ali nije postupio po uputama Ustavnog suda i *prima facie* je vidljivo da i novi zakon (odredba) nije saglasan Ustavu. U ovoj situaciji ne bi trebao postojati problem, jer nema nikakvih ograničenja da ovlašćeni subjekt pokrene novi postupak ocjene ustavnosti novog zakona pred Ustavnim sudom i time se rješava ovaj situacija.

b) Zakonodavac nije postupio po odluci Ustavnog suda, nije donio novi zakon i prestankom važenja osporenog zakona nastala je pravna praznina. U takvoj situaciji više ne postoje zakonske odredbe na osnovu kojih se može postupati u određenoj pravnoj stvari, a ta pravna stvar može biti od ključnog značaja za vladavinu prava i ostvarivanje ili zaštitu ljudskih prava građana. Zapravo, nedjelovanje zakonodavca prema odluci Ustavnog suda može dovesti u pitanje poštovanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, te podstaknuti Ustavni sud da djeluje u funkciji pozitivnog zakonodavca. Slobodno se može reći da Ustavni sud ne bi (ni) razmišljao da li će djelovati kao pozitivni zakonodavac kada bi nadležni zakonodavac izvršavao njegove odluke, kojima je utvrđena neustavnost određenih pravnih akata ili zakonskih odredbi. Ova vrsta izuzetnog i neuobičajenog djelovanja Ustavnog suda mogla bi se opravdati pozivanjem na relevantne odredbe Ustava BiH. Naime članom I/2 Ustava je utvrđeno da je „Bosna i Hercegovina demokratska država koja funkcioniše *saglasno zakonu* i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“. Nadalje u članu II Ustava je utvrđen katalog ljudskih prava i ostale odredbe u vezi s ljudskim pravima, uključujući i direktnu primjenu i supremaciju Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³ nad domaćim zakonima.

Dakle, na osnovu posebnog značaja koji ljudskim pravima daje Ustav i odredbe o „...demokratskoj državi, koja funkcioniše saglasno zakonu...“, Ustavni sud bi mogao, ali samo u izuzetnim slučajevima kada je nedjelovanjem zakonodavca nakon njegove odluke dovedena u pitanje vladavina prava (jer nema zakona) i poštovanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, odstupiti od uobičajene uloge negativnog zakonodavca i preuzeti ulogu pozitivnog zakonodavca. Ovome bi se mogla dodati i opšta premisa da sudije Ustavnog suda treba, naravno ukoliko to mogu, da rješavaju ustavne probleme, a ne da ih izbjegavaju ili ignorišu njihovo postojanje.

3 U daljem tekstu: Evropska konvencija.

2. Praksa Ustavnog suda

S ovim problemom Ustavni sud se suočio 2004. godine, kada je donio odluku kojom je utvrdio da su neustavni dijelovi zakonske odredbe kojom su utvrđeni nazivi pojedinih gradova i opština u Bosni i Hercegovini. Tom odlukom ostavljen je rok zakonodavcu za usaglašavanje ove neustavne odredbe. Nakon što zakonodavac, u ostavljenom roku od šest mjeseci, nije otklonio utvrđene neustavnosti, Ustavni sud je donio odluku o prestanku važenja neustavnih odredbi. Tako su nazivi pojedinih gradova i opština prestali da egzistiraju u pravnom poretku, što je imalo posebne implikacije na vladavinu zakona i na ljudska prava i slobode građana u tim mjestima jer, na primjer, nisu mogli izvaditi ili produžiti lične dokumente na osnovu kojih su ostvarivali svoja prava, kao što je liječenje, kretanje i sl. Stoga je Ustavni sud donio odluku kojom je privremeno utvrdio, dok se utvrđene neustavnosti ne otklone, nove nazive gradova i opština. U ovoj odluci Ustavni sud je naglasio: „...kako ima u vidu činjenicu nastanka pravne praznine prestankom važenja osporenih odredbi, kao i za nesmetanim funkcionisanjem gradova i opština čiji nazivi su određeni odredbama zakona koje su prestale važiti...“. Ovdje je bitno napomenuti da je odluku Ustavnog suda, kojom se utvrđuje neustavnost naziva pojedinih gradova i opština, zakonodavac izvršio tek 2009. godine - donošenjem odgovarajućeg zakona.

Sličan problem Ustavni sud je imao (i) 2011. godine, kada je donio odluku kojom je utvrdio neustavnost zakonske odredbe koja je propisivala imena registracionih područja za određivanje jedinstvenog matičnog broja. Ni u ovom slučaju zakonodavac, u ostavljenom roku od šest mjeseci, nije izvršio odluku Ustavnog suda, te je Ustavni sud donio odluku o prestanku važenja neustavnih odredbi. Nakon toga više nije postojala zakonska odredba kojom se propisuju imena registracionih područja za određivanje jedinstvenog matičnog broja. U realnom životu to je značilo da se jedinstveni matični broj više ne može odrediti, te se tako ne mogu (ni) izdati lična dokumenta kao što je npr. pasoš, lična karta itd. Posljedice svega toga bile su demonstracije građana. Ukazivalo se na težak položaj tek rođene djece. Posebno djece kojima je ugrožen život, jer im je onemogućen odlazak na liječenje u inostranstvo zbog toga što nisu mogla izvaditi putnu ispravu, a koja im se nije mogla izdati zato što im prethodno nije mogao biti određen jedinstveni matični broj. Bilo je očigledno da se ljudska prava građana značajno krše, a toga je svakako bio svjestan (i) Ustavni sud. U takvoj situaciji, Ustavni sud je ozbiljno razmišljao da preuzme ulogu pozitivnog zakonodavca i, na privremenoj osnovi, proglasi imena registracionih područja za dobijanje jedinstvenog matičnog broja. Zakonodavac je, u međuvremenu, prvenstveno pod pritiskom javnosti, donio odgovarajuće izmjene zakona, te utvrdio imena registracionih područja.

Sličnu situaciju Ustavni sud ima i sa još jednom svojom odlukom koja nije izvršena, a odnosi se na Izborni zakon i Statut grada Mostara, gdje su neke odredbe proglašene neustavnim, prestale da postoje u pravnom poretku, a nove nisu donesene i tako ne može da ostvaruje jedno od ustavnih prava iz člana I/2 Ustava da je „BiH demokratska država koja funkcioniše saglasno zakonu i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora“. Dakle, ostvarivanje jednog osnovnog ustavnog prava je onemogućeno. Ustavni sud ovdje još nije reagovao iako su davno prošli svi rokovi za usklađivanje neustavnih odredbi i postoje inicijative za intervenciju Ustavnog suda.

Ulozi pozitivnog zakonodavca Ustavni sud se približio u dvije specifične situacije kada je donio dvije odluke kojima je utvrdio da relevantni zakoni nisu u skladu sa Ustavom BiH, ali tako što je zakonodavac propustio da reguliše određenu oblast koja se odnosi na ustavna prava građana. Tako, u jednom slučaju zakon nije sadržavao odredbe koje omogućavaju delegaciju nadležnosti kada se sudi na osnovu državnog zakona o parničnom postupku i stranci je onemogućen pristup sudu, odnosno u drugoj situaciji nema odredbi koje propisuju određene naknade iz radnog odnosa samo za jednu kategoriju uposlenih, a za sve druge ima. U tim odlukama Ustavni sud je jasno ukazao šta zakonodavac treba da uradi da bi se predmetni zakoni uskladili sa Ustavom BiH, ne ulazeći u to kakva će rješenja biti.

Može se reći da je Ustavni sud djelovao kao pozitivni zakonodavac (i) kada je donio odluku kojom je poništio odluke o izboru opštinskih vijećnika za gradsko vijeće Grada Sarajeva, jer su izbori izvršeni na osnovu neustavnih odredaba kojima u gradskom vijeću nije omogućena minimalna zastupljenost svih konstitutivnih naroda. Ovom odlukom Ustavni sud je opštinskim vijećima naložio da u roku od 30 dana izvrše novi izbor vijećnika za gradsko vijeće, ali u skladu sa odredbama Ustava, a ne na osnovu neustavnih odredaba gradskog statuta, kako je to rađeno prije odluke Ustavnog suda.

3. Autonomija i nezavisnost Ustavnog suda (ustavnost člana 2 Pravila Ustavnog suda)

U predmetu broj U 7/13 od 27. septembra 2013. godine podnosilac zahtjeva je smatrao da je osporeni član 2. Pravila Ustavnog suda⁴ suprotan članu VI/1d) Ustava kojim je propisano da Parlamentarna skupština BiH može zakonom predvidjeti drugačiji način izbora trojice sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava. S obzirom na tu ustavnu odredbu, podnosilac zahtjeva smatra da se osporenom odredbom Pravila Ustavnog suda onemogućava Parlamentarna skupština BiH da „reguliše drugačiji način izbora trojice sudija“.

4 „Službeni glasnik BiH“ br. 60/05, 64/08 i 51/09.

Jedno od pitanja na koje je Ustavni sud morao odgovoriti pri ocjeni dopustivosti predmetnog zahtjeva, jeste da li je Ustavni sud nadležan da ispituje ustavnost Pravila Ustavnog suda, odnosno da li se radi o „sporu“ u vezi sa nekim „zakonom“ u smislu člana VI/3a) Ustava. U vezi sa postojanjem „spora“, Ustavni sud u svojoj jurisprudenciji ukazao je na to da, uzimajući u obzir samo jezičko značenje prve rečenice člana VI/3a) Ustava, jasno proizlazi da je postojanje „spora“ uslov dopustivosti za ove vrste postupaka. Međutim, „spor“ ne može proizlaziti iz redovnih pozitivnopravnih propisa već se mora ticati određenog pitanja koje je regulisano samim Ustavom⁵.

Dalje, u vezi sa pitanjem da li se konkretni zahtjev odnosi na „zakon“ u smislu člana VI/3a) Ustava, najprije je trebalo razmotriti pitanje pravne prirode Pravila Ustavnog suda. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na svoje ranije stavove da Ustav dodjeljuje Ustavnom sudu opšti zadatak „podržavanja Ustava“ (član VI/3) i široke nadležnosti kontrole ustavnosti. Ti zadaci, koji se vrše i u odnosu na druge ustavne organe, a naročito zakonodavca, i koji se reflektuju u konačnim i obavezujućim odlukama za sve javne organe, jasno impliciraju garancije čvrste nezavisnosti i autonomije Ustavnog suda⁶. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je odredbom člana VI/2b) Ustava utvrđeno da će Ustavni sud, većinom glasova svojih članova, donijeti vlastita pravila o radu (*rules of court*). Ovakvo ustavno rješenje ukazuje na namjeru ustavotvorca da osigura nezavisnost Ustavnog suda i onemogućiti bilo kakvo miješanje u način vršenja nadležnosti koje su mu dodijeljene Ustavom. Ovo, takođe, ukazuje i na naročit položaj koji Ustavni sud ima prema Ustavu⁷. U istoj odluci Ustavni sud je naglasio i da „[u] nedostatku ustavnih zakona, Ustavni sud mora biti u stanju potpuno nezavisno odlučivati o vlastitoj organizaciji i funkcionisanju“⁸.

Dakle, nadležnost Ustavnog suda da samostalno reguliše „pravila suda“ proističe direktno iz Ustava, s jasnim ciljem očuvanja autonomije i nezavisnosti Ustavnog suda u punoj mjeri. Upravo zbog toga, Pravila Ustavnog suda i imaju specifičnu ustavnu poziciju i posebnu ustavnu prirodu. To, takođe, znači da ne postoji bilo kakav način da takvu nadležnost može vršiti bilo koja druga institucija, uključujući i Parlamentarnu skupštinu BiH, jer tako nešto Ustav ne propisuje. Na taj način Ustavom se uspostavlja i jasna razlika između pozicije Ustavnog suda, koji svoje nadležnosti crpi direktno iz Ustava, i redovnih sudova u odnosu na koje zakonodavna vlast na odgovarajućim nivoima ima nadležnost da donosi

5 Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti broj U 12/08 od 30. januara 2009. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 62/09, tačka 7.

6 Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj U 6/06 od 29. marta 2008. godine, tačka 29, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 40/08.

7 *Ibid*, tačka 24.

8 *Ibid*, tačka 30.

odgovarajuće zakone, kako one koje regulišu organizaciju i rad tih sudova, tako i procesne zakone prema kojima ti sudovi postupaju. Ovakva razlika je, između ostalog, rezultat toga što je zadatak Ustavnog suda da podržava Ustav putem vršenja nadležnosti koje su upravo Ustavom date isključivo Ustavnom sudu.

Naravno, Ustavni sud ukazuje da je Ustavom propisana nadležnost Parlamentarne skupštine BiH da zakonom može drugačije urediti „način izbora trojice sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava“, kako to propisuje član VI/1d) Ustava. Međutim, iz teksta navedenog člana jasno proizlazi da nadležnost da donese takav zakon omogućava Parlamentarnoj skupštini BiH da drugačije reguliše isključivo način izbora sudija Ustavnog suda, i to ograničeno – samo u odnosu na trojicu sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava. Međutim, to se nikako ne može tumačiti šire, kako to čini podnosilac zahtjeva, zato što se tom odredbom ni na koji način ne dovodi u pitanje isključiva nadležnost Ustavnog suda iz člana VI/2b) da potpuno samostalno propiše „pravila suda“.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da Pravila Ustavnog suda, koja su propisana Ustavom, kao akt čije je donošenje u isključivoj nadležnosti Ustavnog suda, imaju specifičnu ustavnu prirodu koja je rezultat potrebe i namjere da se u punoj mjeri očuvaju i zaštite autonomija i nezavisnost Ustavnog suda. S obzirom na takvu ustavnu prirodu ovog akta, te na činjenicu da taj akt svoje izvorište ima direktno u Ustavu, Ustavni sud smatra da se „pravila suda“ mogu smatrati *sui generis* „zakonom“ u smislu člana VI/3a) Ustava. Međutim, s obzirom na jasno propisanu isključivu nadležnost Ustavnog suda da donese „pravila suda“, Ustavni sud smatra da u odnosu na to pitanje ne može doći do bilo kakvog „spora“ između dvaju entiteta ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, čiju bi ustavnost Ustavni sud bio nadležan da ocjenjuje u smislu člana VI/3a) Ustava.

Imajući u vidu odredbe člana 17. stav 1. tačka 1. Pravila Ustavnog suda, zahtjev je odbačen kao nedopušten, jer je utvrđeno da Ustavni sud nije nadležan za odlučivanje.

4. Princip nezavisnosti pravosuđa (kompatibilnosti Zakona o platama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou Bosne i Hercegovine sa Ustavom)

Princip nezavisnosti pravosuđa, mada nije eksplicitno naveden u Ustavu, predstavlja opšti princip koji mora biti poštovan, jer je neodvojiv od principa vladavine prava izraženog u članu I/2 Ustava. Međutim, princip vladavine prava i nezavisnost sudske vlasti kao njegov neodvojiv dio, a naročito princip podjele

vlasti, ne znači da zakonodavac ne može zakonima i propisima regulisati pitanja koja su od važnosti za funkcionisanje državnih institucija, čak i ako se radi o sudovima, ali samo onako kako je to predviđeno i u skladu sa Ustavom⁹. Dakle, vladavina prava počiva na dva bitna obilježja, a to su jednakost svih pred zakonom i trodioba vlasti. Nezavisnost pravosuđa je osnov diobe vlasti, a pravosuđe jedna od tri grane vlasti u svakoj demokratskoj državi. Ono zauzima posebno mjesto i značajnu ulogu u svakom demokratskom društvu. Pravosuđe nije samo u jednakom položaju sa ostale dvije grane vlasti (izvršnom i zakonodavnom) već je posebna grana i zbog toga što kontroliše odluke druge dvije grane vlasti. Dalje, nezavisnost pravosuđa je osnov garancije vladavine prava, demokratije i poštovanja ljudskih prava. Ostvareni stepen nezavisnosti pravosudnog sistema predstavlja ključni indikator dostignutog nivoa vladavine prava u demokratskom društvu.

Pravosudni sistem ima vrlo važnu ulogu i u zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u čemu ključnu ulogu ima i princip nezavisnosti sudova. Ovaj princip je zagaranovan i odredbom člana 6 Evropske konvencije, koji zahtijeva da svaku odluku mora donijeti nezavisni i nepristrasni sud uspostavljen u skladu sa zakonom. S tim u vezi je i zahtjev Evropskog suda za ljudska prava¹⁰ da „sud mora biti nezavisan i od izvršne vlasti i od stranaka“¹¹. Takođe, Osnovni principi Ujedinjenih nacija o nezavisnosti pravosuđa od 1985. godine propisuju da država garantuje nezavisnost sudstva, što će biti zagaranovano ustavom ili zakonom zemlje. Dužnost vladinih i drugih institucija je da poštuju nezavisnost sudstva.

Pitanje nezavisnosti pravosuđa je bilo i predmet Mišljenja Evropske komisije za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija) o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini od 15. i 16. juna 2012. godine¹². Mišljenje je pripremljeno na zahtjev Evropske komisije u kontekstu Strukturiranog dijaloga Evropske unije i Bosne i Hercegovine o radu pravosuđa. U Mišljenju je istaknuto da je Venecijanska komisija u svom izvještaju o vladavini prava naglasila da princip pravne sigurnosti ima osnovnu ulogu u očuvanju povjerenja u pravosuđe i vladavinu prava. Postojanje pravne sigurnosti (ili nepostojanje) ima bitan ekonomski uticaj, te treba da je promovišu sva tri oblika državne vlasti. Ona apeluje na zakonodavca da osigura kvalitetne zakone i ostale pravne instrumente koje usvaja. Venecijanska komisija ukazuje na to da pravna sigurnost nalaže izvršnoj vlasti da je poštuje kada primjenjuje te pravne instrumente i donosi odluke, bilo

9 Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj U 6/06 od 29. marta 2008. godine, tač. 22 i 23, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 40/08.

10 U daljem tekstu: Evropski sud.

11 Vidi Evropski sud, *Ringelsen protiv Austrije*, presuda od 16. jula 1971. godine, stav 95.

12 U daljem tekstu: Mišljenje.

uopšte ili u pojedinim stvarima. Takođe, sudska vlast mora da se pridržava ovog principa kada primjenjuje pravne instrumente na konkretne predmete i tumači zakonske odredbe.

U Mišljenju je ukazano na to da postoje dva osnovna oblika nezavisnosti pravosuđa: institucionalni i individualni. Institucionalna nezavisnost pravosuđa se odnosi na pitanje sposobnosti pravosuđa da djeluje bez pritiska ostalih organa vlasti – izvršne i zakonodavne. Institucionalna nezavisnost sudstva se fokusira na nezavisnost sudstva od ostalih grana državne vlasti (vanjska institucionalna nezavisnost). Odnos između sudova unutar istog pravosudnog sistema takođe treba uzeti u obzir (unutrašnja institucionalna nezavisnost). Institucionalna nezavisnost se može ocijeniti kroz četiri kriterija. Jedan od tih kriterija je i zahtjev da sudstvo mora biti nezavisno u finansijskim pitanjima. S tim u vezi je istaknuto da pravosuđe mora dobiti dovoljna sredstva za pravilno obavljanje funkcija i imati ulogu u odlučivanju kako se ta sredstva doznavačavaju. Individualna nezavisnost odnosi se na nezavisnost koju imaju sudije kao pojedinci u izvršavanju svojih profesionalnih dužnosti. Sudije moraju biti nezavisni i nepristrani. Ti uslovi su integralni dio osnovnog demokratskog principa podjele vlasti: sudija ne smije biti podložan političkom uticaju, a pravosuđe mora uvijek biti nepristrasno. Naglašeno je da individualna nezavisnost ima više aspekata, te da je jedan od njih i sigurnost mandata i finansijska sigurnost.

Iz navedenog proizlazi da je bitan preduslov za nezavisnost pravosuđa finansijska nezavisnost sudstva uopšte, kao i finansijska sigurnost sudije kao pojedinca. S tim u vezi, Ustavni sud upućuje i na Preporuku Vijeća ministara Vijeća Evrope zemljama članicama o sudijama: nezavisnost, efikasnost i odgovornosti, od 17. novembra 2010. godine, u kojoj je u tački 11. istaknuto da vanjska nezavisnost sudija nije prednost niti privilegija dodijeljena sudijama zbog njihovih ličnih interesa, već interesa vladavine prava i lica koja traže i očekuju nepristrasnu pravdu. Na nezavisnost sudija treba gledati kao na jemstvo slobode, poštovanja ljudskih prava i nepristrasne provedbe zakona. Nepristrasnost i nezavisnost sudija su ključne za jemstvo jednakosti stranaka pred sudom. U tački 33. Preporuke se navodi da svaka država treba dodijeliti sudovima odgovarajuća sredstva, objekte i opremu kako bi im omogućili djelovanje u skladu sa standardima određenim članom 6. Evropske konvencije.

Prema tome, nesporno je da finansijska nezavisnost sudstva predstavlja važan preduslov za sudska nezavisnost uopšte. Ustavni sud primjećuje da se sudska vlast finansira iz budžeta o kojem odlučuju druge dvije grane vlasti, zakonodavna i izvršna, a bez učešća sudske vlasti. S druge strane, nedovoljna sredstva i ograničavanje finansijskih sredstava pravosuđu mogu dovesti u pitanje i princip nezavisnosti pravosuđa. Na navedeno upućuje i *Magna carta* sudija u kojoj se

u tački 4. propisuje da će nezavisnost sudstva biti garantovana i kroz njegovo finansiranje. Takođe, i Osnovni principi Ujedinjenih nacija o nezavisnosti pravosuđa (UN 1985) utvrđuju obavezu svake države članice da obezbijedi neophodna sredstva kako bi se osigurao pravilan rad pravosuđa.

Razmatrajući zahtjev u predmetu broj U 7/12 od 30. januara 2013. godine u kontekstu svega navedenog, Ustavni sud primjećuje da je zakonodavna vlast spornim zakonom onemogućila sudijama, tužiocima i ostalim zaposlenim u Sudu BiH pravo na naknade na ime troškova prevoza, toplog obroka i odvojenog života. Pri tome, Ustavni sud naglašava da je materijalni osnov ujedno i osnov očuvanja nezavisnosti pravosuđa, na što upućuju brojni međunarodni dokumenti. Prema mišljenju Ustavnog suda, onemogućavanjem prava sudija, tužioca i ostalih zaposlenih u Sudu BiH na uživanje spomenutih naknada, u situaciji nepostojanja samostalnih sudskih i tužilačkih budžeta, zakonodavna vlast utiče na strukturu materijalne osnove i naknada, a time i na ulogu pravosuđa koje ono ima u svakom demokratskom društvu. Neosiguranje spornih naknada predstavlja očiglednu regresiju u garantovanju pojedinačne nezavisnosti sudija i tužilaca i slabljenje uloge koju ima pravosuđe koje služi građanima i čiju poziciju, posebno u ovim vremenima, treba ojačati, a ne oslabiti. Dakle, od velike je važnosti da se ne dopusti marginalizacija pravosuđa na bilo koji način.

Imajući u vidu standarde propisane međunarodnim instrumentima, na koje se poziva podnosilac zahtjeva, a koji se tiču statusa sudija i imaju intenciju da se pravosudni sistem dovede na najviši nivo, kao i činjenicu da Ustavni sud u spornom zakonu nije mogao naći razumno i objektivno opravdanje za različito postupanje u pogledu strukture primanja, niti mu je takvo opravdanje dostavio zakonodavac, ovaj sud je mišljenja da sporni zakon nije proporcionalan cilju kojem se težilo prilikom njegovog donošenja. Takođe, nije proporcionalan ni sa uspostavljenim evropskim standardima u pogledu statusa sudija. Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da sporni zakon nije u skladu ni sa članom II/4 Ustava, u vezi sa članom 14. Evropske konvencije, članom 1. Protokola broj 12. uz Evropsku konvenciju i članom 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

5. Pravo na pristup sudu (plaćanje sudskih taksi)

Kako su Evropski sud i Ustavni sud u svojoj jurisprudenciji konzistentno ukazivali, pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije osigurava, između ostalog, svakome pravo da svoj zahtjev u vezi sa građanskim pravima i obavezama iznese pred sud ili „tribunal“. Na ovaj način ova odredba sadrži „pravo na sud“ iako ono nije eksplicitno navedeno u odredbi člana 6. stav 1. Evropske konvencije, a „pravo na pristup sudu“ samo je jedan element tog

prava bez kojeg ne bi bilo moguće uživanje u drugim garancijama propisanim navedenom odredbom. Naime, principi pravičnosti, javnosti i ekspeditivnosti sudskog postupka ne bi imali nikakve vrijednosti ukoliko se sudski postupak ne bi mogao pokrenuti. Osim toga, teško bi bilo zamisliti vladavinu prava, kao temeljni princip prava na pravično suđenje, bez mogućnosti pokretanja postupka pred sudom ili "tribunalom", pa se neće smatrati da je pravo na pristup sudu djelotvorno ako u nacionalnom pravu postoje procesne smetnje kojima se *de facto* lice onemogućava da podnese tužbu sudu¹³.

Međutim, pravo na sud nije apsolutno. Ono može biti podvrgnuto određenim ograničenjima, budući da ovo pravo, po svojoj prirodi, zahtijeva da bude uređeno na odgovarajući način. Garantovanjem pojedincima prava na djelotvoran pristup sudu, radi odlučjenja o njihovim građanskim pravima i obavezama, član 6. stav 1. Evropske konvencije ostavlja državama slobodan izbor sredstava koje će koristiti u tom pravcu, pa države članice imaju određen stepen diskrecione ocjene u tom pogledu. Ipak, odluka o tome ne može biti na štetu prava garantovanih Evropskom konvencijom¹⁴.

Evropski sud u svojoj praksi nikada nije isključio mogućnost da interesi pravičnog postupka mogu opravdati nametanje finansijskih ograničenja prava na pristup sudu. U vezi s tim, Evropski sud je zaključio da obaveza garantovanja djelotvornog prava na pristup sudu ne znači samo odsustvo miješanja već može zahtijevati od države preduzimanje različitih oblika pozitivne akcije, ali da se iz toga ne može zaključiti da se svakome mora osigurati pravo na besplatnan postupak pred sudom ili pravo na besplatnu pravnu pomoć. Imajući to u vidu, Evropski sud je zaključio da se zahtjev za plaćanje sudske takse, kada se od suda traži da odluči o nekom građanskom pravu, ne može *per se* smatrati inkompatibilnim sa članom 6. stav 1. Evropske konvencije. Međutim, visina te takse, uključujući i mogućnost stranke u postupku da tu taksu plati, te faza postupka u kojoj se takvo ograničenje pristupa sudu nameće – faktori su koji se moraju uzeti u obzir kada se odlučuje o tome da li je lice imalo pravo na pristup sudu.¹⁵

Dalje, pri ocjenjivanju da li je prekršeno pravo na pristup sudu Evropski sud procjenjuje da li su nametnuta ograničenja takva da se njima umanjuje sama suština prava na pravično suđenje. U vezi s tim, Evropski sud naročito ističe da ograničenja prava na pristup sudu ili tribunalu neće biti u skladu sa članom 6. stav 1. Evropske konvencije ako nemaju legitiman cilj i ako ne postoji proporci-

13 Vidi, Evropski sud, *Kreuz protiv Poljske*, presuda od 19. juna 2001. godine, aplikacija broj 28249/95, tačka 52, sa daljnjim referencama i Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 6/12 od 13. jula 2012. godine, tačka 26, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 75/12.

14 Vidi citiranu presudu *Kreuz protiv Poljske*, tač. 52 i 53.

15 *Ibid*, tač. 59 i 60.

onalnost između sredstava ograničavanja tog prava i cilja koji se želi postići¹⁶. Cilj ovakve analize je zasnovan na principu da Evropska konvencija garantuje prava koja su praktična i djelotvorna, a ne teoretska i iluzorna, koji ima naročit značaj za pravo pristupa sudu s obzirom na prominentno mjesto koje pravo na pravično suđenje ima u demokratskom društvu¹⁷.

U predmetu broj U 8/12 od 23. novembra 2012. godine Ustavni sud je ukazao da se osporenim članom 4. Zakona o sudskim taksama Kantona Sarajevo¹⁸ propisuje „uzajamnost plaćanja sudske takse i preduzimanja radnji u postupku“, i to tako što se u stavu 1. navedenog člana eksplicitno propisuje da „sud neće preduzimati bilo kakve radnje ako takseni obveznik nije platio taksu propisanu ovim zakonom“. Dalje, ovom odredbom se propisuje i da će sud pozvati stranku da uplati taksu u roku od osam dana, uz upozorenje da će joj podnesak biti vraćen, a ako stranka „ne ispoštuje određeni rok, sud će podnesak vratiti, uz obavijest da je vraćen zbog neplaćanja sudske takse i smatraće se kao da nije bio podnesen“. Iz ovakve odredbe proizlazi da Zakon o sudskim taksama eksplicitno onemogućava postupanje suda po podnescima, uključujući i tužbe, ukoliko uz njih nije dostavljen dokaz o unaprijed plaćenju taksi, a stranka nije oslobođena plaćanja troškova postupka.

Pri analizi pitanja da li je ovakva odredba u skladu sa pravom na pristup sudu, Ustavni sud, najprije, zapaža da sudske takse propisane Zakonom o sudskim taksama predstavljaju javne prihode koji se plaćaju u korist budžeta Kantona Sarajevo, a plaća ih lice po čijem zahtjevu ili u čijem interesu se preduzimaju radnje u postupku. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je ubiranje javnih prihoda u korist budžeta, u konkretnom slučaju sudskih taksi, te poštovanje propisa u vezi s tim, svakako legitiman cilj koji zakonodavac slijedi. Međutim, postavlja se pitanje da li je propisivanjem ograničenja prava na pristup sudu, na način da se stranci onemogućuje vođenje sudskog postupka zbog neplaćanja sudske takse u vrijeme dostavljanja podneska, odnosno tužbe sudu, uspostavljenom proporcionalnost između legitimnog cilja koji se želi postići i prava pojedinaca na pristup sudu.

U vezi s tim, Ustavni sud naglašava da regulisanje plaćanja sudskih taksi kao javnih prihoda mora biti u skladu sa ustavnim principima zaštite ljudskih prava i sloboda, što znači, između ostalog, da se propisivanjem načina izvršenja obaveze građana na plaćanje sudske takse ne smije derogirati sudska zaštita ustavnih prava i sloboda. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da se ograničavanje prava na pristup sudu za koji se zakonodavac opredijelio radi redovne i uredne naplate sudskih taksi kao javnih prihoda, onemogućavanjem

16 *Ibid*, tačka 55.

17 *Ibid*, tačka 57.

18 „Službene novine Kantona Sarajevo“ br. 21/09, 29/09 i 14/11.

vođenja postupka po podnesenoj tužbi zbog neplaćanja sudske takse unaprijed – ne može smatrati sredstvom koje je proporcionalno ostvarenju legitimnog cilja. Naprotiv, ovakvim normiranjem se narušava sama suština prava na pristup sudu kao neodvojivog dijela prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Na osnovu navedenog Ustavni sud smatra da je odredba člana 4. Zakona o sudskim taksama suprotna pravu na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

6. Diskriminisanje u uživanju prava na imovinu (pravo na penziju)

Ocjenjujući ustavnost Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije BiH¹⁹, Ustavni sud je u predmetu broj U 2/13, od 24. maja 2013. godine, ukazao da osporeni zakon u članu 141a propisuje mogućnost ostvarenja prava na penziju kod nosioca osiguranja u Federaciji BiH za dvije kategorije penzionera, i to za povratnike koji su se vratili u Federaciju iz Republike Srpske i povratnike koji su se vratili u Federaciju i nakon toga se odselili u inostranstvo, pod uslovima koje propisuju relevantne odredbe osporenog zakona. Ustavni sud smatra da pitanje diskriminacije ne pokreće činjenica da osporeni zakon ne propisuje mogućnost da penzioneri koji žive u Republici Srpskoj, dakle, oni koji se nisu vratili u Federaciju BiH, a koji su penziju (do početka rata) ostvarili kod Društvenog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje BiH Sarajevo i kojim je isplata penzije vršena na teritoriji današnje Federacije – mogu podnijeti zahtjev za ostvarivanje penzije kod nosioca osiguranja u Federaciji BiH. S tim u vezi, osporeni zakon je u odnosu na navode iz zahtjeva saglasan članu II/4 Ustava i članu 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju.

7. Ljudska prava i nediskriminacija (starosna penzija profesionalnih vojnih lica)

Ustavni sud često podsjeća na svoj stav da „donošenje entitetskih zakona suprotno proceduri koja je propisana državnim zakonima, pokreće pitanje ustavnosti takvih zakona u smislu odredaba člana III/3b) Ustava, te da se obaveze koje nameću državni zakoni moraju poštovati“²⁰. Dalje, Ustavni sud ukazuje na svoj stav da se „zakoni Bosne i Hercegovine koje je usvojila Parlamentarna skupština BiH smatraju [...] ‘odlukama institucija Bosne i Hercegovine’ iz člana III/3b) Ustava, te donošenje zakona od entitetā ili drugih administrativnih jedinica u Bosni i Hercegovini, suprotno proceduri koju propisuju državni zakoni, može dovesti u pitanje poštovanje odredaba člana III/3b) Ustava, prema kojima su entiteti i

19 „Službene novine Federacije BiH“ br. 29/98, 49/00, 32/01, 61/02, 73/05, 59/06, 4/09 i 55/12.

20 Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 14/04 od 29. oktobra 2010. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 23/05.

druge administrativne jedinice u Bosni i Hercegovini dužni da se pridržavaju, između ostalog, (i) odluka institucija Bosne i Hercegovine. Kada bi se smatralo suprotno, osim što bi se u potpunosti doveo u pitanje autoritet institucija Bosne i Hercegovine, doveo bi se u pitanje i princip iz člana I/2 Ustava prema kojem će 'Bosna i Hercegovina biti demokratska država koja će funkcionisati prema slovu zakona...'. Dakle, entiteti (ili druge administrativne jedinice Bosne i Hercegovine) moraju poštovati obaveze koje im se nalažu zakonima koje su donijele institucije Bosne i Hercegovine. Činjenica da te obaveze nisu ispoštovane, može dovesti do kršenja odredaba Ustava²¹.

Rukovodeći se navedenim stavovima Ustavni sud je u predmetu broj U 25/13, od 23. januara 2014. godine, zaključio da član 8. Zakona o ostvarivanju prava na starosnu penziju profesionalnih vojnih lica²² nije u suprotnosti sa čl. II/1, II/4, III/3b) i III/5a) Ustava.

8. Kompatibilnost entitetskih zakona sa zakonima BiH

Zadatak Ustavnog suda je, između ostalog, da u smislu odredbe člana VI/3c) Ustava odgovori na pitanje podnosioca zahtjeva da li je zakon o čijoj valjanosti zavisi njegova odluka kompatibilan sa zakonima BiH. U ovoj odluci Ustavni sud neće davati redovnom sudu bilo kakva mišljenja i upute u pogledu rješavanja konkretnog predmeta povodom kojeg je podnesen zahtjev, budući da je pitanje primjene i tumačenja materijalnog prava u nadležnosti redovnih sudova²³.

9. Naknada troškova prevoza i dnevnica advokata u parničnom postupku i naknada sudskih troškova s obzirom na uspjeh u sporu

Dosadašnja praksa Ustavnog suda je bila generalnog stava da je utvrđivanje činjeničnog stanja i primjena materijalnog, odnosno procesnog prava u nadležnosti redovnih sudova, izuzev ukoliko okolnosti predmeta ne ukazuju na očiglednu proizvoljnost postupanja sudova. Polazeći upravo od tog generalnog stava, Ustavni sud je, u situacijama kada se bavio ispitivanjem navoda apelacija u kojima su apelanti pokretali pravno pitanje sudskih troškova, zaključivao da su takvi navodi očigledno neosnovani²⁴, odnosno da je sud dao jasne razloge na kojima je zasnovao svoju odluku u smislu standarda člana 6. stav 1. Evropske

21 Vidi, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 2/11 od 27. maja 2011. godine, tačka 52, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 99/11.

22 „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 26/13.

23 Vidi odluku Ustavnog suda, broj U 5/13 od 5. jula 2013. godine.

24 Vidi Ustavni sud, odluke o dopustivosti, AP 2757/06, od 14. oktobra 2008. godine, st. 3 i 8; AP 548/09, od 25. oktobra 2011. godine, stav 5 i AP 1753/07 od 17. decembra 2009. godine.

konvencije²⁵. U navedenim primjerima apelanti su smatrali da su sudovi pogrešno primjenjivali pravo kada su odbijali da im priznaju troškove na ime prevoza i odsustva iz kancelarije za advokata čije je sjedište kancelarije van sjedišta suda, obrazlažući, između ostalog, svoje odluke u tom dijelu da je izbor takvog advokata lični izbor, te da je onaj ko angažuje takvog advokata, dužan i da mu snosi te troškove, odnosno da su izdaci za advokata iz drugog mjesta troškovi koji nisu bili potrebni za vođenje parnice i da u sjedištu suda ima dovoljno advokata. Na drugoj strani, Ustavni sud je u svojoj odluci u predmetu broj AP 3882/10²⁶ utvrdio da nema povrede prava na pravično suđenje u pogledu načina na koji su redovni sudovi primijenili relevantne odredbe Zakona o parničnom postupku Republike Srpske u pogledu odluke o troškovima, odbijajući preko dosuđenog iznosa zahtjev apelanta na ime naknade šest dnevnica punomoćnika (advokata iz Beograda) koji ga je zastupao, jer nije dokazao vrijeme boravka duže od 12 sati van sjedišta svoje kancelarije.

Ustavni sud se bavio i ispitivanjem navoda u kojima je problematizovano ne samo priznavanje putnih troškova i dnevnica advokata za zastupanje van sjedišta njegove kancelarije (u drugom entitetu), već i pitanje koju tarifu primijeniti u takvoj situaciji: da li prema sjedištu suda (jednog entiteta) ili advokatske kancelarije (drugog entiteta)²⁷. Ustavni sud je utvrdio da ne postoji proizvoljnost u primjeni materijalnog prava od strane nadležnog suda koji je zaključio da se ima primijeniti advokatska tarifa koja se primjenjuje na prostoru gdje je sjedište suda, a ne ona koja se primjenjuje sa prostora odakle dolazi advokat.

Ustavni sud se u svojoj praksi često bavio apelacijama koje su za predmet imale troškove postupka. Bez obzira na ograničenja koja je sebi postavio kada je riječ o tumačenju i primjeni pozitivnog prava, Ustavni sud se, nezavisno od toga da li je apelant bio tužilac ili tuženi koji je zahtijevao dosuđivanje troškova postupka ili osporavao dosuđene troškove, u svojim odlukama²⁸ upuštao u ocjenu načina na koji su redovni sudovi tumačili i primijenili relevantno procesno pravo, podsjećao na princip rizika, odnosno držanje onoga ko je doveo do potrebe da se parnica vodi, te utvrđivao da li postoji kršenje prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava BiH i člana 1 Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju, odnosno prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. Evropske

25 Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, AP 2472/07, od 11. marta 2010. godine, stav 26.

26 Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, AP 3882/10 od 23. decembra 2013. godine, stav 47.

27 Vidi Ustavni sud, AP 1753/07, st. 5 i 6.

28 AP 2422/07 od 11. novembra 2009. godine, AP 961/08, od 15. juna 2010. godine, AP-3508/09 od 10. oktobra 2012. godine i AP 3653/09 od 18. aprila 2012. godine.

konvencije.²⁹ Na drugoj strani, u pojedinim predmetima Ustavni sud je primarno polazio od stanovišta da nezadovoljstvo apelanata odlukom o troškovima postupka ne pokreće, samo po sebi, pitanja u vezi sa zaštićenim ustavnim pravima ili pravima iz Evropske konvencije u situaciji kada apelanti ne navode nikakve proceduralne greške, niti su takve greške očigledne³⁰.

Međutim, potrebno je ukazati i na noviju praksu Evropskog suda³¹ u predmetu u kojem je aplikant tužio državu za naknadu štete koju je pretrpio usljed policijskog premlaćivanja, postavljajući pritom previsoko svoj tužbeni zahtjev, što je za posljedicu imalo da nadležni sudovi djelimično usvoje njegov tužbeni zahtjev i obavežu ga da tuženoj naknadi troškove postupka koji su iznosili 79 odsto od naknade koja mu je dosuđena. U tom smislu je Evropski sud zaključio da pravilo „gubitnik plaća” i s njim povezano pravilo prema kojem jedna stranka plaća troškove druge stranke (uključujući advokatsku nagradu) u omjeru koji odgovara njihovom uspjehu u postupku, pri čemu će iznos troškova zavisi od visine tužbenog zahtjeva – potencijalne parničare odvraćaju od podnošenja (preuveličanih) zahtjeva pred sudovima. To se može smatrati ograničenjem koje ometa pravo na pristup sudu, ali koje se ne može smatrati nespojivim *per se* sa članom 6. stavom 1. Evropske konvencije. Na kraju je odlučeno da se ne može reći da su odluke domaćih sudova u ovom predmetu bile srazmjerne legitimnom cilju kojem smjera pravilo navedeno u odredbi člana 154. stav 2. Zakona o parničnom postupku Hrvatske, koja od jedne stranke zahtijeva da protivnoj stranci naknadi troškove zavisno od njihovog uspjeha u sporu, a koji se troškovi utvrđuju srazmjerno visini tužbenog zahtjeva, te da je njegova primjena u ovom predmetu rezultirala ograničenjem koje je umanjilo samu bit aplikantovog prava na pristup sudu, slijedom čega je došlo do povrede člana 6. stav 1. Evropske konvencije³².

10. Zaključna stanovišta

Može se izvesti zaključak da je Ustavni sud djelovao kao pozitivni zakonodavac samo u „krajnjem slučaju” – da bi osigurao vladavinu prava i spriječio ozbiljno kršenje ljudskih prava. Međutim, legitimna težnja da se zaštite ljudska prava ne bi trebalo da umanjiti opreznost u ovakvim slučajevima. Kao što je već ukazano, djelovanje u funkciji pozitivnog zakonodavca bilo je zapravo isprovocirano (ne)

29 Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2405/09 od 14. februara 2013. godine, stav 31.

30 Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1281/06 od 11. marta 2008. godine, stav 29.

31 Vidi Evropski sud, *Klauz protiv Hrvatske*, presuda od 18. jula 2013. godine, broj aplikacije 28963/10

32 Ibid, stav 97.

djelovanjem nadležnog zakonodavca u cilju izvršenja odluka Ustavnog suda. S druge strane, ne postoji apsolutna garancija ni da će se na ovakav način osigurati poštovanje ljudskih prava, jer (i) odluku Ustavnog suda kojom je djelovao kao pozitivni zakonodavac, javna vlast treba da izvrši, i to ista ona javna vlast koja nije izvršila odluku Ustavnog suda kada je djelovao kao negativni zakonodavac. Zato je opreznost u ovim slučajevima uvijek potrebna. Bez obzira na sve, Ustavni sud treba imati ulogu pozitivnog aktivizma, a u izuzetnim situacijama, radi očuvanja vladavine prava i pravne sigurnosti, ljudskih prava i razvoja demokratije – ulogu i pozitivnog zakonodavaca, ali samo na privremenoj osnovi.

Literatura

Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012). *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer, Predstavništvo u Bosni i Hercegovini.

Banović, D., Muharemović, S., Капо, Дž. (2014). *Jačanje kapaciteta Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Kako poboljšati primjenu i izvršavanje odluka?* Sarajevo: Centre for Political Studies – Centar za političke studije.

Conference of European Constitutional Courts. *Constitutional justice: Function and relationship with the other public authorities*. 2011. Retrieved 10. March 2014, from <http://www.confconstco.org/reports/rep-xv/BELARUS%20eng.pdf>.

Dimitrijević, V, Paunović, M, u saradnji sa Đerić, V. (1997). *Ljudska prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Hanušić, A. (2010). *Mali koraci – veliki efekti: Optimiziranje izvršenja odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine.

Harris, D., O'Boyle, M., Colin, W. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.

Jacobs, White and Ovey (2010). *The European Convention on human rights*. Oxford: Oxford University Press, Fifth edition.

Nowak, M. (2005). *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl am Rein: NP Engel.

Paunović M. (1996). *Pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Academician Miodrag N. Simović, LL.D.

Full Professor of the Faculty
of Law of Banja Luka,
Corresponding Member of the
Academy of Sciences and Art
of Bosnia and Herzegovina

Milena Simović, LL.D.

Assistant Professor at the Faculty of
Security and Protection in Banja Luka

The Limits of Authority of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the Procedure for the Assessment of Compliance of Laws with the Constitution of Bosnia and Herzegovina

Summary

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is one of the pillars of rule of law and legal security as well as guarantee for preservation and development of democratic order in the constitutional framework of Bosnia and Herzegovina. It is not legislative, neither executive nor classical court authority, but a special kind of *sui generis* authority, acting as corrective factor for all three authority branches. In such a situation, the relationship between the Constitutional Court and legislative authority has a special significance, having in mind that legislative authority regulates, primarily through the law, legal order and, thereby, also defines social and political system of one state and that, on the other side, the Constitutional Court ensures that those laws are in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina and that, if it finds such a law has gone out of the framework of the Constitution, it may intervene by declaring the whole law or parts of it unconstitutional and put them out of force. Does the Constitutional Court in such a situation take the role of legislator and what kind of legislator? What if the legislative authority does not comply with the decision of the Constitutional Court? Should Constitutional Court take the role of positive legislator?

It is less problematic activity of the Constitutional Court as negative legislator in theory and practice. In such legal situation, the Constitutional Court in its decision finds unconstitutionality of a law provision (or the whole law) and eliminates it from legal system generally after expiration of certain period of time when such provisions cease to be valid and the legislator replaces unconstitutional provisions with new ones within set time limit. However, we have a much more problematic situation when the Constitutional Court acts as positive legislation, i.e. when it makes a decision declaring *validity* of certain provisions of the law or instructing the legislator *which actions should it take* for a law to

be in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina. And that is the difference from actions of the Constitutional Court as negative legislator.

Key words: The Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental freedoms, the European Court of Human Rights, the constitutionality, legality.

Др Рената Тренеска-Дескоска,*
Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј,, – Скопље, Македонија

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.731(497.7)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ КАО ДЕО „ИДЕОЛОГИЈЕ,, ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: Овај рад анализира значај и садржај слободе вероисповести у складу са стандардима Европске уније. Акцент је стављен на члан 9. Европске конвенције о људским правима и његово тумачења од стране Европског суда за људска права. Анализирани су најважнији случајеви у којима је успостављено кршење члана 9. Европске конвенције. Значај питања слободе вероисповести за ЕУ се може видети и у усвојеним смерницама ЕУ о промовисању и заштити слободе вероисповести или веровања.

Такође, у овом раду анализира се уставни и правни оквир слободе вероисповести у Македонији, као и тумачење слободе вероисповести од стране Уставног суда Републике Македоније. Македонија је била тужена пред Европским судом за људска права у вези са чланом 9, па стога судска пракса Македоније пред Европским судом за људска права такође представља предмет анализе.

Кључне речи: слобода вероисповести, религија, Европски суд за људска права, Европска конвенција о људским правима, Европска унија, Повеља о људским правима, Уставни суд Републике Македоније.

1. Увод

Већ је написано да Европа није географски ентитет, него „замишљен простор,, створен из наших менталних мапа. То значи да је Европа ентитет са флуидним границама које „су ствар идеологије и политике, а не картографије,, (Wallace, 1990: 5). Када је Европска унија покренула заједничку спољну и безбедносну политику, она је ставила људска права у срце ове идеологије и политике. Индивидуална права, владавина права

* renatadeskoska@gmail.com

и уставна демократија, услов су за улазак у ЕУ за све земље кандидате за чланство. Европска унија је укључена у дијалог о људским правима у бројним земљама. Ови дијалози су сами по себи инструменти спољне политике Уније. Слобода вероисповести је једно од људских права која су од посебног интереса за Унију. У јуну 2013. године Савет за спољне послове Европске уније усвојио је смернице за промоцију и заштиту слободе вероисповести и уверења, што указује на значај који Унија даје овом праву и на озбиљност проблема његове заштите. Део спољне политике ЕУ је и промоција религиозне толеранције, поштовање различитости и узајамно разумевање како би се обезбедило потпуно уживање свих људских права.

Поштовање слободе вероисповести је посебно важно за земље кандидате за чланство у ЕУ, које треба да испуне копенхашке критеријуме да би могле да напредују у процесима евроинтеграције. Због тога ове земље треба да у свој правни систем уведу европске стандарде за заштиту слободе вероисповести и ефикасне механизме за имплементацију ове слободе.

2. Концепт слободе вероисповести

Религија, као систем веровања који се односи на важна егзистенцијална питања која генеришу велики емоционални набој, била је разлог и инспирација најимпресивнијих етичких и културних достигнућа, али у исто време и најжешћих сукоба, ратова и неправди од древних времена до данас. Многа права, укључујући слободу вероисповести, била су повређена и кршена у име религије и веровања. Борба за верске слободе има дугу историју. Под маском религије били су прогањани јеретици и неверници, десила се инквизиција, а под њеном маском изрођени су фундаменталистички и екстремистички покрети. И у ближој прошлости, ратови који су се десили у бившој Југославији имали су не само етничке, већ и верске карактеристике.

Стога нису случајни захтеви за толеранцију у савременом свету који траже првенствено верску толеранцију, јер различита верска уверења и даље изазивају раздор и нетрпељивост, прогон и дискриминацију. Имајући у виду различите обрасце односа државе, религије и верског плурализма, од великог значаја је да се успоставе стандарди за поштовање слободе вероисповести који би били широко прихваћени. Зато су напори међународне заједнице усмерени не према стварању образаца за однос државе и религије, већ према успостављању гаранција у циљу заштите слободе вероисповести.

Слобода вероисповести подразумева слободу људи „на„ и слободу „од„ одређене религије или слободу да имају или да немају религију, да

упражњавају или да не практикују одређену веру (Харис, О'Бојл и Варбрик, 2009: 430).

Међутим, ниједан међународни документ не садржи дефиницију религије и која веровања спадају под овај термин. Питање да ли су одређена уверења верска убеђења или не, остављено је међународним органима или домаћим судовима приликом одлучивања о слободи вероисповести.

Европски суд за људска права сматра да религиозна веровања имају моралну, етичку, натприродну или симболичку улогу у животима људи. Да би одређена веровања уживала заштиту Европског суда потребно је да имају „одређени ниво убедљивости, озбиљности, кохерентности и значења.”¹

Члан 9. Европске конвенције регулише слободу вероисповести заједно са слободом мисли и савести. Према члану 9. Европске конвенције свако има право на слободу мисли, савести и вероисповести. Ово право укључује слободу промене вероисповести и уверења и слободу исповедања вере или убеђења, насамо или заједно са другима, јавно или приватно, кроз наставу, проповед, верске обреде и ритуале. Слобода испољавања вере или уверења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу јавне безбедности, јавног реда, здравља и морала, или заштите права и слобода других.

Европски суд за људска права је нагласио да, иако је слобода вероисповести првенствено ствар личне савести, то такође значи слободу појединца да исповеда своју веру. Исповедање вере може се вршити у заједници са другима, али је то исто тако могуће и насамо и приватно. Слобода вероисповести обухвата и право да се убеде други људи да промене своју веру и убеђења.

Једна од најважнијих одлука Европског суда за људска права узети са чланом 9. Европске конвенције је у случају *Kokkinakis v. Greece*.² Минос Кокинакис је Јеховин сведок који је од грчких судова био осуђен неколико пута за прозелитизам (инсистирање на стицању што више нових следбеника било које вере), који је забрањен локалним законима. На пример, у једном случају Кокинакис је осуђен јер је у кући својих комшија читао одломке из Библије и тумачио према учењу Јеховиних сведока. Европски суд је пресудио да право на религијско уверење укључује право да се убеде други да промене своју веру или уверење, иначе ће члан 9. остати „мртво слово на папиру”.

1 *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, Judgment of 25 February 1982, Series A, No. 48; (1982) 4 EHRR 293, para. 36.

2 *Kokkinakis v. Greece*, No. 14307/88, Judgment from 25/05/1993

3. Право вероисповести и радних обавеза

Практиковање вере може понекад доћи у сукоб са остваривањем обавеза запослених. Неколико таквих случајева дошло је пред Европски суд за људска права.

У неким случајевима, када су неки појединци тражили од стране послодаваца да им омогуће слободно време за обављање одређених верских обреда, суд је сматрао да није било кршења слободе вероисповести, јер су људи „слободни да дају отказ.„ На пример, у једном случају, запослена у туристичкој агенцији – хришћанка, тражила је да не ради недељом.³ У другом случају, муслиман наставник тражио је продужену паузу за ручак у петак да би могао да иде да се моли у џамији.⁴ У оба случаја, суд или комисија сматрали су да су подносиоци представке били слободни да оду или да дају отказ уколико је њихов посао у сукоб са њиховим верским уверењима или дужностима.

Постојање верских празника који су нерадни дани само за чланове одређене религије довело је до занимљивог случаја пред Европским судом за људска права против Републике Македоније. У случају Костески против Македоније, Васко Костески као подносилац представке се жалио да га је његов послодавац казнио јер није дошао на посао на муслимански празник. Суд је закључио да подносилац представке није доказао да је заиста муслиман.⁵

Костески је пре подношења апликације водио поступак пред Уставним судом Републике Македоније, који је приметио да је он тражио остваривање права у вези са слободом вероисповести, али није доставио и одбио је да поднесе доказе о својим верским уверењима. Иницијално питање је да ли је довољно при остваривању права на плаћено одсуство за време верског празника да грађанин само субјективно изрази религиозно уверење. Суд је сматрао „да не постоје објективни критеријуми за утврђивање да ли грађанин припада хришћанској и исламској вери,„ и да „се нужно морају утврдити објективне чињенице везане за остваривање било ког права и да се требају поднети докази о њима у ситуацији кад се тражи неко право.„

Уставни суд Републике Македоније је утврдио да садржај верских уверења Костеског (или чак форма) објективно не одговарају онима из исламске вере (па и њене форме), из различитих разлога (нпр. неразумевање основних, најважнијих принципа те религије кроз које се изражава

3 Stedman v UK, No. 29107/95 hudoc (1997); 23 EHRR CD.

4 Ahmad v UK, No 8160/78; 22 DR 27 (1981); 4 EHRR.

5 Koteski v Macedonia, Hudoc (2006); 45 EHRR 712.

суштина веровања ... непознавање пута „уласка у редове муслиманске вере„ и сл.).⁶

У поступку пред Европским судом за људска права, између осталог, Костески се жалио да је једина особа од које се тражило да докаже своју припадност одређеној религији. Суд је констатовао да свака разлика у третману може да се заснива на објективном и разумном оправдању. У том случају захтев за доказивање верске припадности био је оправдан и пропорционалан, јер је подносилац тражио право које припада члановима одређене вере, а постојале су околности које су рађале сумњу о његовој припадности исламу.

У случају *Kalaç v. Turkey*,⁷ турски војни судија је прерано пензионисан због тога што је прихватио „незаконите ставове интеграциониста,, пружао правну помоћ организацији интеграциониста, похађао обуку њених чланова, добио наређење од челника те организације и прекршио војну дисциплину. Суд у Стразбуру је сматрао да држава може да доноси дисциплинске прописе за своје оружане снаге и у овом случају је сматрао да нема кршења члана 9. јер пензионисање није резултат начина на који је подносилац вршио своје верске дужности, већ због његовог понашања према служби, које према турским властима представља кршење војничке дисциплине и принципа секуларизма.

Пред Европским судом правде у Луксембургу појавио се случај о слободи вероисповести у контексту подношења захтева за посао. У случају *Prais v Council*⁸ Суд је сматрао да постоји кршење слободе религије Јеврејке која се пријавила за посао, јер је било потребно да полаже за посао у суботу. Суд је констатовао да је она, због својих верских дужности, искључена из аплицирања за посао који ће бити обављан у току радне недеље (од понедељка до петка).

Питање слободе вероисповести и радних обавеза постављено је и код ношења верских симбола на послу.

4. Ношење верских симбола

У савременом упоредном праву уређује се ношење верских симбола на јавним местима и ношења верских симбола у јавним институцијама. У почетку у појединим земљама које инсистирају на строгом секуларизму биле су постављене забране ношења верских симбола у јавним установама,

⁶ У. Број: 220/1999-0-0, од 12.07.2000.

⁷ *Kalaç v. Turkey*, Reports 1997 -IV.

⁸ (1976) ECR 1589, ECJ.

али касније је забрана почела да се проширује на сва јавна места, али не и за све верске симболе (обично се забрана односи на поједину муслиманску женску одећу – бурку или никаб, који покривају лице тако да се не може препознати особа о којој се ради).

Страх од исламског тероризма након 11. септембра 2001. у САД, 11. марта 2004. у Мадриду, 7. јула, 2005. у Лондону, као и од великог броја муслиманских имиграната у земљама Западне Европе, доприносе изградњи негативног односа према никабу и бурки. Суочен са овим трендом, Савет Европе је у 2010. години донео правно необавезујућу Препоруку бр. 1927 „Ислам, исламизам и исламофобија у Европи“, која препоручује државама чланицама да не доносе општу забрану муслиманског потпуног вела или друге верске одеће, јер ће нарушити слободу вероисповести гарантовану чланом 9. Европске конвенције у случају када их жене користе по слободном избору.

Забрана ношења пуног вела на јавним местима оправдава се јавном безбедношћу и „минималним социјалним животом“, као део јавног поретка (објашњење је да потпуно покривање лица искључује жене из друштвеног живота). Политичари су при образложењу закона којим је уведена забрана потпуног вела нагласили да „ношење вела ставља жене у инфериорни положај, што је неспојиво са принципом једнакости,“ (образложење Владе Француске) и са „достојанством жена,“ (објашњење председника Француске Николе Саркозија) (Hill, 2013: 425).

Француска и Белгија су забраниле ношење пуног вела на јавним местима (улицама, парковима, објектима, итд., односно свим јавним просторима и местима где се пружају јавне услуге). У Белгији је 2011. године ступила на снагу забрана ношења пуног вела на јавним местима. Уставни суд Белгије је подржао уставност забране.

У Француској од 2004. године постоји забрана ношења видљивих верских симбола (турбани, крстови, исламске мараме) у школама и на универзитетима. У 2010. години усвојена је забрана ношења одеће која покрива лице на јавним местима. Изузетак је дозвољен због медицинских или професионалних разлога или ако је то неопходно у оквиру спортских активности, фестивала и традиционалних уметничких форми (али ови изузеци не укључују пуну муслиманску мараму) (Corral, 2013: 283).

У Немачкој не постоји општа забрана ношења верских симбола, али у неким државама постоји забрана ношења исламских марама у школама. Што се тиче пуног исламског вела, он је забрањен за време јавних скупова, јер спречава идентификацију, као и приликом вожње јер то ограничава видно поље возача и његову способност за маневрисање.

Питање о ношењу верских симбола у јавним установама у више наврата је разматрано пред Европским судом за људска права.

У случају *Dahlab v Switzerland*⁹ Суд је закључио да није било кршења члана 9. са забраном ношења муслиманске мараме која је наметнута учитељицама основних школа. Забрана је оправдана због потенцијалног мешања и утицаја на верска осећања ученика и кршења верске неутралности у школама. Препознајући мараму као „јак верски симбол“, Суд је истакао да је наметање верских правила тешко помирљиво са родном равноправношћу, једнакошћу и недискриминацијом (Hill, 2013: 435).

Случај *Leyla Sahin v. Turkey*¹⁰ покренут је од стране једне студенткиње којој је забрањено да на факултету носи традиционалну исламску мараму. Она је упркос забрани носила мараму и због тога је била дисциплински кажњена, чак и суспендована један семестар студија. Европски суд је сматрао да је у овом случају постојало задирање у право апликантице, али је то задирање оправдано својом сврхом – заштита јавног реда и права и слобода других. Поред тога предузете мере су биле пропорционалне циљу, јер је Суд утврдио да нема повреде члана 9. Европске конвенције. Суд наводи одлуку турског Уставног суда у којем је он нагласио секуларну природу државе, као гаранта демократских вредности и тачке у којој се сусрећу слобода и једнакост. Европски суд за људска права је приметио да је секуларни принцип најважнији разлог који је довео до увођења забране верских симбола на универзитетима. У овој одлуци Суд је фокусиран на однос између исламске мараме и женских права, који полази од става да исламска марама намеће за жене норму која је „тешко помирљива са принципом родне равноправности и недискриминације,. Ова судска одлука је у академским круговима изазвала дебату и била је критикована због наметања „секуларног фундаментализма“, због негативног утицаја на права муслиманских жена у образовању, због промовисања ислама као претње демократији итд. (Харис, О’Бојл и Варбрик, 2009: 439).

У неколико других случајева, Суд налази да нема повреде слободе вероисповести студената који су протерани из државних школа, јер они нису хтели да уклоне мараме за време часова физичког васпитања.¹¹

Ношење верских симбола може бити ограничено из безбедносних или других разлога. На пример, у Енглеској је уведено обавезно ношење кациге

9 *Dahlab v Switzerland*, No. 42393/98, 29.06.2004.

10 *Layla Sahin v. Turkey*, ECHR 2005 – XI.

11 *Kervanci v France* No. 31645/04, Judgment of 4th December 2008 и *Dogry v France* App. No. 27058/05, Judgment of 4 December 2008.

и забрана ношења турбана Сика приликом вожње моторцикла,¹² или постоји обавеза да се појединци идентификују гологлави када користе одређене административне услуге, приликом безбедносне контроле на аеродромима и тако даље.¹³

Што се тиче питања ношења верских симбола, интересантан је и случај *Ahmet Arslan v Turkey*,¹⁴ у коме је Суд утврдио да закон о забрани ношења верске одеће на јавним местима без јасног и довољног оправдања за то представља мешање у слободу вероисповести. Случај се односи на 127 апликанта који су се 1996. године срели у Анкари због верске свечаности. Ходали су улицама одевени у верску одећу која се састојала од турбана, врећастих панталона, тунике и штапе. Због тога су осуђени, а њима су наметнуте кривичне санкције за ношење верске одеће на јавним местима (улицама и трговима), супротно закону. Суд је закључио да нема доказа да су подносиоци представке представљали претњу за јавни ред или да су били укључени у прозелтизам и вршили притисак на пролазнике током њиховог скупа. Суд је сматрао да је ограничено њихово право да слободно изражавају своја верска уверења без довољног разлога за то.

Поред ношења верских симбола, значајан проблем у погледу слободе вероисповести је и питање приказивања верских симбола у јавним институцијама.

5. Истицање верских симбола у јавним установама

Када је у питању истицање верских симбола у јавним установама, то се обично односи на истицање крстова у јавним школама.

Дебате око истицања крстова у школама су вођене у Немачкој. Савезни уставни суд Немачке је сматрао да се постављањем крстова у учионице крши негативна слобода вероисповести ученика, због тога што слободу вероисповести дефинише као право да се појединац клони верских активности или да не изражава било коју религију, укључујући и слободу да остане далеко од симбола одређене религије.¹⁵ Свакако у плуралистичком друштву немогуће је у потпуности се клонити од догађаја других религија, али учионица је место где појединац изложен верским симболима не може да побегне од њих. С обзиром на чињеницу да је основно образовање обавезно, Савезни уставни суд је истакао да су ученици принуђени да

12 X v UK (1978) 14 DR 234.

13 Phull v France, App. No. 35753/03, Judgment of 11 January 2005.

14 App. No. 41135/98, Judgment of 23 February 2010.

15 BVegGE 93, 1

уче „испод крста„. Суд је приметио да је истицање крстова у супротности са неутралношћу државе у односу на религију и филозофију живота. Са таквим аргументима Савезни уставни суд Немачке наредио је уклањање распећа из јавних школа у Баварској.¹⁶

Слична одлука донета је у Шпанији, где је Виши суд Кастиље, на захтев родитеља, наредио да се уклоне распећа са зидова јавне школе (Corral, 2013: 292).

Према пракси Европског суда за људска права, велика контроверза је била одлука у предмету *Lutsi v Italy*¹⁷ у којој је Суд прво констатовао да је истицање крстова у школама у супротности са Европском конвенцијом, док је Велико веће Суда укинуло ту одлуку и изразило супротан став, подржавајући италијанске судове и истичући да крстови имају првенствено културни смисао и значај, који доминира над њиховим верским значајем. Велико веће Европског суда у овом предмету констатује да присуство крста на школским зидовима, као „суштински пасивног симбола„, не доводи до индоктринације студента. Увођење термина „пасиван симбол„ покренуло је више дебата и дилема. „За симбол увек можете да кажете да је пасиван. Они нас подсећају на одређену религију, бренд или на нацију. Али они никада не говоре активно. Након одлуке Великог већа, може се поставити питање да ли постоји нешто као „активни симбол„, и ако постоји, какве последице би то могло имати на одлуке у сличном случају, или да ли је термин „пасиван симбол„ чиста „таутологија„ (Lock, 2012: 354).

Ако ово објашњење упоредимо са образложењем датим у другим случајевима када муслиманску мараму Суд сматра „јаким спољним симболом„,¹⁸ поставља се питање зашто је марама јачи верски симбол од крста, посебно што мараме носе појединци који су носиоци људских права, а истицање крстова на зидовима чини држава, која није носилац људских права (Lock, 2012: 354).

6. Веронаука и молитва у школама

Питање верске наставе у јавним школама је такође извор контроверзи, посебно јер постоји потреба да се деца заштите од индоктринације и да се обезбеди право родитеља да одлучују о моралном и верском васпитању своје деце, као и о квалитету општег образовања, што може да укључи

16 Пресуда од 16. мај 1995, BVegGE 93, 1.

17 App. No. 30814/06, Grand Chamber Judgement of 18 March 2011.

18 Dahlab v Switzerland, No. 42393/98, 29.06.2004.

информације о питањима која су морално или религиозно контроверзна (Merrills, 2001: 90).

Према становишту Европског суда, држава није спречена да у образовном систему представља верску или филозофску материју, али мора да обезбеди да контекст у коме је презентирана буде „објективан, критичан и плуралан,.. Ово ће спречити индоктринацију, без да се крше права деце и родитеља и без стварања проблема за образовне власти (Merrills, 2001: 92).

Што се тиче верске наставе, то треба да буде ствар добровољног избора ученика и родитеља. Не би требало да буде наметнута. Ако се уведе веронаука у школе, за оне који желе да присуствују мора се обезбедити или настава из њихове вере или да буду ослобођени похађања наставе религије. Увођење наставе која се бави историјом свих религија или верском етиком сматра се да не угрожава слободу вероисповести.

Што се тиче молитве у школама, немачки Савезни суд сматра да свакодневна молитва пре почетка часова не представља кршење негативне слободе вероисповести (слобода да се немају или да се не изражавају своја верска уверења), јер су ученици били у могућности да избегну молитву било напуштањем просторије, било путем неучествовања у молитви.¹⁹

7. Верско удруживање, признање и аутономија верских заједница

Верска припадност доводи до формирања верских заједница чије постојање доводи у питање њихово признање, као и њихово унутрашње уређење.

Један од најпознатијих случајева у овој области је случај Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova²⁰, који се односи на одбијање да се призна црква. Поступак је подигла Metropolitan Church of Bessarabia и 12 појединаца, чланова те црквене заједнице, који су 1992. године основали православну цркву, канонски повезану са Патријаршијом у Букурешту и затражили регистрацију исте. Током 1993. године Влада је регистровала Молдавску епархију, канонски повезану са Московском патријаршијом, и одбацила захтев за регистрацију Бесарабијске епархије, наводећи да њени следбеници могу испољавати своја верска уверења унутар Молдавске епархије.

У овом случају Суд је констатовао: „... јер црква није призната – подносиоцу захтева, она није могла да почне радити. Посебно њени свештеници нису могли да обављају богослужбу, њени чланови нису могли да се окупљају

19 BVerfGE 52, 223, 248

20 Judgment of 13 December 2001, Application No. 45701/99, ECHR 2001-XII.

због верских обреда, а с обзиром да немају правни субјективитет, она нема право на судску заштиту своје имовине.„ Што се тиче толеранције, коју је наводно Влада показала према Цркви – подносиоцу, Суд је сматрао да таква толеранција није замена за признање, јер само са признањем могу да им се доделе права која су у питању, због чега је Суд утврдио да је повређен члан 9. Европске конвенције.

Суд је такође сматрао да озбиљно и необразложено одлагање признања верских организација представља кршење члана 9. Европске Конвенције.²¹

У случају *Mirolubovs and others v. Latvia*²², Суд је констатовао да је аутономија верских заједница суштинска компонента плурализма у демократском друштву, где истовремено постоји неколико религија или деноминација исте религије. Земље треба да буду неутралне у односу на верске заједнице. Не треба да користе изразе са којима се повређује неутралност. Тако, у једном случају, Суд је нашао да је употреба израза „психосекте,“ или „псеудорелигије,“ представљала кршење члана 9. Конвенције.²³

Овлашћење државе да одређује места за богослужбу не треба да се врши произвољно или да се користи против мањинских група. На пример, Суд је сматрао да је чекање од једне деценије групе Јеховиних сведока да им се дозволи да користе одређену просторију у једној згради за верске обреде у супротности са чланом 9. Европске конвенције.²⁴ Притом, закон је предвиђао учешће грчке православне цркве у давању сагласности на утврђење верских објеката, што је коришћено за ограничавање права мањинских верских група.

Због несметаног остваривања слободе вероисповести, држава не треба да се меша у унутрашњу организацију верских заједница. Такође, верске организације треба да имају аутономију у избору својих лидера.

Ипак, у земљама са званичном религијом, држава може успоставити критеријуме за запошљавање у државној цркви или за одређену позицију,²⁵ или чак да се меша у организацију и у религиозне захтеве државне религије (Merrills, 2001: 86). У лаичким државама (без званичне религије) то није дозвољено. У случају *Hasan and Chaush v. Bulgaria*²⁶, Европски суд указује

21 *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, pp. 40825/98, HUDOC (2008).

22 *Mirolubovs and others v. Latvia*, App. No. 798/05, Judgment of 15 September 2009

23 *Leela Förderkreis E.V. and Others v. Germany*, app. 58911/00, HUDOC (2009).

24 *Manoussakis v Greece*, 1996-IV; 23 EHRR 387.

25 *X v. Denmark*, App. No. 7374/76, 5 Eur. Comm'[n H.R. Dec & Rep. 157 (1976).

26 *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, ECHR 2000-XI.

да државе не треба да се мешају у унутрашње односе верских заједница. Хасан је био бивши главни муфтија Исламске заједнице у Бугарској, а Чауш секретар његове канцеларије. У оквиру Исламске заједнице у Бугарској долази до цепања и подела, при чему држава није остала неутрална и признала је за легитимно вођство једну од група, без навођења разлога за то. Притом, домаћи закон није предвиђао опипљиве критеријуме по којима се региструју промене у руководству верских заједница када дође до опречних захтева за признавање легитимности. Такође, бугарско право није предвиђало никакве процесне гаранције у овој ситуацији, односно за ово питање није могло да одлучује независно тело. Из тих разлога, Суд је сматрао да је прекршен члан 9. Конвенције. Релевантни аутори истичу да чак и ако влада сматра да је именовала вођу одређене верске групе са (наводно) легитимним циљем, да би се избегла унутаррелигијска битка, та тврдња би готово сигурно могла бити оповргнута (Харис, О'Бојл и Варбрик, 2009: 430).

Из одлуке Европског суда могу се извући и позитивне обавезе државе. Суд је нагласио да улога државе није да уклони узроке напетости кроз укидање плурализма, већ да обезбеди да се „међусобно супротстављене групе толеришу.”²⁷ Дакле, улога државе је да свима обезбеди уживање верских слобода и да осигура толеранцију различитих верских група.

8. Ограничења слободe вероисповести и ограничења других права због слободe вероисповести

Слобода вероисповести није неограничено право. Ограничење слободe вероисповести је дозвољено када то налаже закон, да би се заштитио легитимни циљ и када је то неопходно у демократском друштву.

Легитимни циљеви су заштита јавне безбедности, реда, здравља или морала или заштита права и слобода других. На пример, сматра се да је дозвољено да буде одбијено да се затворенику дају верске књиге које садрже борилачке вештине; да је дозвољено да се тражи од затвореника припадника високе касте Сика да очисте под своје ћелије (због здравствених разлога); да се захтева од свих мотоциклиста да носе заштитну кацигу, укључујући Сике, који као део верске одеће носе турбане (за заштиту јавне безбедности) и сл. (Харис, О'Бојл и Варбрик, 2009: 437).

Слобода вероисповести је не само право које може бити предмет ограничења, већ се може јавити као разлог да се ограниче друга права.

27 *Serif v. Greece*, Reports, 1999-IX.

У неким случајевима заштита верских осећања може бити разлог за ограничавање слободе изражавања. Суд је констатовао да су напади на верска уверења посебно емотивни и у неким случајевима утврдио да је заплена филма, који вређа верска осећања локалног становништва у претежно католичким земљама, неопходна да би се заштитила верска права и слободе. Суд је закључио да заштита верских слобода и права може легитимно да подразумева обавезу да се избегну, колико год је то могуће, изрази који су изузетно увредљиви за друге. Суд је такође констатовао да религије не могу очекивати да буду изузете од критике, али у екстремним случајевима методе супротстављања одређеном религијом или веровањем „могу бити такве да инхибирају оне који имају такве уверења да остварују своју слободу.”²⁸

У потрази за равнотежом између различитих интереса, Суд је приметио да „припадници верске мањине или већине не могу разумно очекивати да буду изузети од било какве критике,” али државе треба да „избегне колико је то могуће изражавања... које је дубоко увредљиво према другима и представља богохуљење.”²⁹

9. Слобода вероисповести у Македонији

Устав Републике Македоније у члану 19. регулише слободу вероисповести, гарантујући слободно и јавно, појединачно или заједно са другима, изражавање вере. Уставни текст усвојен 1991. године помиње само Македонску православну цркву, проглашавајући да су Македонска православна црква и друге верске заједнице и групе одвојене од државе и једнаке пред законом и да имају право да оснивају школе и друге социјалне и добротворне установе у поступку прописаном законом.

Амандманом VII из 2001. године, поред Македонске православне цркве у Уставу је набројано још неколико других верских група, као што су Исламска верска заједница у Македонији, Католичка црква, Евангелско-методистичка црква и Јеврејска заједница.

Правни положај верских заједница у земљи регулисан је Законом о правном положају цркава, верских заједница и религиозних група.³⁰ Иако користи термине црква, верска заједница и верска група, закон не прави нити правну, нити практичну разлику између ова три термина, већ их дефинише

28 *Otto-Preminger-Institut v Austria*, A 295-A (1994); 19 EHRR 34.

29 *Wigrove v UK*, 1996 – V; 24 EHRR 1.

30 Службен весник на Република Македонија бр.113/2007 (Одлука на У.суд бр. 104/2009, донесена на 22 септември 2010).

као „добровољне заједнице физичких лица који остварују слободу вероисповести у складу са својим верским уверењима и изворима верског учења, уједињени у вери и идентитету, уз могућност вршења богослужби, молитви, ритуала и других облика изражавања вере.“ Три термина су уведена како би се дала могућност да различити субјекти који желе да се региструју као верске организације, могу изабрати између ових термина. Име и званична обележја цркве, верске заједнице или верске групе би требало да се разликују од имена и симбола већ регистрованих субјекта. Регистрација се обавља у суду, а постоје индиције да се закон широко тумачи како би се дала могућност судијама да проуче материјале да би се осигурало да су извори учења и богослужбе подносиоца за регистрацију верске организације различити од имена и ознака већ регистрованих верских организација.³¹ Пред Европским суду за људска права је у току поступак због немогућности да се региструје „Православна охридска архиепископија, Зорана Вранишковског. Захтев за регистрацију верске заједнице је одбијен са образложењем да име садржи име Македонске православне цркве. Поред његове пријаве за упис, суд је одбио и регистрацију Бехтешке заједнице.

У Републици Македонији је покренуто и питање верске наставе у основним школама. Законом о основном образовању и васпитању, 2008. године веронаука је уведена као факултативни предмет, тј. као изборни предмет чији је циљ да проучи основне принципе одређене религије. У пракси је понуђена верска настава за православне хришћане и муслимане. Било је притужби да је постојао притисак на наставнике да њихови ученици изаберу веронауку, уместо предмета историја религија.³² Ова одредба оспорена је пред Уставним судом Републике Македоније, који је укинуо могућност постојања веронауке у основним школама.³³ У својој одлуци, Уставни суд је узео у обзир начин на који је спровођена веронаука у школској 2008/09 години и чињеницу да је настава религије дизајнирана да проучава правила по којима присталице одређене религије треба да се понашају. Уставни суд је истакао да држава не би требало да охрабрује одређену одлуку у вери, нити да омета изражавање вере и намеће верски конформизам или тражи обављање религиозне делатности као друштвено пожељно понашање. У својој одлуци, „Суд налази да ствара могућност да се у основној школи уведе предмет који учи одређеној религији, којим

31 Извештај на Специјалниот известувач за слободата на вероисповед или убедување, Асма Јахангир, ООН, 28 декември 2009, А/НRC/13/40/Add. 2, пара.38.

32 Извештај на Специјалниот известувач за слободата на вероисповед или убедување, Асма Јахангир, ООН, 28 декември 2009, А/НRC/13/40/Add. 2, пара. 24.

33 У. Бр. 202-2008-0-1 од 15 април 2009.

се врши увођење у правила према којим треба да се понаша припадник одређене религије...„ Суд, је при томе, узео у обзир и начин примене оспорене одредбе, указујући да „овај облик верског образовања, који као могућност произлази из закона, превазилази академски и неутрални карактер наставе, што је иначе одлика јавног, државног образовања и инволвира државу у организацију такве веронауке, насупрот принципу одвојености цркве и државе и у том контексту, слободног простора за верске заједнице да основају верске школе...“ Оцењено је да је ова одлука Уставног суда била у складу са међународним стандардима људских права и да има за циљ да заштити права родитеља и деце на слободу вероисповести или убеђења.³⁴

10. Закључак

Слобода вероисповести је основно људско право чије слободно уживање директно доприноси демократији, владавини права, миру и стабилности. Кршење слободе вероисповести може увећати нетолеранцију и бити повод за конфликт и насиље. Слобода вероисповести односи се на све религије и уверења, теистичке и атеистичке, на традиционалне религије и нове религије, на доминантне религије и религије мањина.

Државе морају обезбедити да њихов правни систем обезбеђује ефикасне гаранције слободе вероисповести. Притом државе морају гарантирати заштиту, која значи обавезу да се превенирају, истраже и казне сви акти насиља према људима начињених због њихове вере. Посебан проблем у земљама у транзицији је индиректна дискриминација на бази религиозних уверења. Врло често закони прописују критеријуме за регистрацију верских удружења који су наводно неутрални, али су у суштини дискриминаторски и онемогућавају регистровање неких верских група.

Европска унија је усвојила Смернице за промоцију и заштиту слободе религије и уверења, којима указује да међународно право о људским правима штити индивидуе, а не религије или уверења *per se*. У овом документу ЕУ се обавезује да надгледа ситуацију слободе вероисповести, да подигне ову слободу на виши ниво и да ради активно на промоцији и одбрани слободе вероисповести. То ствара допунске обавезе за земље кандидате за чланство у ЕУ да посвете још већу пажњу имплементацији овог људског права.

34 Извештај на Специјалниот известувач за слободата на вероисповед или убедување, Асма Јахангир, ООН, 28 декември 2009, А/HRC/13/40/Add. 2, пара. 27.

Литература

Corral, B. A. (2013). Some Constitutional Thoughts about the Islamic Full Veil Ban in Europe. *ICL Journal*, Vol.7, 3/2013

Hill, R. W. (2013). The French Prohibition on Veiling in Public Places: Rights Evolution or Violation?. *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 2, No. 2

Lock, T. (2012). Of Crucifixes and Headscarves: Religious Symbols in German Schools. U: Myriam Hunter-Henin (ed.), *Law, Religious Freedoms and Education in Europe*, Ashgate

Merrills, J. (2001). *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press.

Wallace W. (ed.) (1990). *The Transformation of Western Europe*, London: Pinter

Извештај на Специјалниот известувач за слободата на вероисповед или убедување, Асма Јахангир, ООН, 28 декември 2009, А/HRC/13/40/Add. 2, пара. 27.

Харис, О'Бојл и Варбрик (2009). *Право на Европската конвенција за човекови права*, Скопје: Просветно дело

Renata Treneska-Deskoska, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law „Justinianus Primus,,

University „Ss. Cyril and Methodius,, Skopje, Macedonia

Freedom of Religion as Part of EU “Ideology”

Summary

It has been already written that Europe is not geographical entity but an „imagined space,, created out of our mental maps. That supports the idea that Europe is entity with fluid borders, which „are matter of ideology and politics rather than cartography,. When EU launched the Common Foreign and Security Policy, it placed human rights at the heart of this ideology and policy. Individual rights, the rule of law and constitutional democracy are condition for EU entry for all countries candidates for EU members.

This paper will analyze the meaning and content of the freedom of religion according to the EU standards. The emphasis will be given to the Article 9 of the European Convention of Human Rights and its interpretation by the European Court of Human Rights. The most important cases, in which violation of Article 9 was established, will be analyzed. The importance of the issue of freedom of religion for EU can be seen in the adopted EU Guidelines on the promotion and protection of the freedom of religion or belief on which this paper will also point.

Also, this paper will point to the constitutional and legal frame on freedom of religion in Macedonia, as well as to the interpretation of the Constitutional court of the Republic of Macedonia to the freedom of religion. Also, Macedonia was brought in front of the European Court of Human Rights with regard to the Article 9. Case *Kosteski v Macedonia* is one of the cases with broader meaning in which the issue of the need to prove the belongingness in certain religion, in order to enjoy the rights that belong to the members of that religion was raised. The judicial portfolio of Macedonia in front of the European Court of Human rights regarding freedom of religion will be also subject of analysis.

Key words: freedom of religion, religion, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, Charter of Human Rights, Constitutional Court of the Republic of Macedonia

О ПОТРЕБИ УСКЛАЂИВАЊА СРПСКОГ УПРАВНОГ ПОСТУПКА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Апстракт: У тексту се анализира потреба усклађивања Закона о општем управном поступку Републике Србије са правом Европске уније. Констатује се да овај пропис не спада у категорију општих правних аката који се морају усклађивати. Доношење процесних прописа за рад државне управе спада у сферу слободе држава чланица Европске уније, а неке од њих уопште немају Закон о општем управном поступку. При томе, и на управни поступак земаља чланица Европске уније примењују се одређена начела утврђена од стране Европског суда правде, која имају примат у односу на национално законодавство. С друге стране, постојећи ЗУП Србије спада у веома квалитетан и у пракси проверен пропис. У њему су већ уграђена сва начела Европског суда правде.

Кључне речи: Управни поступак, право Европске уније, хармонизација.

1. Уводне напомене

Усклађивање права Србије са правом Европске уније је потреба која се јавља у многим областима. Штавише, Европска унија и формално тражи од земаља кандидата да своје право доведу у склад са правом Европске уније. Укупност прописа Европске уније чини њене правне тековине, тзв. *Acquis communautaire* и свака држава кандидат за чланство у Европској унији мора да усклади своје правне прописе са тековинама. Та чињеница је неспорна и нико је не доводи у питање. Но, поставља се питање о којим

* dmilkov@pf.uns.ac.rs

** Овај текст је део ауторових истраживања у оквиру научноистраживачког пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије на тему „Биомедицина, заштита животне средине и право“.

прописима је реч и на које области се то односи? Да ли се то односи на све области, на све правне прописе, или неки прописи могу да буду искључиво национално обојени?

У оним случајевима у којима у праву Европске уније нема унифицираног модела, земље чланице Уније уживају релативну слободу у погледу националног законодавства. Изузев одређених принципа који морају бити експлицитно или имплицитно уграђени у све прописе свих земаља, за неке области не постоји обавеза јединственог уређивања правним прописима.

Република Србија је почетком 2014. године добила статус кандидата за чланство у Европској унији, и као таква налази се у процесу усклађивања свог правног система са правом Европске уније. С једне стране, Србија ће морати да донесе неке нове прописе које у овом моменту нема. С друге стране, истовремено са доношењем нових, недостајућих прописа Србија ће морати и да неке од својих постојећих прописа измени и допуни, како би их прилагодила праву Европске уније.

У том контексту, може се посматрати и потреба усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније. У којој мери се процес усклађивања српских правних прописа са правом Европске уније простире и на основни процесни пропис којим се уређује начин рада државне управе и јавних служби приликом одлучивања у конкретним ситуацијама? Да ли Закон о општем управном поступку одступа од европског права и да ли му је потребно усклађивање са европским правом? Све су то питања на која желимо да дамо одговор у овом тексту.

2. О еволуцији управног поступка

Управни поступак представља за управу оно исто што за судове представљају парнични и кривични поступак. Међутим, кодификација управног поступка је извршена знатно касније од кодификације парничног и кривичног поступка. Наиме, кодификација управног поступка је у правом смислу речи извршена тек почетком 20. века.

Историјски посматрано, Шпанија је још 19. октобра 1889. године донела Закон о основама управног поступка (*Ley de Bases de Procedimiento Administrativo*), који шпански аутори сматрају првом кодификацијом управног поступка у Европи (Puigpelat, 2006: 481). Међутим, макар што неки шпански аутори желе ово да представе као прву кодификацију управног поступка на свету, а тако мисле и неки усамљени француски аутори (Braitbant, 1974–1975: 379), ово се ипак не може прихватити као кодификован управни поступак већ само као први процесни пропис којим се регулишу

нека основна питања управног поступка.¹ У том смислу, овај пропис јесте значајан, но, „истина је, међутим, да је тај закон само оквир који је сама управа требало да попуњава својим прописима“ (Langrod, 1959: 75). Наиме, тим законом је предвиђен правни основ који је омогућавао појединим министарствима да уреде процедурална питања својим општим актима и, у том смислу, овај закон је само дефинисао опште оквире у којима су министарства могла да се крећу. Целовит, кодификован управни поступак, у правом смислу речи, у Шпанији је настао тек након другог светског рата, тј. 17. јула 1958. године. Тада је донет Закон о управном поступку, а не о „основама“ управног поступка (*Ley de Procedimiento Administrativo*). Данас је у Шпанији на снази Закон о правном режиму јавне управе и заједничком управном поступку (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*) од 26. новембра 1992. године. Тај пропис представља јединствен пропис који се примењује на читавој територији државе, како у централним органима, тако и у органима управе појединих покрајина Краљевине Шпаније.

Посматрано у правом смислу речи, кодификација управног поступка је по први пут извршена у Аустрији 1925. године. Аустријски Закон о општем управном поступку представља, у ствари, збир од четири закона: Уводни закон за управно-процесне законе, Закон о општем управном поступку, Управно-казнени закон и Закон о административном извршењу. Значај овога Закона је, пре свега, у томе што је то први такав кодекс у свету, али и у његовом квалитету. У питању је целовит пропис процесног карактера, али састављен веома концизно и усклађено (има укупно 93 параграфа, ако се заједно рачунају Закон о општем управном поступку и Закон о административном извршењу). Тај законик је био узор за многе друге земље, па и за предратни југословенски Закон. Након другог светског рата овај Закон је поново проглашен у пречишћеном тексту 1950. године.

Значај првог кодификованог Закона о општем управном поступку био је у томе што је он представљао модел за доношење оваквог процесног прописа у земљама централне и источне Европе, посебно у земљама некадашње Аустроугарске монархије, при чему је занимљиво да је то изостало у другој важној чланици Двојне монархије – Мађарској.

Након Аустрије свој први Закон о општем управном поступку тадашња Чехословачка је донела 1928. године и тај пропис је у време социјалистичког уређења замењен новим прописом, најпре 1955. године, а затим 1960. године. Због промена које су у политичком систему Чехословачке наступиле, нови

1 Већ из назива овог прописа („основе“) види се да се ово ипак не може сматрати целовитим, кодификованим управним поступком у правом смислу.

чехословачки Закон о општем управном поступку је донео и одступања од изворног аустријског модела. Нови ЗУП Чехословачке је садржао таква решења која је теорија и управна пракса ове земље негативно оценила, тако да се тек након седам година Чехословачка вратила провереним решењима. Наиме, 1967. године је ова земља донела нови Закон и то се сматра „ренесансом“ класичног управног поступка (Hendrych, 2004: 258). Након раздвајања са Словачком, Чешка република је донела свој нови самостални Закон о општем управном поступку 2004. године, који је и данас на снази. У Словачкој важи и даље Закон из 1967. године, јер је ова земља након раздвајања са Чешком наставила да примењује последњи заједнички Закон о општем управном поступку.

Исте године када и Чехословачка, 1928. године, свој први Закон о општем управном поступку донела је и Пољска. У истоветним околностима, за време совјетске доминације, Пољска је исте године када и Чехословачка, 1960. године, донела нови Закон. Међутим, за разлику од Чехословачке, односно данашње Чешке, Пољска није суштински мењала свој Закон из 1960. године. Тај пропис је још увек на снази, при чему су вршене неке измене и допуне.²

Србија је свој први управни поступак добила као чланица тадашње Краљевине Југославије, која је свој Закон о општем управном поступку донела 25. новембра 1930. године.³ Може се слободно рећи да је први југословенски Закон о општем управном поступку рађен готово у потпуности по аустријском моделу, с тим што се већ на први поглед види да је наш ЗУП имао готово двоструко више чланова од аустријског (176). С једне стране у наш ЗУП су унете бројне одредбе из парничног поступка, с друге стране, за разлику од аустријског прописа, наш Закон о општем управном поступку је у себи објединио и достављање и извршење у исти текст. Наиме, иако чине једну суштинску целину, у Аустрији су то одвојени закони.

Након другог светског рата сви правни прописи донети пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације престали су да важе, па тако и Закон о општем управном поступку. Изузетак од тог правила се односио на поједине одредбе ранијих прописа које нису биле у супротности са новим уређењем. Оне су могле да се примењују и надаље, тако да су неке управно-процесне норме из предратног ЗУП-а налазиле своју примену у пракси.

2 Последње измене и допуне пољског Закона о општем управном поступку су извршене 2002. године.

3 Први југословенски Закон о општем управном поступку је имао *vacatio legis* од три месеца, тако да је, ступио на снагу 26. фебруара 1931. године.

Први послератни југословенски Закон о општем управном поступку донет је 19. децембра 1956. године. Тај пропис, макар због тога што је донет у новим околностима, представља суштински континуитет у односу на први југословенски ЗУП. Једино што се уочава, то је да су додате нове одредбе које би требало да одражавају промене у политичком систему, тако да је готово удвостручен број чланова. Може се рећи да наш ЗУП спада у групу најобимнијих прописа такве врсте у свету. Карактеристично за овај пропис је, а то је можда и разлог обимности, да су у њему детаљно регулисана не само строго процесна питања већ и питања која се односе на органе овлашћене за вођење поступка, њихову надлежност, овлашћења службених лица, као и административно извршење. У односу на предратни Закон, уочава се да нови ЗУП садржи и општа начела на којима читав пропис почива. Ова „нормативна мода“, настала у периоду социјалистичког уређења, задржана је до данас. Посматрајући одговарајуће стране прописа у овој области, може се констатовати да они немају издвојена начела у уводном делу прописа (са изузетком неких земаља), већ су начела уграђена у поједине норме закона. Наш Закон о општем управном поступку садржи издвојена основна начела на почетку прописа, при чему постоје и начела за чију повреду не постоји никаква санкција. Начела која нису разрађена конкретним нормама закона и чија примена није обезбеђена санкцијом, немају никакву садржину већ представљају пуку декларацију и лепу жељу, а она „начела“ која су конкретизована представљају сувишно нормирање. У страним земљама су начела садржински уграђена у поједине норме прописа и као таква заштићена санкцијом.

Закон о општем управном поступку Југославије је мењан и допуњаван више пута (1965. године, 1977. године, затим 1986. године, па 1996–1997. године и 2001. године). Промене које су вршене имале су за циљ прилагођавање овога прописа променама које су се иначе одвијале у друштву, па и у правном систему (променама из 2001. године су само промењени износи новчаних казни). Након одвајања Црне Горе, самостална Република Србија није донела свој нови Закон о општем управном поступку већ су извршене само мање терминолошке промене у некадашњем југословенском Закону. То је учињено Законом о изменама Закона о општем управном поступку маја 2010. године.⁴ Стога се може рећи да се у Србији и данас примењује некадашњи југословенски Закон о општем управном поступку, настао на моделу аустријског Закона о општем управном поступку.

Процес кодификације управног поступка се наставио после другог светског рата. Свој Закон о општем управном поступку су најпре донеле Сједињене Америчке Државе 1946. године, затим једанаест година касније Мађарска.

⁴ „Службени гласник Републике Србије“, број 30 од 7. маја 2010. године.

Мађарска није следила пример Аустрије, иако почива на истој традицији, већ је свој први Закон о општем управном поступку донела тек у доба „социјализма“ 1957. године. Тај пропис је замењен новим Законом који је донет 1981. године и мењан је 1991. године. Потпуно нови Закон о општем управном поступку донет је 2004. године и тај пропис је и данас на снази у овој земљи, при чему су вршене и одређене измене и допуне.

Након Шпаније 1958. године, закон о управном поступку је донео и Израел исте године, а затим су то учинили Норвешка 1967, Швајцарска 1968, Бугарска 1970, Савезна Република Немачка 1976, Луксембург 1978, Финска 1982, Данска 1987. године. У Холандији је 1963. године донет Закон о побијању управних решења, који само делимично одговара ономе што представља управни поступак, док је Општи закон о управном праву (*Algemene wet bestuursrecht*) донет 1992. године, и он у себи садржи управно-процесне норме. У Норвешкој постоји Закон о јавној управи од 1967. године, који обухвата бројне процедуралне норме о начину поступања органа управе. У Шведској је 1971. године донет Управни закон, који се по наслову разликује, али по својим одредбама у потпуности представља управни поступак у правом смислу речи. Закон о управном поступку је донет 1986. године. У Италији је управни поступак кодификован 1990. године, Португалији 1991, а у Грчкој 1999. године. Литванија је 1999. године донела Закон о јавној управи, који у себи садржи и процесне норме (део трећи Закона, члан 19–36, посвећен је управном поступку). Међутим, то није општи управни поступак какав познају друге земље. Један од најдетаљнијих Закона о управном поступку донела је Летонија 2001. године (са изменама и допунама има укупно 385 чланова!). Естонија је свој Закон о управном поступку донела исте године.

Поред држава које имају пропис о управном поступку, без обзира на његов карактер и садржину, постоје и земље које имају одређене процесне прописе који се односе на управу, али ти прописи нису кодификовани, нити су њима обухваћена сва управно-процесна питања. За ове земље се не може рећи да уопште немају прописе о поступању управе, једино то није учињено целовито тако да не постоји читав и кодификован управни поступак. Овој групи припадају Ирска, Велика Британија и друге земље под њеним утицајем, земље Латинске Америке (нарочито оне шпанског говорног подручја) и др. Настале на другачијој правној традицији, ове земље не познају кодификацију управног поступка каква је извршена у Аустрији.

Исто тако, постоје и земље које немају посебне управно-процесне прописе. Представником ове групе се обично сматра Француска, а под француским

утицајем је била и Белгија, мада се и ту у последње време дешавају одређене промене.

Дуго времена се сматрало у Француској да кодификација управног поступка помоћу општих правних правила није могућа, а има чак и ставова да су процесна правила само кочница за управу. Управа се превасходно ангажује на реализацији јавног интереса и тај циљ треба да оствари без обзира на начин. Стога је за ову земљу дуго времена било карактеристично да су постојала једино процесна правила за рад управних судова, али не и прописи о поступању управе. Међутим, било би погрешно ово протумачити као могућност процесне самовоље управе. И у овој земљи већ одавно постоје процесна правила која се односе на рад управе, али су садржана у интерним актима управе, а не у законима. Исто тако, отклањање процесне самовоље се обезбеђује кроз контролу законитости рада управе коју врше судови у управном спору, а нарочито имајући у виду схватања Државног савета о начину поступања управе, која служе као критеријум за контролу. Поред тога, у Француској се у последње време јављају и поједини закони којима се регулишу одређена формална питања рада управе. Тако се Законом од 6. јануара 1978. године о информатици, досијеима и слободама гарантује право приступа грађана свим информацијама у јавним и приватним досијеима, без обзира на то да ли су аутоматски обрађени, о чему одлучује Национална комисија за информатику и слободе. Законом од 17. јула 1978. о слободи приступа управним документима се гарантује право разгледања списа, осим оних који представљају војну и дипломатску тајну или се односе на приватни живот, медицинске досијее и сл., о чему се стара Комисија за приступ управним документима. Ово право је Законом од 3. јануара 1979. проширено и на податке у досијеима депонованим у архивима. Законом од 11. јула 1979. је предвиђена обавеза образложења за велики део управних аката, а Законом од 17. јануара 1986. је регулисано да негативан управни акт мора имати увек образложење, изузев ако би се тиме повредила одређена тајна или законом заштићен јавни интерес. Стога се Француска више не може сматрати земљом у којој уопште не постоје формални закони који се односе на рад управе, мада су то тек први кораци који су још увек далеко од стања које постоји у земљама које су извршиле кодификацију управног поступка (Милков, 2013: 74). Међутим, у Француској се и данас сматра да кодификација управног поступка, онаква каква постоји у Аустрији и земљама које су то учиниле под њеним утицајем, није уопште ни потребна.

3. Европска унија и управни поступак

Преглед настанка и развоја управног поступка омогућио нам је да стекнемо истовремено и слику око кодификације управног поступка у Европској унији. Ситуација у погледу управног поступка у Европској унији је таква да не постоји један јединствен модел управног поступка већ земље чланице имају своје посебне прописе о управном поступку, који су међусобно различити. С друге стране, има чак и земаља Европске уније које уопште немају кодификован управни поступак, па чак уопште никад нису ни покушавале да нормативно целовито уреде управно-процесна питања (Француска, Белгија, Уједињено Краљевство).

Током процеса учлањења у Европску унију проверава се да ли постоје разлике по појединим поглављима између законодавства државе кандидата и правних тековина ЕУ, што се остварује кроз поступак аналитичке оцене и прегледа усклађености националног законодавства државе кандидата са правним тековинама Европске уније. Поступак се спроводи посебно за свако поглавље преговора, а од државе кандидата се очекује да покаже да ли ће моћи да у целости усвоји правне тековине ЕУ по појединим поглављима и усклади уочене разлике или ће затражити прелазни период за потпуно усвајање и спровођење након ступања у пуноправно чланство.

Међутим, с друге стране се понекад ова објективна потреба злоупотребљава као оправдање за непотребне измене одређених прописа. У оним случајевима и у оним сферама у којима земље чланице Уније уживају нормативну самосталност, а то се односи на процесне прописе, позивање на усклађивање са правом Европске уније не може да буде окарактерисано другачије него као прикривање иза Уније ради остваривања неких других циљева. Та карактеристика у пуној мери важи за управни поступак.

Европска унија нема овлашћења, формално посматрано, у погледу нормативног уређења управног поступка (Fábián, 2009: 11). То значи да земље чланице Европске уније немају обавезу усклађивања свог управно-процесног законодавства са прописима Европске уније. У том погледу важи принцип „процесне аутономије држава чланица“ (*ibid*, стр. 13), при чему треба констатовати да на нивоу Уније никада није ни била присутна идеја о било каквом јединственом пропису о управном поступку. Истина, не може се порећи да постоје и аутори који прижељкују унификацију управно-процесног законодавства међу земљама чланицама Европске уније, али то за сада ипак представља само жељу, а не и стварност. „Пут ка заједничком европском управно-процесном праву, једном *ius commune euro-раеит*, је закорачен, али је циљ још веома удаљен, уважавајући националне посебности, које почивају на веома различитом развоју држава чланица

у погледу основне структуре и основних принципа њиховог правног система“ (Pünder, 2011: 392). То практично значи да у Европској унији важи примат материјалног права у односу на национално законодавство, али да у процесном смислу постоји аутономија држава чланица.

Суштински посматрано, земље чланице Европске уније имају неке обавезе у погледу управног поступка, али које су више везане за то да и у националном законодавству морају бити заступљена одређена начела. У складу са принципима Европске уније, и у управном поступку треба обезбедити примену два начела, а то су забрана дискриминације и начело ефикасности (Fábián, 2009: 13). Наравно, земље у чијим прописима о управном поступку су ови принципи одавно уграђени, немају обавезу да било шта у вези са овим мењају.

С друге стране, у Европској унији се сматра да у прописима о управном поступку треба да буду заступљена и одређена начела која је утврдио Европски суд правде. То су следећа начела (*ibid*):

- Начело законитости,
- Начело сразмерности,
- Начело супсидијарности,
- Начело непристрасности,
- Начело савесног и потпуног утврђивања чињеница,
- Начело сарадње органа и странке,
- Право представљања и приступа информацијама,
- Начело саслушања,
- Право на приступ подацима о предмету,
- Начело образложења одлуке,
- Заштита података,
- Заштита *bona fide* права.

Међутим, ова начела морају бити поштована у земљама чланицама Европске уније без обзира на то да ли су уграђена у национално процесно законодавство (Thienel, 2002: 65). То значи да постоји примат ових начела без обзира на то да ли су уграђена у национално законодавство. Ова начела се морају у сваком случају примењивати и на то не може да има никакав утицај било које решење у националном законодавству. У случају да ова начела нису експлицитно уграђена у одговарајући национални пропис или да им национална решења у било чему противрече, начела имају примат и морају се примењивати.

4. Управни поступак Србије

Закон о општем управном поступку Републике Србије представља пропис за који се може рећи да је веома квалитетан општи правни акт, како у погледу његове структуре, у номотехничком смислу, тако и у погледу појединих решења у садржинском смислу. Његова структура и садржина испуњавају скоро све оно што се од оваквог прописа очекује. При томе имамо у виду и начела која је утврдио Европски суд правде. Ниједно од дванаест наведених начела није такво да недостаје у нашем Закону о општем управном поступку. Сва та начела су већ уграђена у наш Закон.

Неспорно је, с друге стране, да сваки пропис треба да прати промене које се дешавају у друштву, па се та карактеристика, наравно, односи и на Закон о општем управном поступку. У том смислу, овај пропис би се могао модернизовати у неким деловима, а могли би се отклонити и неки недостаци, односно неке нејасноће, које се јављају у његовом тексту. Било би корисно када би се у овај пропис унела дефиниција управне ствари, која би била у складу са дефиницијом из Закона о управним споровима. У оквиру одредби о правноснажности решења, било би добро предвидети да се у случају одбијања захтева такође не може донети нови акт са другачијом садржином (начело правноснажности), осим ако дође до промене у чињеничном или правном стању. Требало би ванбрачну заједницу изједначити са брачном у погледу разлога за изузеће службеног лица. Исто тако, било би добро унети одредбе које предвиђају савремене начине успостављања контакта органа са странкама преко електронских рачунара, као и коришћење других електронских уређаја (електронски поднесци, да се записник може сачинити и снимањем, да се достављање може вршити и електронским путем, одредбе о благовремености предаје електронског поднеска, као и одредбе о електронском потпису). У одредбе о достављању би се могле унети одређене новине које би обезбедиле ефикаснији поступак достављања и спречиле евентуално избегавање странке да прими писмено које јој је упућено. Требало би предвидети и бољу заштиту података о личности и побољшати положај трећих заинтересованих лица (правних интересената). Наиме, у пракси се често догађа да заинтересована лица уопште немају сазнања о покретању и вођењу управног поступка у којем би могли њихови интереси да буду угрожени. Што се тиче јавних исправа, требало би предвидети да имају временски неограничену доказну снагу ако се односе на чињенице и околности које су по природи непроменљиве. Тиме би требало да се онемогући да органи сваки пут приликом подношења истоветног захтева странке траже поновно подношење већ раније поднетих јавних исправа. У одређеној мери, могле би се побољшати и неке одредбе о правним

средствима. Коначно, од до сада уочених слабости постојећег Закона о општем управном поступку, требало би прецизирати надлежност за спровођење извршења у случају када није могуће да то учини првостепени орган, а није одређено ко је надлежан. Према важећем Закону, ако је посебним прописима предвиђено да првостепени орган не може да спроводи административно извршење, али није истовремено одређено који је орган за то овлашћен, тада извршење спроводи надлежни „државни орган на чијем се подручју налази пребивалиште, односно боравиште или седиште извршеника, ако законом није другачије уређено“ (члан 267, став 2). До Закона из 1996. године било је предвиђено да то ради општински орган управе надлежан за послове опште управе, а у важећем Закону је ово остало нејасно.⁵ С обзиром на формулацију, да је то државни орган, могло би се закључити да је то републички орган. Но, ако се има у виду да је то орган чија се надлежност одређује спрам пребивалишта односно боравишта, онда би таква формулација упућивала на закључак да то није републички орган (сви имају пребивалиште на подручју Републике Србије). Стога остаје нејасно који је орган у питању.

Потреба за изменама и допунама Закона о општем управном поступку није потреба која произлази из чињенице да је Србија кандидат за чланство у Европској унији. Све ове неопходне измене могле су бити још одавно учињене и још 2004. године група домаћих и страних стручњака је сачинила Нацрт измена и допуна Закона о општем управном поступку (у виду интегралног текста), али тај текст никада званично није ушао у процедуру. „Нажалост, у тадашњој Србији није постојала воља да се Закону о општем управном поступку дода нови квалитет, да се отклоне неки недостаци и унесу неке неопходне новине. Истина, ни садашњи Закон о општем управном поступку нема много недостатака, али не постоји никакав разлог да се у њему налази макар један једини! Но, залагања стручњака и научника, правних теоретичара, немају никакав значај у ситуацијама када изостане политичка воља“ (Милков, Реформе управно процесног законодавства: 41).

У том смислу, може се рећи да Србија у суштини има Закон о општем управном поступку који не заостаје за просеком земаља чланица Европске уније, а могло би се рећи и да у многим елементима има квалитетније управно-процесно решење од многих чланица Уније. Може се слободно констатовати да постојећи Закон о општем управном поступку Републике Србије није препрека на путу ка Европској унији. Потреба за модернизацијом управног поступка Србије је потреба која је настала првенствено због промена које су у српском правном систему и српском

⁵ Ни ова норма није мењана изменама ЗУП-а из 2010. године.

друштву настале. Међутим, када се појави политичка воља, онда се уместо доброг и провереног закона, доноси потпуно нови закон, који може да унесе конфузију, проблеме и застоје у раду, па и хаос.

Током 2013. и 2014. године једна група аутора је за потребе министарства надлежног за послове државне управе сачинила текст потпуно новог Закона о општем управном поступку. Тај текст је и формално као предлог утврђен од стране претходне Владе Републике Србије, али није ушао у законодавну процедуру због ванредних парламентарних избора. Посматрајући овај текст, може се слободно рећи да се њиме одступа од свих досадашњих проверених решења, те „да би Србија са оваквим Законом учинила десет корака у странпутицу“ (Милков, 2013: 98). Текст представља комбинацију преузимања решења из хрватског Закона о опћем управном поступку, односно модела ЗУП-а који су створили један немачки и неки хрватски аутори, а који је Хрватска прихватила, при чему су у овај текст уграђени и теоријски ставови једног српског аутора из оквира науке управног права. Ни за једно ни за друго не постоји ваљано оправдање. У Словенији се још увек примењује Закон о општем управном поступку, који представља део заједничког наслеђа, са одређеним изменама и допунама, али уз задржавање старог костура. То Словенији није била никаква препрека да постане пуноправни члан Европске уније. Стога се може једноставно закључити да такав пропис ни Србији не би био препрека за чланство у Унији. Ако и буде донет потпуно нови Закон о општем управном поступку Републике Србије, то сигурно неће бити због усаглашавања са правом Европске уније, већ искључиво ради остваривања неких приватних, појединачних интереса.

5. Закључак

Потреба за усклађивањем српског права са правом Европске уније представља нужност објективне природе и представља битан услов који Србија мора да испуни пре ступања у пуноправно чланство. Као кандидат за чланство у Европској унији Србија се налази у процесу усклађивања прописа са правом Европске уније. Усклађивање права Србије са правом Европске уније је потреба која се јавља у многим областима и свака држава кандидат за чланство у Европској унији мора да усклади своје правне прописе са правним тековинама Европске уније (*Acquis communautaire*). Међутим, та потреба се јавља углавном у односу на материјално-правне прописе, док за управни поступак та обавеза не важи.

Ситуација у погледу управног поступка у Европској унији је таква да не постоји један јединствен модел управног поступка, већ земље чланице

имају своје посебне прописе о управном поступку, који су међусобно различити. С друге стране, има чак и земаља Европске уније које уопште немају кодификован управни поступак, па чак уопште никад нису ни покушавале да нормативно целовито уреде управно-процесна питања.

Србија је четврта земља на свету која је, као саставни део тадашње Југославије, кодификовала Закон о општем управном поступку још 1930. године. Тај пропис је више пута мењан и допуњаван и у пракси се показао као веома квалитетан процесни пропис. Може се рећи да Србија у суштини има Закон о општем управном поступку који не заостаје за просеком земаља чланица Европске уније, а могло би се рећи и да у многим елементима има квалитетније управно-процесно решење од многих чланица Уније. Слободно се може констатовати да постојећи Закон о општем управном поступку Републике Србије није препрека на путу ка Европској унији.

Литература

Braibant, G. (1974–1975). *Institutions administratives comparées*. Fondation Nationale des sciences politiques fasc. II. Paris

Fábián, A. (2009). The linking points of EU law and the member state's administrative procedure. *Juridical Current*. 2009, Petru Maior University. Tirgu-Mures, Vol. 12. Issue 3

Hendrych, D. (2004). „Das Verwaltungsverfahren in Tschechien“. у: *Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa*. red. Bernd Wieser/Armin Stolz. Wien

Langrod, G. (1959). La vie administrative à l'étranger – la codification de la procédure administrative non contentieuse en Espagne. *La Revue administrative*. 12e Année. No. 67 (JANVIER FÉVRIER 1959). 74–86

Милков, Д. (2012). *Управно право 2 – управна делатност*. Издавачки центар Правног факултета у Новом Саду

Милков, Д. (2012). Реформе управно процесног законодавства у Србији. *Зборник Радова Правног факултета у Новом Саду*. бр. 4. 33–43

Милков, Д. (2013). Поводом нацрта Закона о општем управном поступку. *Зборник Радова Правног факултета у Новом Саду*. бр. 1. 85–99

Puigpelat, O.M. (2006). Das Verwaltungsverfahren in Spanien: Eine Einführung. *Die Öffentliche Verwaltung, Kohlhammer*. Stuttgart. бр. 20. 841–848

Pünder, H. (2011). у *Allgemeines Verwaltungsrecht*. H.U. Erichsen, D. Ehlers, W. Gruyter

Thienel, R. (2002). *Verwaltungsverfahrenrecht*. Verlag Österreich. Wien

Dragan Milkov, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

On the Need to Harmonize the Serbian Administrative Procedure with the EU Law

Summary

At the beginning of 2014, the Republic of Serbia has become a candidate for membership in the European Union. As such, it is in the process of harmonizing its legal system with the EU legislation. On the one hand, Serbia will have to make some new regulations which are currently missing. On the other hand, along with the adoption of the new (missing) regulations, Serbia will have to amend or supplement some of the existing regulations, in order to make them comply with the EU law.

In this context, we may observe the need to harmonize the Serbian administrative procedure with the EU legislation. The key issue is to which extent the process of harmonizing the Serbian regulations with the EU law extends to the basic administrative procedure regulations governing the work of public administration and public services in deciding on particular cases. Does the General Administrative Procedure Act diverge from the EU law and does it have to be harmonized with the EU law?

EU member states are not obliged to harmonize their administrative procedure legislations with EU regulations as the applicable principle in this respect is the principle of procedural autonomy of each Member State. Moreover, there are member states that do not have a codified administrative procedure. On the other hand, there are significant differences among the EU member states which have codified their administrative procedures. Some countries have regulated only general procedural issues, while other countries have enacted detailed administrative procedure acts.

Serbia has had the General Administrative Procedure Act since 1930 (as a member of the former Yugoslavia) and this legislative act falls into the category of high-quality procedural laws. All the principles established by the European Court of Justice are already built into the current Serbian General Administrative Procedure Act. Therefore, Serbia has a legislative act which is by no means inferior to those enacted in many EU member states; moreover, the quality of some administrative procedure solutions may be said to be superior to the legal solutions enacted in many EU member states. Therefore, we may conclude that the existing General Administrative Procedure Act of the Republic of Serbia is not an obstacle on the road to the European Union.

Key words: Administrative Procedure, EU Law, Harmonization.

Др Владан Петров,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Београду

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.4:342.56](497.11)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРЕДЛОЗИ ЗА РЕФОРМУ УСТАВА У ДЕЛУ КОЈИ СЕ ОДНОСИ НА ПРАВОСУЂЕ – ПРЕИСПИТИВАЊЕ НАЦИОНАЛНЕ СТРАТЕГИЈЕ**

Апстракт: Национална стратегија за реформу правосуђа (за период 2013–2018) усвојена је у Народној скупштини јула 2013. године. У њој се наводи да „поједина опредељења ове стратегије захтевају промену Устава“. Аутор анализира део Стратегије који се односи на промену тзв. уставног оквира о правосуђу. Међу дефинисаним циљевима, које треба остварити до 2018. године, он нарочито спорним сматра предвиђање Правосудне академије као обавезног услова за први избор на судијску и тужилачку функцију. Не оспоравајући значај Правосудне академије и неопходност њене реформе, аутор је мишљења да Академија не може бити уставна категорија, као што ни услови за избор судија и јавних тужилаца нису уставна материја. С друге стране, он се залаже за враћање у Устав основа за престанак судијске и јавнотужилачке функције, као и разлога за њихово разрешење, што је, према важећем уставном решењу, законска материја.

Кључне речи: Реформа правосуђа, Високи савет судства, избор судија и престанак судијске функције, избор јавних тужилаца и престанак јавнотужилачке функције, Правосудна академија, Одлука Уставног суда о неуставности одредаба Закона о Правосудној академији.

* vpetrov@ius.bg.ac.rs

** Рад је прилог Пројекту “Конституционализам и владавина права у изградњи националне државе – случај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду и Факултета политичких наука у Београду.

1. Увод

У Националној стратегији реформе правосуђа (за период 2013–2018), коју је усвојила Народна скупштина 1. јула 2013, стоји: „Поједина опредељења ове стратегије захтевају промену Устава. Реч је о решењима попут: искључења Народне скупштине из процеса избора председника судова, судија, јавних тужилаца/заменика јавних тужилаца, као и чланова ВСС-а и ДВТ-а; промене састава ВСС-а и ДВТ-а у правцу искључења представника законодавне и извршне власти из чланства у овим телима; предвиђања правосудне академије као обавезног услова за први избор на судијску и тужилачку функцију. С обзиром на то да је промена Устава дуготрајан и сложен процес на који носиоци овлашћења у процесу креирања и спровођења Стратегије реформе правосуђа имају ограничен утицај, то се овом стратегијом изражава снажна и одлучна посвећеност наведеним циљевима, а процес њиховог спровођења ће подразумевати припремне радње неопходне за промену Устава. С тим у вези, Комисија за спровођење Стратегије ће формирати посебну подгрупу ради формулисања предлога у вези са изменама одредаба Устава којима су регулисане поменуте области. За период који претходи уставним променама, Стратегија предвиђа читав низ измена нормативног оквира као прелазног решења које, у сагласности са постојећим уставним оквиром, треба да пружи адекватнију потпору ефикаснијем функционисању правосуђа.“¹

Иако се објављује у „Службеном гласнику“, стратегија припада групи политичких, а не правних аката. Она није правно обавезујућа, већ је политички план који треба да буде остварен правним средствима. Појмовник Народне скупштине дефинише стратегију као „плански акт најширег опсега који садржи анализу постојећег стања и временски орочен план акције за постизање одређених циљева“.² Стратегија се, према томе, не може сматрати политичким „Светим писмом“, којег се треба слепо придржавати. Она дефинише правце реформе, али не значи да је у свакој реченици непогрешиво тачна и реално примењива. У евентуалној будућој промени Устава било би погрешно, штавише штетно, по наше уставно питање у вези са правосуђем да оно буде решавано искључиво са ослоном на Стратегију. Ако би се ишло тим путем, постојала би опасност да спровођење Стратегије буде само себи сврха. Резултат такве активности, односно евентуална промена Устава у делу о правосуђу, био би још један уставни промашај.

1 <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>

2 Појмовник Народне скупштине, Београд 2012, 45.

2. Искључење Народне скупштине из процеса избора председника судова, судија, јавних тужилаца и чланова ВСС-а и ДВТ-а

У делу о којем се у Стратегији говори о промени Устава, најпре се спомиње искључење Народне скупштине из процеса избора председника судова, судија, јавних тужилаца и чланова ВСС-а и ДВТ-а. Према важећем уставним решењима, Народна скупштина, непосредно или посредно, бира све носиоце наведених функција. Тако доминантна улога Народне скупштине у избору носилаца правосудних функција, неспорно је основ за политизацију правосуђа. Стога је опредељење доносиоца Стратегије, формално Народне скупштине, да искључи „самог себе“ из процеса избора носилаца правосудних функција сасвим оправдано.³

Кад је реч о начину избора судија, Устав прави разлику између избора лица које се први пут бира на функцију и избора за трајно обављање судијске функције. Ово разликовање засновано је на чл. 146, који прокламује сталност судијске функције (ст. 1) и изузетак од овог начела, кад је реч о лицу које се први пут бира за судију на три године (ст. 2). Народна скупштина, на предлог ВСС-а, бира за судију лице које се први пут бира на функцију. ВСС, у складу са законом, бира судије за трајно обављање судијске функције, у истом или другом судом, и одлучује о избору судија који су на сталној судијској функцији у други или виши суд.

Најпре, споран је избор судија на ограничени мандат од три године. Сталност судијске функције која је била апсолутна према Уставу од 1990. престала је то да буде, што је слабљење важне институционалне гаранције судијске независности. У већини међународних докумената о статусу судија, на пробни мандат гледа се са великом резервом. Упоредни преглед устава држава у региону (бившој Југославији) показује да, осим Устава Србије, ниједан не предвиђа пробни мандат за судије које се први пут бирају (Петров, 2013: 49–54).

Ако је већ предвидео пробни период за судије које се први пут бирају на судијску функцију, уставотворац није требало да надлежност за први избор повери Народној скупштини. „Одлука о избору је дискрециони акт парламента у чијем доношењу претежну улогу имају политички (страначки) разлози уместо оних објективних и суштинских“ (Марковић,

3 „Овај систем чини се каткад обезбеђује већу демократску легитимност, али такође може водити укључивању судија у политичку кампању и политизацији процеса... Опасност да ће политички разлози превагнути у односу на објективне вредности кандидата не може се искључити“. Venice Commission, *Judicial appointments, March 14, 2007*, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD%282007%29001-e>.

2012: 523). То важи како за избор судија на сталну функцију, тако и за избор судија на ограничени временски период. Избор свих судија треба да буде поверен ВСС-у.

Најбоље би било брисати уставно решење о првом избору судија на ограничен период и вратити се апсолутној сталности судијске функције, каква је постојала у Уставу од 1990. То би значило и поновно конституционализовање основа за престанак судијске функције и разлога за разрешење судије који се, према садашњем уставном решењу, сасвим непримерено налазе у закону. Ако се остане при томе да је пробни мандат судија неопходан, потребно је увести одређене институционалне гаранције. Прва гаранција била би ограничавање овлашћења „привремених“ судија тако да оне не могу самостално доносити коначне одлуке. Друга гаранција је да „привремене“ судије бира и о другим статусним питањима одлучује ВСС, против чијих одлука би се могла изјавити жалба Уставном суду.⁴

Посебно је спорно то што Народна скупштина бира председника Врховног касационог суда и председнике судова. Према чл. 144. Устава, „председника Врховног касационог суда, на предлог Високог савета судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног касационог суда и надлежног одбора Народне скупштине, бира Народна скупштина. – Председник Врховног касационог суда бира се на период од пет година и не може бити поново биран“. У основи, исти начин избора предвиђен је за судије које се први пут бирају на судијску функцију и за председника Врховног касационог суда. „Овде је тешко разумети логику по којој се председник највишег суда у земљи, судијски првосвештеник, и судија почетник, судијски ђакон, бирају по готово истом поступку“ (Марковић, 2006: 42). Исто важи и за председнике осталих судова, које Народна скупштина бира на предлог ВСС-а. Дакле, Народна скупштина у све три ситуације (избор судија које се први пут бирају, избор председника ВКС-а и председника осталих судова) „располаже пуним капацитетом овлашћења везаних за избор судија, док је квалитет овлашћења ВСС-а ограничен само на подношење предлога за избор судија“ (Пајванчић, 2011: 175). Председнике судова, као и председника највишег суда, треба да бира ВСС. Кад је реч о избору председника највишег суда, ВСС би одлуку требало да доноси квалификованом већином гласова (нпр. 2/3 већином).

4 Venice Commission, *Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia*, adopted by the Commission at its 64th plenary session (Venice, 21-22 October 2005), <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282005%29023-e>.

3. Промене у саставу всс-а и двт-а у правцу искључења извршне и законодавне власти из чланства у овим телима

Упоредно посматрано, нема јединственог модела правосудног савета. У сваком случају, састав овог тела мора бити уравнотежен, тако да „суштински елемент или већина чланова правосудног савета буде изабран од стране самог судства“, али „да би се обезбедила демократска легитимност правосудног савета, остали чланови треба да буду изабрани између личности са адекватном правном квалификацијом имајући у виду могући сукоб интереса“.⁵ Конкретно, то значи да чланови Савета који нису судије, морају имати правне квалификације, али не би требало да истовремено врше другу јавну функцију (нпр. посланик или председник парламентарног одбора за правосуђе).

У вези са ВСС-ом у Уставу из 2006. постављају се два начелна питања. Прво питање се односи на правну природу ВСС-а. ВСС није орган судске власти, јер не врши судску власт, али није ни орган судијске самоуправе, јер га не чине искључиво судије, нити га бирају судије. Имајући у виду његову уставну дефиницију, као и чињеницу да обавља део послова правосудне управе, што није довољно да би се сматрао органом државне управе, начелно би се могло рећи да је ВСС аутономни државни орган *sui generis* (Марковић, 2012: 526).

Друго питање је да ли је уставотворац погрешно што је ранији Високи савет правосуђа поделио на два органа, онај који је надлежан за статус судија (ВСС) и онај који је мање надлежан за статус јавних тужилаца, а више заменика јавних тужиоца (ДВТ). У одговору на ово питање мора се поћи од очигледне тежње уставотворца да статус судија и јавних тужилаца постави на различите основе. Довољно је навести то да се судије, после првог избора, бирају за трајно вршење функције, а да се јавни тужиоци бирају на ограничен мандат (шест година, уз могућност неограниченог реизбора), као и да судије за трајно вршење функције бира ВСС, а јавне тужиоце бира Народна скупштина на предлог Владе. Ипак, кључно је то што јавнотужилачка функција има својих особености у односу на судијску функцију. Премда нераскидиво повезани, јавно тужилаштво и суд имају засебне улоге у остваривању правде. Стога би постојање два државна органа ВСС-а и ДВТ-а као уставно решење могло да опстане, али би се могло размислити и успостављању једног државног органа, који би се састојао од два одељења: једног надлежног за судије, једног за тужиоце (таква је структура француског Високог савета магистратуре после уставне ревизије од 2008).

⁵ Venice Commission, *Judicial appointments*, CDL-JD(2007)001rev.

Озбиљни приговори могу се упутити на рачун састава ВСС и начина одређивања његових чланова. ВСС има 11 чланова. У његов састав улазе председник Врховног касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине, као чланови по положају и осам изборних чланова које бира Народна скупштина, у складу са законом. Изборне чланове чини шест судија са сталном судијском функцијом, од којих један са територије аутономних покрајина, и два угледна и истакнута правника са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета. Председници судова не могу бити изборни чланови ВСС-а. Мандат чланова ВСС-а траје пет година, осим за чланове по положају, којима мандат престаје са престанком функције по основу које су постали његови чланови.⁶

Захтев да правосудни савет буде тело уравнотеженог састава је, наизглед, остварен. Од 11 чланова, седам су судије и два су „угледна и истакнута“ правника. Само су министар надлежан за правосуђе и председник надлежног скупштинског одбора представници политичких власти, извршне и законодавне. Упоредно посматрано, има правосудних савета у чији састав не улазе министри правде. Стога би требало размислити о искључењу министра правде из састава Савета или бар о решењу с министром у саставу ВСС-а који би био члан „ограниченог капацитета“. Он не би имао овлашћења да одлучује у стварима које се односе на премештај судија и изрицање дисциплинских мера.⁷

Што се тиче председника надлежног скупштинског одбора, његово чланство у ВСС-у је сувишно. Бивши парламентарци, због својих правних квалификација, могу бити изабрани у правосудни савет, али то не би требало да буде случај са активним парламентарцима. Стога би, при уставном редефинисању састава ВСС-а, требало уклонити из чланства председника надлежног скупштинског одбора.

Кад је реч о трећем члану по положају, председнику Врховног касационог суда, могао би да остане. Није, међутим, добро садашње законско решење, према којем је председник Врховног касационог суда и председник ВСС-а по положају. ВСС није судски орган, па да председник највишег суда мора да буде на челу овог органа. Председника ВСС-а треба да бирају чланови ВСС-а. Венецијанска комисија препоручује да „председник савета треба да буде изабран од стране савета између не-судијских чланова савета“, чиме би се „постигла равнотежа између неопходне независности председника и потребе да се избегну могуће корпоратистичке тежње унутар савета“.⁸

6 Чл. 153. Устава Републике Србије, Сл. гласник РС 98/06.

7 Venice Commission, *Judicial appointments*, CDL-JD(2007)001rev.

8 *Ibidem*.

Што се тиче изборних чланова ВСС-а, две су ствари које би требало кориговати. Најпре, Устав треба да предвиди да у састав ВСС-а улазе судије различите врсте и степена (од најнижег до највишег суда, судије судова опште и посебне надлежности). Такође, требало би размислити о повећању броја истакнутих правника које бира Скупштина. С правом се може приметити да је међу истакнутим правницима фаворизована адвокатска професија. „На овај начин Устав је изричито прописао да носиоци лукративне делатности, адвокати, који се баве пружањем правне помоћи за награду, поред политичких функција у министарству правде, скупштинском одбору за правосуђе и другим политичким телима, што је политички избор и као такав данас није споран, буду носиоци функције у органу који ‘гарантује независност и самосталност судова и судија’, Високом савету судства. Уколико је, пак, намера била да Савет још више правно ојача, онда не видимо разлог за дискриминацију других ‘истакнутих и угледних правника’ са положеним правосудним испитом који, ако нису адвокати, не могу бити чланови овог органа. Како не припадамо правној традицији земаља где се судије именују из реда адвоката (Енглеска, из реда баристера), остаје неодговорено питање због чега је Устав истакао звање адвоката“ (Орловић, 2010: 183). Стога, нова уставна формулација не би требало да ограничи избор истакнутих правника само на две правничке професије, професорску и адвокатску.

Такође, спорна је и одредба према којој од шест изабраних чланова – судија са сталном судијском функцијом, један мора бити са територије аутономних покрајина. ВСС треба да буде високо стручни орган, који почива на јасним принципима: 1) професионални кредибилитет чланова; 2) њихов висок морални углед у професионалној заједници и друштву; 3) способност стратешког размишљања и доношења одлука (Перић, 2013: 8). Ниједан од ових принципа нема никакве везе са припадношћу чланова одређеној територијалној јединици. Чак и кад би Србија била федерација, а не унитарна држава, природа ВСС не би налагала заступљеност федералних (територијалних) јединица у овом органу. Уосталом, судски систем у Републици Србији је јединствен и нема оправданог разлога да се јединицама територијалне аутономије, које немају своје судове, признаје посебно место у органу задуженом да гарантује независност и самосталност републичких судова. Пре би се рекло да је реч о још једној „лицемерној“ одредби Устава кад је реч о положају аутономних покрајина (слична постоји и код састава Уставног суда). Стога би требало размислити о брисању оваквог решења.

Најзад, чак и кад би састав ВСС-а остао исти, начин избора чланова овог органа морао би се променити како би се отклонио доминантан утицај Народне скупштине (а преко скупштинске већине и Владе) у овој области.

„Чланове Високог савета судства бира, непосредно или посредно, Народна скупштина, што је повод за критику, јер на тај начин тело које треба да буде сасвим аутономно и високо професионално у целини зависи од Народне скупштине у којој народни посланици доносе одлуке вођени налозима политичке странке или страначке коалиције са чије су листе изабрани за народне посланике“ (Марковић, 2012: 526). Овакво решење показује да се уставотворац није сасвим дистанцирао од модела избора судија из Устава из 1990. Оно је, без сумње, потврда да је уставна дефиниција ВСС-а као „независног и самосталног органа“ прокламација без реалне садржине. У сваком случају, критика оваквог решења избора чланова ВСС-а не би требало да доведе до прихватања другог крајњег решења према којем би Скупштина била сасвим искључена из поступка избора. Уравнотежен састав ВСС-а подразумева и уравнотежен начин избора његових чланова, тако што би судије чланове бирале судије, а чланове који нису судије бирала би Скупштина из редова истакнутих правника на предлог професионалних и струковних организација. Скупштина чланове ВСС-а не би требало да бира обичном, кворумском, већ квалификованом већином, која би подразумевала компромисно изналажење кандидата између већине и опозиције.

4. Правосудна академија као обавезни услов за први избор на судијску и тужилачку функцију?

У делу који се односи на будућу промену Устава, Стратегија је највише спорна кад је реч о Правосудној академији као обавезном услову за први избор на судијску и тужилачку функцију. Најпре треба одлучити да ли опстаје први избор судија или не. Ако опстане то решење, треба размислити да ли Правосудна академија да постане једини „извор“ регрутовања будућих судија на пробни мандат, односно јавних тужилаца кад се први пут бирају на функцију.

Друго, начин избора судија је уставна, а прописивање услова за избор судија је законска материја. Дакле, промена Устава није неопходна да би се прописали друкчији услови за избор судија од постојећих. Они ни сада нису прописани Уставом. Не постоји ниједан озбиљан аргумент да Правосудна академија постане уставна категорија. Увести њу у Устав било би подједнако легитимно колико исто учинити и са Криминалистичко-полицијском, Војном или Академијом за националну безбедност. Ни у државама у којима је Правосудна академија традиционално једини извор регрутовања нових судија, она није уставна категорија. Чини се да је питање о месту Правосудне академије у Уставу сасвим излишно, у

ствари, вештачки створено. То становиште заузела је и Радна група за израду смерница за реформисање и развој Правосудне академије. Ова радна група, формирана од стране Комисије за националну стратегију реформе правосуђа, израдила је низ смерница, у којима се захтева доследно поштовање важећег закона о Правосудној академији, и препорука за побољшање постојеће законске регулативе.⁹

Посебан значај за решавање овог питања има и Одлука Уставног суда од 6. фебруара 2014.¹⁰ Овом одлуком су укинуте одредбе Закона о Правосудној академији које су прописивале обавезу ВСС-а и ДВТ-а да приликом предлагања кандидата за избор судија прекршајног и основног суда, односно заменика јавних тужилаца предложи кандидата који је завршио почетну обуку на Академији. Уставни суд је стао на становиште да је одредбом члана 40. става 8. Закона, прописан посебни услов за избор лица на судијску функцију у одређеним врстама судова и да је „у постојећем законском оквиру завршена почетна обука не само пресудна за вредновање стручности и оспособљености као општих услова за избор, већ да се претвара и у суштински опредељујући услов за доступност судијске, односно јавнотужилачке функције, који заправо потиरे и спречава адекватно вредновање осталих прописаних услова за обављање јавних функција о којима је овде реч“. Тиме су стављени у неједнак правни положај кандидати који долазе из редова судијских и тужилачких помоћника, који нису завршили почетну обуку на ПА, и они кандидати који су ту обуку завршили. Другима се даје апсолутна предност. Уставни суд је оценио да се тиме „крши начело једнакости грађана који се налазе у истој правној ситуацији (испуњавају Законом о судијама или Законом о јавном тужилаштву прописане услове) из члана 21. Устава и повређује Уставом зајемчено право на ступање на јавне функције под једнаким условима из члана 53. Устава“. Поред овог, наводи се још један аргумент: „Уставни суд налази и да се оспореним одредбама ограничава Уставом утврђена надлежност ВСС-а...и ДВТ-а... а који као самостални и независни државни органи самостално утврђују предлог кандидата за први избор судија и заменика јавних тужилаца.“ Такође, овим одредбама оспорена је и уставна функција ВСС-а и ДВТ-а да одбезбеде и гарантују независност и самосталност судија и самосталност јавних тужилаца и њихових заменика. „Остваривање ове функције нарушено је тиме што Уставом установљене независне органе обавезује оцена којом је одређен

⁹ <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5891/smernice-za-reformisanje-i-razvoj-pravosudne-akademije-.php>

¹⁰ Сл. гласник РС, 32/2014.

успех кандидата кандидата на почетној обуци, а коју даје Правосудна академија итд.“

У другој половини марта 2014. године, Уставни суд је покренуо поступак за утврђивање неуставности друге реченице члана 50. става 4. Закона о судијама и друге реченице члана 75. става 2. Закона о јавном тужилаштву. У Закону о судијама стајало је:

„Високи савет судства предлаже Народној скупштини једног кандидата за избор на једно судијско место. Високи савет судства дужан је да приликом предлагања кандидата за избор судије прекршајног или основног суда, предложи кандидата који је завршио почетну обуку у Правосудној академији, у складу са посебним законом.“

У Закону о јавном тужилаштву стајало је:

„Државно веће тужилаца предлаже Народној скупштини једног кандидата за избор на једно место заменика јавног тужиоца. Државно веће тужилаца дужно је да приликом предлагања кандидата за избор заменика основног јавног тужиоца, предложи кандидата који је завршио почетну обуку у Правосудној академији, у складу са посебним законом.“

С обзиром на раније донету одлуку о неуставности појединих одредаба Закона о Правосудној академији, било је за очекивати да ће Уставни суд утврдити неуставност горе наведених одредаба.¹¹

5. Закључак

У Националној стратегији реформе правосуђа за период 2013–2018, назначена су три могућа правца промене Устава. То су: 1) искључење Народне скупштине из процеса избора председника судова, судија, јавних тужилаца/заменика јавних тужилаца, као и чланова ВСС-а и ДВТ-а; 2) промене састава ВСС-а и ДВТ-а у правцу искључења представника законодавне и извршне власти из чланства у овим телима; 3) предвиђања Правосудне академије као обавезног услова за први избор на судијску и тужилачку функцију. Прва два правца су добро постављена. Треба само радити на изналагању правих уставних решења која не би само апстрактно гарантовала независност и самосталност правосуђа већ би водила рачуна и о друштвено-политичкој стварности у којој су услови за остваривање прокламоване независности још увек нестабилни.

Трећи правац који се односи на Правосудну академију могао би се дефинисати као стратешки циљ на дужи рок. За његово остварење није

¹¹ Што је Уставни суд учинио неколико дана по достављању овог рукописа у штампу (јун 2014).

неопходна промена Устава, већ побољшање законске и подзаконске регулативе и успостављање у пракси Правосудне академије као врхунске институције за обуку будућих и активних судија и јавних тужилаца.

Литература

Марковић, Р. (2006), Предговор: Устав Републике Србије од 2006. – критички поглед. *Устав Републике Србије*. Београд: Јустинијан

Марковић, Р. (2012). Уставно право, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Орловић, С. (2010). Сталност судијске функције vs. општи реизбор судија у Републици Србији. *Анали Правног факултета у Београду*. 2. 163–186

Пајванчић, М. (2011). Уставне контроверзе о судској власти. *Споменица академику Гаши Мијановићу*. 173–180

Петров, В. (2013). Избор судија упоредно и у Републици Србији –предлози за промену Устава. *Судије у правном систему*. Сарајево: Фондација Центар за јавно право

Интернет

Национална стратегија за реформу правосуђа, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>

Појмовник Народне скупштине, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/activities/Pojmovnik%20-%20web.pdf>

Перић, Б. (2013). Тензије између правосуђа и политике: да ли најављене измене Закона о ВСТВ рјешавају проблеме?

http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Branko_Peric4.pdf

Смернице и препоруке за реформисање и развој Правосудне академије, <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/5891/smernice-za-reformisanje-i-razvoj-pravosudne-akademije-.php>

Venice Commission, *Opinion on the Provisions on the Judiciary in the Draft Constitution of the Republic of Serbia*, October 21-22, 2005

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282005%29023-e>

Venice Commission, *Judicial appointments, March 14, 2007*, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD%282007%29001-e>

Vladan Petrov, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

Proposals for Constitutional Reform in the Part relating to the Judiciary – The Review of the National Strategy

Summary

The National Strategy for the Reform of the Judiciary (2013 – 2018) is adopted in the National Assembly in June 2013. It is said that “some commitments of this Strategy demand the revision of the Constitution“. The author analyzes the part of the Strategy relating to the change of so-called constitutional framework of the judiciary. Among defined goals, which should be realized by 2018, he considers particularly disputable the prediction of the Judicial Academy as a mandatory condition for the first election of judges and prosecutors. Without denying the importance of the Judicial Academy and the necessity of its reform, the author believes that the Academy should not be a constitutional category, just as the conditions for the election of judges and prosecutors are not a constitutional matter. On the other hand, the author advocates a return of the basis for the termination of judicial and prosecutorial functions, as well as the reasons for their dismissal, into the Constitution which are currently in the law.

Keywords: The Judicial reform, The High Judicial Council, The election of judges and dismissal of judges, The election of public prosecutors and the termination of their function, The Judicial Academy, The Decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality of the legal provisions on the Judicial Academy.

Др Тодор Каламатиев,*

Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први”,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопље, Македонија

Мр Александар Ристовски,*

Асистент Правног факултета „Јустинијан Први”,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопље, Македонија

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 349.3(497.7:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ЕВРОПСКОГ СОЦИЈАЛНОГ МОДЕЛА У РАДНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ**

Апстракт: Европски социјални модел представља комплексан систем вредности, мера и прописа којима се унифицирају карактеристике социјалне политике земаља чланица Европске уније. Рад илуструје неколико група дефиниција којима се анализирају кључне компоненте Европског социјалног модела. У наставку, аутори дају осврт на европске индустријске односе и европски социјални *acquis communautaire*. Европски индустријски односи приказани су кроз четири интегрална модела (корпоративни, либерални, медитерански и транзициони), који обједињују карактеристике колективних радних односа у различитим земљама чланицама Европске уније. Европски социјални *acquis* је приказан кроз кључне примарне изворе европског комунитарног радног права, док је хармонизација секундарних извора европског комунитарног радног права са македонским законодавством приказана кроз две директиве Европске уније. Прва директива (Директива 91/533/ЕЗ о информисању радника о условима уговора о раду) може се класификовати у сверу индивидуалних радних односа, док друга (Директива 2002/14/ЕЗ о општим условима информисања и консултовања запослених у Европској унији са македонским радним законодавством) спада у домен колективних радних односа.

* tonikalamatiev@yahoo.com

* alek272@yahoo.com

** Рад је презентован у форми усменог реферата на меѓународној стручној конференцији Социјални дијалог у процесу проширивања и интеграције Европске уније, одружаној у периоду од 13. до 16. марта 2014. година, у организацији Уније независних и аутономних синдиката Македоније (УНАСМ) и Европског центра за радничка питања (ЕЗА).

Кључне речи: *Европски социјални модел (ЕСМ), европски индустријски односи, социјални *acquis communitaire*, европско комунитарно радно право.*

1. Уместо увода (појам и основне карактеристике Европског социјалног модела – ЕСМ)

Основна тенденција европских земаља након Другог светског рата представљала је узајамну интеграцију и делимично уступање суверенитета новом супранационалном ентитету (Европској економској заједници). На основу овога, уговором из Мастрихта из 1992. године, формирана је Европска унија. Европска унија представља највеће достигнуће у институционализацији и хармонизацији заједничких економских, но и социјалних, политика европских земаља. Заједничке политике земаља чланица ЕУ познају и тзв. *Европски социјални модел (ЕСМ)*.

Европски социјални модел представља комплексан систем вредности који су својствени демократијама земаља чланица Европске уније. Теоријски налази указују да се овај концепт појављује у периоду осамдесетих година прошлог века, у оквирима дебате о обједињавању два контрадикторна циља, као што су економски развој и социјална заштита (Rogowski, 2008:8). Европски социјални модел карактерише недовољна прецизност у дефинисању и полисемија (поливалентност) у објашњавању његових кључних елемената. Обележје унификације које произилази из различитих дефиниција ЕСМ полази од чињенице да овај модел садржи више супротстављених компонената са социјалним моделом САД (Visser, 2005:1). Основна разлика у социјалним моделима САД и ЕУ састоји се у степену инкорпорисаности неолибералне доктрине. Док се социјални модел САД заснива на идеји да економски развој аутоматски води ка побољшању социјалних параметара, основне претпоставке ЕСМ су солидарност, увећање социјалних права и правичнија дистрибуција националног дохотка. Отуд, Европски социјални модел стиче атрибут „паневропског” модела социјалне политике ЕУ или „европске државе благостања” (Wisniewski, 2005:3).

У теорији се разликује неколико праваца у дефинисању ЕСМ. Прва група дефиниција предвиђа да ЕСМ представља модел који *инкорпорише одређене заједничке карактеристике* (институте, вредности и сл.) које су сагласне са кључним параметрима социјалне политике земаља чланица ЕУ. Друга група дефиниција полази од претпоставке да је ЕСМ *уграђен у различите моделе социјалних политика земаља чланица ЕУ*, апстрахујући степен сагласности појединих социјалних модела. Трећа група дефиниција се заснива на

поистовећивању ЕСМ са тзв. „Европским пројектом” као механизмом за модернизацију и адаптацију социјалних политика земаља чланица ЕУ у променљивим економским околностима. Коначно, последња група дефиниција идентификује концепт ЕСМ као *инструмент за економско-социјалну кохезију* у оквирима процеса проширивања ЕУ новим земљама чланицама, при чему утврђује појаву нових и различитих социјалних модела.

Заједнички именитељ дефиниција из прве групе представља утврђивање заједничких карактеристика које произилазе из овог социјалног модела. У том смислу, различити теоретичари упућују на неколико заједничких карактеристика ЕСМ. Према Vaughan-Whitehead Европски социјални модел садржи комплексну енумерацију конститутивних елемената као што су: фундаментална социјална права радника, запошљавање, једнаке могућности за све и антидискриминацијско законодавство (Vaughan-Whitehead, 2014:10). Према Hay, Watson и Wincott, основне „идентитетске карактеристике” ЕСМ су екстензивна социјална заштита, тенденција ка једнаком полном запошљавању, правно регулисање института тржишта рада и мирно и уз консензус решавање индустријских спорова (Jepsen, Pascual, 2005:7).

Друга група дефиниција ЕСМ апстрахује разлике између различитих социјалних модела земаља чланица ЕУ, које карактеришу различите специфичности и обележја. Груписање појединих социјалних модела земаља чланица као интегрални део ЕСМ, произилази из неколико параметара као што су: регионална локација и географски положај земаља чланица, традиционалне и културне вредности, историјско наслеђе и степен индустријске демократије и сл. У том смислу, Esping-Andersen дефинише неколико европских социјалних модела преко којих могу да се идентификују њихова основна социјална обележја (Mathieu, Sterdyniak, 2008:3). Такви модели су: либерални и англосаксонски модел (који је карактеристичан за Велику Британију и Ирску), социјално-демократски или нордијски модел (карактеристичан за нордијске земље), корпоративни или континентални модел (који запажамо у Шпанији, Португалији, Италији и Грчкој). Поред ова четири социјална модела који изражавају специфичности ЕСМ, теорија и емпирија илуструје и присуство тзв. транзиционог социјалног модела, који сублимише заједничке карактеристике пост-комунистичких земаља које су чланице ЕУ или које се налазе у процесу интеграција у ЕУ (European Commission, 2012:60).

Трећа и четврта група дефиниција уздиже идеју ЕСМ на наднационални ниво, потенцирајући различиту перцепцију традиционалног судара између

циља који се односи на економски раст и конкуритивност, с једне стране, и циља који се односи на већи степен социјалне правде с друге стране. Дефинисање ЕСМ као *Европског пројекта* супротставља се постојању појединачних социјалних модела који ће егзистирати у националним системима у различитим земљама чланицама. Ова група дефиниција истиче транснационалну димензију Европског социјалног модела, која се стиче и нормативним карактером. Први официјални документ који дефинише ЕСМ је „Бела књига европске социјалне политике“.¹ Према овом документу, Европски социјални модел дефинише се као заједнички систем вредности које укључују демократију и људска права, слободно колективно преговарање, тржишну економију, једнаке могућности за све и социјалну заштиту и солидарност.

Европски социјални модел упућује на институционализацију појмова *флексибилности* и *транзиционог тржишта рада* који представљају аутентичну доктрину побољшања економско-социјалне кохезије. Круцијално значење флексибилности и транзиционог тржишта рада подстичу одређену групу аутора да формирају пету групу дефиниција Европског социјалног модела (Jerssen et al., 2005:15). Ове дефиниције полазе од претпоставке да је основна функција социјалне политике ојачавање индивидуалних капацитета грађана да се адаптирају економским околностима. Отуда, ЕСМ треба да обухвата продуктивну социјалну политику која ће се засновати на концептима флексибилности и транзиционог тржишта рада.

У теорији флексибилност може да се дефинише као политичка стратегија, ситуација на тржишту рада или аналитички концепт (Kulušić, 2009:205). Друга дефиниција објашњава флексибилност као социјалну заштиту флексибилности радне снаге или као међусобно супституисање флексибилности и сигурности на тржишту рада (Tangian, 2008:14).

Транзиционо тржиште рада представља релативно нову регулаторну идеју која може да се супституише у оквире ЕСМ и аналитичке доктрине која је комплементарна са флексибилношћу. Основни циљ транзиционог тржишта рада је успостављање институционалне и нормативне инфраструктуре ради подршке индивидуалној транзицији радника са различитим радноправним статусом. Концепт транзиционог тржишта рада утврђује пет основних транзиција радника и то: транзиција од образовања ка запошљавању (тржиште рада); транзиција између породице (домаћинство) и рада (тржиште рада); транзиција између рада (тржиште

1 Commission of the European Communities, *European social policy – a way forward for the Union / White Paper*, COM (94) 333, Brussels, 27. 07. 1994.

рада) и стицања услова за старосну пензију или наступања инвалидности; транзиција између запослености и незапослености и транзиција у оквиру тржишта рада (кроз промене радноправног статуса од субординираног радног односа ка самозапошљавању или од радног односа са пуним радним временом ка радном односу са непотпуним или флексибилним радним временом) (Rogowski, 2008:12). Социјални модели који развијају успешне транзиције тржишта рада предвиђају и сагласне регулаторне и институционалне оквире за управљање социјалним ризицима који произилазе из саме транзиције. Концепт *транзиционог тржишта рада* предвиђа пет различитих група политика (политика приходног концепта, приходна сигурност, приходна подршка, одржавање прихода и замена прихода) којима се утиче на стабилност прихода, као основног социјалног ризика радника.²

Европски социјални модел можемо илустровати кроз две суштинске димензије и то: европски индустријски односи и социјални *acquis communautaire* Европске уније.

2. Европски социјални модел и европски индустријски односи

Период након Другог светског рата представља *златни период* развоја радног права и индустријских односа, односно синдикализма у Европи.³ Овај период карактерише стабилност и социјални протекционизам индивидуалних и колективних радних односа. Индивидуални радни

2 Прва група политика се усмерава ка одржавању и побољшавању *приходног концепта* (или могућности запошљавања) радника. Ова група обухвата и мере и активности које се односе на успешну транзицију поједнаца од образовања ка запошљавању или од обуке (преквалификације, доквалификације) ка заснивању радног односа. Друга група обухвата *приходну сигурност* радника у условима транзиције између радника са различитим радноправним статусом (од статуса запослени ка статусу самозапослени), Различити правни режими организације и трајања радног времена (од пуног ка непуном радном времену) и сл. Трећа група политика се односи на *приходну подршку* радника у специфичним фазама њиховог животног циклуса и радног односа. У овој фази, радници се суочавају са умањеним способностима за остваривање прихода због биолошких или социјалних обавеза које произилазе из бриге за децу или друга зависна лица. Четврта група политика обухвата мере и активности које су усмерене ка *одржавању прихода* радника у периоду транзиције између запослених и незапослених. Коначно, пета група политика успоставља могућност *замене и осигурања прихода* радника у условима привремене или трајне неспособности за рад или одређених фаза животног и радног циклуса у којем радници стичу услове за замену за пензију.

3 Термин „Златни период капитализма“ је употребљаван према француском економисти и социологу J. Fourastié, у есеју *“Les Trente Glorieuses”* (Paris, les Editions Fayard, 1979).

односи у највећем делу су се заснивали закључивањем уговора о раду на неодређено време и са пуним радним временом, док је колективне радне односе (индустријске односе) карактерисала релативно висока синдикална густина која се кретала од 40 до 50% од укупног броја запослених (Lensch, 2004:13). Ово су уједно били основни параметри који су започели да дефинишу социјални модел земаља чланица ЕУ у односу на социјалне моделе осталих региона у свету.

Златни период капитализма завршио се са првом нафтном кризом 1974. године, која је *inter alia* означила крај јефтине енергетске ере. Она је иницирала и промене у курсу ортодоксне економске идеологије, што је изазвало отворену дебату усмерену ка моделирању Европског социјалног модела, укључујући ту и радно законодавство земаља чланица ЕУ.

Ново економско окружење је било разлог за веће промене у појединачном социјалном моделу земаља чланица ЕУ, као рефлексије на глобализацију, промене у структури економских делатности, технолошке промене, промене у организацији производње и раста незапослености (Каламатиев, Ристовски, 2013:77).

Евидентна промена у економском окружењу на глобалном плану утиче на трансформацију европских индустријских односа као компоненте Европског социјалног модела. Европски индустријски односи и синдикати земаља чланица ЕУ се суочавају са драстичним падом синдикалне густине.⁴ Отуда, европски синдикати ће морати да одговоре на изазове новог времена, као што то предвиђа препознавање потреба и интереса тзв. *атипичних радника*, тј. радника који су засновали радне односе на одређено време или скраћено радно време, као и samozапослених радника.

Европски социјални модел инкорпорише више различитих група индустријских односа који могу да се групишу у неколико основних модела: корпоративни модел, англосаксонски модел, медитерански модел и транзициони модел (Bagić, 2009: 27).

Корпоративни модел представља униформни оквир који обухвата моделе индустријских односа нордијских земаља (Данска, Шведска и Финска) и одређених земаља централне и западне Европе (Немачка, Аустрија, Белгија и Холандија) (Directorate General for Enterprise, 2003:28). Корпоративни модел индустријских односа обележава партнерски однос између синдиката радника и државе. Синдикати и радници одржавају редовне преговоре на националном нивоу, без обзира да ли се преговори одвијају заједнички

⁴ Према подацима са интернет стране www.worker-participation.eu, просечна синдикална густина на нивоу ЕУ износи 23 %.

за све гране (нордијски приступ) или посебно у свакој грани (немачки приступ). У том процесу, социјални партнери закључују краткорочне и дугорочне колективне уговоре који се примењују на доминантном делу радника из одређене гране, односно сектора. То осигурава социјални мир радника и претпоставља увећање ангажованости радника у остваривању што веће продуктивности. Овај модел карактерише висока формално-правна заштита индивидуалних и колективних права радника из радног односа.

Либерални или англосаксонски модел је карактеристичан за Велику Британију и Ирску. Одлика овог модела је релативно ниски ниво формално-правне регулисаности индивидуалних и колективних права радника из радног односа. Колективни преговори најчешће се одвијају на нивоу послодавац, односно група повезаних (удружених) послодаваца. Штрајкови, односно индустријски конфликти имају искључиво интересни карактер. Синдикати имају пословне оријентације и њихов основни циљ представља остваривање непосредне материјалне користи за своје чланове, а не политичку борбу за трансформацију друштва.

Медитерански модел индустријских односа обухвата земље јужне Европе (Шпанију, Португалију, Француску, Италију и Грчку) и карактерише се крајњом политизацијом синдиката. Овај модел се одликује синдикалним плурализмом и идеолошким поделама између синдикалних конфедерација које доприносе значајнијем умањењу простора за успостављање и одржавање социјалног мира (Каламатиев, Ристовски, 2012:392). Штрајкови се често појављују и трају дуго. Колективни уговори имају сиромашну садржину и произилазе из тенденције држава за појачаним социјалним дијалогом.

Транзицијски модел индустријских односа обухвата бивше социјалистичке земље централне и источне Европе. Карактерише се доминантном улогом државе у сфери колективних права из радних односа и социјалног дијалога. При томе, синдикати се сучавају са редуковањем свога чланства и умањивањем синдикалне густине која утиче на квалитет колективног преговарања.

3. Европски социјални модел и социјални *acquis communautaire* ЕУ

Acquis Communautaire Европске уније представља француски термин који кумулира прописе европске заједнице који су сагласни са њеним циљем, суштинским правилима и политиком. Он се првенствено своди на примарно и секундарно законодавство Европске уније, укључујући и право које креира Европски суд правде. Тесна специјализација европског

acquis у области социјалних права и радног законодавства води ка институционализацији посебног термина који се назива социјални *acquis Communautaire* (Giubboni, 2006:29).

Правни извори социјалног *acquis* могу да се поистовете са изворима европског комунитарног радног права. Они се класификују на: оргинарне (примарне) и секундарне (дериватне) изворе, општа правна начела комунитарног права, укључујући и судску праксу Европског суда правде и европске колективне уговоре, који представљају *sui generis* извор европског комунитарног радног права.

Анализа извора социјалног *acquis* наводи нас на закључак да развој европског социјалног модела подлеже константним променама. Првенствено, започиње са прописима којима се регулише заједничко тржиште и слободно кретање радника, да би продужила са доношењем прописа који припадају домену индивидуалног и колективног радног права. Социјални *acquis* састоји се из више примарних извора који утичу на обликовање европског социјалног модела, међу којима издвајамо: Уговор о оснивању Европске заједнице за угљаљ и челик,⁵ Уговор о оснивању Европске заједнице за атомску енергију (ЕВРОАТОМ),⁶ Уговор о оснивању Европске економске заједнице,⁷ Јединствени европски акт,⁸ Уговор о Европској унији,⁹ Уговор из Амстердама,¹⁰ Уговор из Нице¹¹ и Уговор из Лисабона.¹²

5 Уговор о оснивању Европске заједнице за угљаљ и челик, закључен у Паризу, дана 18. априла 1951. година, а ступио на правну снагу 23. јула 1952. година.

6 Уговор о оснивању Европске заједнице за атомску енергију (ЕВРОАТОМ), закључен у Риму, дана 25. марта 1957. године, а ступио на правну снагу 1. јануара 1958. године.

7 Уговор о оснивању Европске економске заједнице (ЕЕЗ), закључен у Риму, дана 25. марта 1957. године, а ступио на правну снагу 1. јануара 1958. године.

8 Јединствени европски акт, *Сл. гласник Европске заједнице бр. L 169*, закључен у Луксембургу и Хагу, дана 17. фебруара 1986. и 28. фебруара 1986. године, а ступио на правну снагу 1. јула 1987. година.

9 Уговор о Европској унији, *Сл. гласник Европске заједнице бр. C 191*, закључен у Мадрихту, дана 7. фебруара 1992. године, а ступио на правну снагу 1. новембра 1993. године.

10 Уговор из Амстердама, *Сл. гласник Европске заједнице бр. C/340*, закључен 2. октобра 1997. године, а ступио на правну снагу 1. маја 1999. године.

11 Уговор из Нице, *Сл. гласник Европске заједнице бр. C/80*, закључен 26. фебруара 2001. године, а ступио на правну снагу 1. фебруара 2003. године.

12 Уговор из Лисабона, *Сл. гласник Европске заједнице бр. C/306*, закључен 13. децембра 2007. године, а ступио на правну снагу 1. децембра 2009. године.

4. Социјални *acquis communautaire* Европске уније и хармонизација македонског радног законодавства са европским комунитарним радним правом

Европско комунитарно радно право задржава континентално радноправну традицију, која одређује две шире области у сфери проучавања радних односа на основу критеријума да ли они припадају индивидуалном или колективном радном праву. *Индивидуално комунитарно радно право* представља најразвијенији део европског комунитарног радног права. Ипак, одређени институти који регулишу битну област радних односа су изузети из надлежности комунитарних органа. Такви институти су: плате и друге материјалне накнаде радника, дисциплинска одговорност радника, одсуство са рада за период државних празника, материјална одговорност за штету и престанак радног односа, односно отказивање уговора о раду који је предмет парцијалног регулисања секундарног законодавства ЕУ (Lubarda, 2004:177). *Argumentum a contrario* индивидуално комунитарно радно право регулише неколико аспеката радних односа, између осталих, можемо навести: слободно кретање радника, запошљавање и флексибилни облици запошљавања, начело забране дискриминације, услови за рад и заштиту здравља и безбедности при раду, радно време, одмор и одсуство, заштита достојанства запослених на раду и питања везана за реорганизацију послодаваца и права запослених. *Колективно комунитарно радно право* се налази на нижем степену институционалног развоја у поређењу са индивидуалним комунитарним радним правом. Подручје радног права које је у искључивој надлежности комунитарних институција је: слобода удруживања и право на колективну (индустријску) акцију, као што су: штрајк и *lok aut* (Lubarda, 2004:305). Тренутно, европско колективно радно право ставља акценат на регулисање партиципација запослених у управљању друштвима.

Развој радног законодавства у Републици Македонији можемо пратити кроз Закон о радним односима из 1993. године¹³ и Закон о радним односима из 2005. године.¹⁴

Закон о радним односима из 1993. године верификује власнички плурализам и успоставља уговорну концепцију на пољу радних односа. Законом о радним односима из 2005. године извршена је друга кодификација у сфери рада. У време његовог доношења, овај Закон се најављивао као револуционаран и као решење које је синхронизовано са

13 Закон за работни односи, („Сл. весник на Р Македонија“ бр. 80/93 од 30.12. 1993. године).

14 Закон за работни односи, („Сл.весник на Р Македонија“ бр. 62/05 од 28.07.2005. године).

европским правом, као Закон који ће одговарати актуелним потребама тржишта рада и савременим условима присутним у европском радном законодавству (Каламатиев, 2009: 125). Од момента његовог доношења до данас, Закон о радним односима претрпео је 15 измена и допуна, при томе, део измена представљао је директно усаглашавање са европским директивама.

Европске директиве које су инкорпорисане у радно законодавство Републике Македоније могу се класификовати према критеријуму да ли оне спадају у домен индивидуалних или колективних радних односа. Најпрегледнија илустрација директива које су хармонизоване са македонским радним законодавством јесте она која их класификује на: директиве из области дискриминације и једнаког третмана,¹⁵ директиве из области здравља и безбедности при раду¹⁶ и директиве из области радних односа уопште.

Хармонизација радног законодавства Републике Македоније са директивама из области радних односа обухвата различите аспекте индивидуалних и колективних радних односа. Хармонизација у оквирима тзв. *индивидуалних радних односа* може се илустровати кроз следеће директиве: Директива 91/533/ЕЗ о информисању радника о условима уговора о раду; Директива 94/33/ЕЗ о заштити младих на радном месту; Директива 96/71/ЕЗ о положају радника у оквирима давања услуга; Директива 96/34/ЕЗ о оквирном уговору за родитељско одсуство;

15 У оквирима директива из области дискриминације и једнаког третмана македонско радно законодавство хармонизовано је са следећим европским директивама: Директивом 2000/43/ЕЗ о једнаком третману људи без обзира на расну и етничку припадност; Директивом 2000/78/ЕЗ о општим оквирима за једнаки третман при запошљавању и избору занимања; Директивом 2006/54/ЕЗ о имплементацији принципа једнаких могућности мушкараца и жена о питањима везаним за запошљавање и професионално ангажовање; Директивом 2002/73/ЕЗ о спровођењу принципа једнаког третмана мушкараца и жена у односу на приступ запошљавању, стручној обуци и унапређивању радних односа; Директивом 86/378/ЕЗ о једнаком третману мушкараца и жена у систему социјалног осигурања при запошљавању; Директивом 86/613/ЕЗ о примени принципа једнаког третмана међу мушкарцима и женама ангажованим у некој активности, укључујући земљорадњу, samozапосљавање и заштиту samozапослених жена за време бременитости и мајчинства и Директивом 97/80/ЕЗ о терету доказивања за случај полне дискриминације.

16 У оквирима директива из области здравља и безбедности при раду македонско радно законодавство хармонизовано је са следећим директивама: Директива 89/391/ЕЗ о увођењу мера подстицања и побољшања, односно безбедности и здравља радника и Директива 91/383/ЕЗ о допуњавању мера за подстицање и побољшање безбедности и здравља на радном месту радника запослених на одређено радно време или привремено запослених, измењена и допуњена Директивом 2007/30/ЕЗ.

Директива 1999/70/ЕЗ о оквирном уговору о раду на одређено време и Директива 2003/88/ЕЗ која се односи на извесне аспекте организовања радног времена. Транспонирање одредаба из области *реорганизације послодаваца* (које обухвата и индивидуалне и колективне аспекте из радног односа) врши се преко следећих прописа: Директива 2001/23/ЕЗ о заштити права запослених за случај промене власништва предузећа или његових делова и Директива 98/59/ЕЗ о колективном отпуштању. Коначно, хармонизација прописа којима се регулишу *колективна права из радних односа* у македонском радном законодавству врши се Директивом 2002/14/ЕЗ о општим оквирима о информисању и консултовању запослених у Европској унији и Директивом 2009/38 о европском радничком савету.

Процес хармонизације и степен усаглашености македонског радног законодавства са социјалним „acquis”, разликује се од једног до другог случаја, у зависности од садржине аката који су предмет хармонизације и квалитета њихове имплементације. У том смислу, анализираћемо хармонизацију две европске директиве у македонском радном законодавству. Прва директива се односи на индивидуалне радне односе, а друга обухвата проблематику колективних радних односа.

4.1. Усаглашеност Директиве 91/533/ЕЗ о информисању радника о условима из уговора о раду са македонским радним законодавством (пример добре хармонизације)

Директива 91/533 о информисању радника о условима из уговора о раду¹⁷ представља секундарни извор европског комунитарног радног права, који је усмерен ка успостављању одређених формалних и обавезујућих одредби у актима на основу којих се заснива радни однос. Основни циљ ове директиве је заштита запослених од могућности злоупотребе њихових права и увећање транспарентности тржишта рада. Отуда, она служи за информисање радника о правима из радног односа која су обавезно инкорпорисана у оквиру уговора о раду или у другим формама којима се доказује заснивање радног односа. Персонални обим директиве односи се на све „плаћене – субординисане“ раднике, који су засновали радни однос и којима следује уговор о раду или други формални акт, чија намена је информисање радника о условима из заснованог радног односа. У том смеру постоје и одређени изузеци од ове когентне одредбе, који се односе на раднике који су засновали радни однос на време које није дуже од једног

17 COUNCIL DIRECTIVE of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, *Official Journal L 288, 18/10/1991 P. 0032 - 0035*

месеца (одређено радно време), раднике који су засновали радни однос чије недељно радно време не прелази осам радних часова (маргинално непотпуно радно време), као и на привремено запослене раднике.¹⁸ Једна од обавеза послодавца је да извести радника о суштинским аспектима уговора о раду или радног односа, а то су: стране из уговора; место рада; видови, степен или природа послова који ће се обављати (односно кратак опис радних задатака); датум ступања на рад; време трајања уговора о раду на одређено време; о плаћеном одмору и одсуству; време трајања отказног рока у случају престанка радног односа, односно отказивања уговора о раду; износ иницијалне (почетне) основне плате, осталих материјалних накнада и период исплаћивања; трајање редовног радног времена; као и колективни уговори и други акти који се примењују на радника уколико постоји потреба.¹⁹ Уговор о раду може да садржи упућујуће одредбе у односу на одредбе које се односе на плаћени одмор и одсуство, отказни рок, плате и радно време.²⁰ Надаље, Директива утврђује акт којим послодавац може да информисе раднике о условима из радног односа, истовремено наводећи временски период у којем је послодавац дужан да изврши своју обавезу о информисању. Послодавац мора да извести радника о условима рада најкасније два месеца након заснивања радног односа и то у форми: писменог уговора о раду; писма о ангажовању или једаним односно више писмених докумената од којих барем један треба да садржи одредбе које се односе на суштинске аспекте радног односа.²¹ Коначно, за ову пригоду, напомињемо и одредбу којом се утврђује начин измене (модификовања) уговора о раду или радног односа. У овом смеру, директива утврђује обавезу достављања писменог документа којим се мењају битни – суштински елементи уговора о раду.²²

Директива 91/533 је хармонизиована са Законом о радним односима. Закон имплицира да уговор о раду представља правни однос заснивања радног односа.²³ Он утврђује и посебну Главу (Глава II), која носи наслов „Уговор о запошљавању“. Надаље, Закон регулише и форму уговора о раду, уговорне стране, али и садржину уговора о раду.²⁴ Коначно, Закон о радним односима утврђује и институт *измене уговора о раду*, који може да се реализује анексом уговора, који је потписан од стране радника и послодавца. Овим

18 О овоме види: Директива 91/533/ЕЗ, члан 1. став 1. и 2.

19 О овоме види: Директива 91/533/ЕЗ, члан 2. став 1. и 2.

20 Директива 91/533/ЕЗ, члан 2. став 3.

21 Директива 91/533/ЕЗ, члан 3.

22 О овоме види: Директива 91/533/ЕЗ, члан 4.

23 О овоме види: ЗРО, члан 13. став 1.

24 О овоме види: ЗРО, чланови 15, 16. и 28.

институтом се супституише институт *распоређивања радника на рад*, који се третирао као једностранни акт послодавца и представљао рецидив из претходног радног законодавства.

Измене и допуне Закона о радним односима из јануара 2013. године²⁵ иду корак напред у продубљивању одређених аспеката хармонизације наведених директива са постојећим радним законодавством. У том смислу, предњачи обавеза за утврђивање висине основне плате која се изражава у новчаном износу, као саставног дела садржине уговора о раду. Основни текст Закона о радним односима предвиђао је више елемената који су представљали обавезни део уговора о раду. Закон је предвиђао да је саставни елемент сваког уговора о раду, *inter alia*, треба да буде и одредба о висини основне плате, која припада раднику за обављање послова према закону, колективном уговору и уговору о раду. Пракса је показала да уговори о раду који садрже одредбу која утврђује висину основне плате радника су чешће изузетак него правило.²⁶ Најчешће, уговори о раду садрже генералне одредбе у односу на регулисање плата, упућујући на колективне уговоре или опште акте послодавца. Оваква пракса утиче на неинформисаност радника о основним правима из радних односа (право на плату) и представља могућност злоупотребе исплате. Отуда, уговор о раду као правни основ за заснивање радног односа има снагу непосредног документа преко кога радници имају увид у сопствена права и обавезе из радног односа. У том смислу, измене и допуне Закона о радним односима из фебруара 2013. године предвиделе су превазилажење ове ситуације из праксе. Закон о изменама и допунама Закона о радним односима је утврдио да саставни део уговора о раду треба да буде и одредба *о висини основне плате, која се изражава у новчаном износу* који припада раднику за вршење рада према закону, колективном уговору и уговору о раду.²⁷ Сматрамо да ова одредба има функцију продубљивања информисаности радника о условима из уговора о раду, што у крајњој линији значи и продубљивање хармонизације Закона са Директивом 91/533/ЕЗ.

Наведене измене и допуне Закона садрже и одредбе које се односе на јавни оглас за заснивање радног односа. Јавни оглас за заснивање радног односа мора у себи да садржи и одреднице којима се наводи почетак и завршетак дневног и недељног радног времена, распоред радног времена

25 Закон за изменување и допуњавање на Законот за работните односи, („Сл.весник на Р Македонија“ бр.25/13 од 19.02.2013. године)

26 О овоме види: основни текст ЗРО, члан 28. став 9.

27 Закон за изменување и допуњавање на Законот за работните односи („Сл.весник на Р Македонија“ бр.25/13 од 19.02.2013. године), члан 5.

и новчани износ основне плате за радно место за које се тражи радник.²⁸ Најкарактеристичнији сегмент од третираних одредби представља обавезу навођења новчаног износа основне плате као саставног дела јавног огласа. Основни циљ ове одредбе је повећање извесности и сигурности лица која се пријављују на јавни оглас у односу на остваривање права на плату у оквирима радног односа. Ова одредба отвара и друге дилеме, као што су могућности негативних импликација објављивања износа основне плате у јавном огласу. Прва дилема се односи на утицај који намеће објављивање износа основне плате у односу на иницијативу радника да се пријаве на јавни оглас за заснивање радног односа. Док друга дилема успоставља релацију између објављивања основне плате и привлачења квалитетнијих кадрова за заснивање радних односа. Учесници огласа са бољим квалификацијама истовремено имају и виша очекивања у погледу износа својих плата. Коначно, трећа дилема се односи на потенцијалну могућност нарушавања конкурентских односа између компанија и колизију између обавезе објављивања новчаних износа основних плата у јавном огласу и права на утврђивање плате као пословне тајне.

4.2. Усаглашеност са Директивом 2002/14/ЕЗ о општим оквирима о информисању и консултовању запослених у Европској унији са македонским радним законодавством (пример за недоречену хармонизацију)

У оквирима права Европске уније, партиципација радника представља један од најфрагментарнијих института, који се дисперзује у више различитих аката. Поред Директиве о општим оквирима о информисању и консултовању запослених у Европској унији 2002/14, социјални *acquired* обухвата и друге секундарне изворе.²⁹ Поред њих, комунитарно законодавство Европске уније бележи и друге посебне директиве које инструментализују право на информисање и консултовање у специфичним околностима.³⁰

У законодавству, теорији и пракси земаља чланица ЕУ, постоји више видова партиципације запослених, а то су: радничка партиципација везана за процес рада (*work related participation*); радничка партиципација у

28 Закон за изменување и допуњавање на Законот за работните односи, члан 3.

29 Директивата о успостављању мера за побољшање здравља и безбедности радника на радним местима (89/391/ЕЗ); Директивата о европским радничким саветима (2009/38/ЕЗ) и Директивата о укључивању радника у Европско друштво (2001/86/ЕЗ).

30 Директивата о колективним отпуштањима (98/59/ЕЗ); Директивата о инсолвентности послодаваца (80/987/ЕЗ) и Директивата о преношењу предузећа (2001/23/ЕЗ).

управљању друштвима (*board-level participation*); радничка партиципација у европским друштвима, првенствено преко тзв. европских радничких савета (*European – level representation*); радничка партиципација у функцији здравља и безбедности при раду (*health and safety at work participation*) и финансијска партиципација радника (*financial participation*) (Kalama-tiev, Ristovski, 2012:509). Концепт *радничке партиципације у управљању друштвима* обухвата представнике радника који учествују у управним и надзорним одборима, или одборима директора друштава, у зависности од система управљања предвиђених корпоративним правима појединих земаља. Представници радника могу да буду директно или индиректно изабрани од радника у одређеним друштвима. *Радничка партиципација у европским друштвима* (првенствено преко тзв. европских радничких савета), генерише право на информисање и консултовање радника на европском нивоу, у условима постојања транснационалних европских компанија које запошљавају раднике из различитих земаља чланица. Компаније из одређених земаља чланица ЕУ већ су етаблирале систем транснационалног информисања и консултовања још пре усвајања директиве. Мултинационалне компаније из Француске и Немачке (BSN, Bull, Elf – Aquitaine, Pechiney, Rhon – Poulenc, Saint Gobain, Thomson, Nestlé, Allianz, Volkswagen, Mercedes – Benz) располагаде су различитим типовима уговорних аранжмана о информисању и консултовању на европском нивоу, између којих је доминирао модел заједничких годишњих састанака управа са радницима о трошку послодавца (Bernard, 2006:708). У том смислу, основни циљ Директиве о европским радничким саветима 2009/38 јесте омогућавање радницима, из различитих земаља чланица, који су, сагласно корпоративно-правној структури, запослени код истог послодавца, да буду информисани о кључним деловима политике која је од значаја за њихов радноправни статус и сигурност њихових радних места. *Радничка партиципација у функцији здравља и безбедности при раду* представља значајни аспект управљања у односу на безбедност и здравље при раду. Овај облик партиципације представља предмет регулисања и европског хуманитарног законодавства. Директива 89/391 представља оквирну директиву која регулише заштиту радника при раду у оквирима ЕУ. Коначно, *финансијска партиципација* дефинише се као алтернативни облик стандардног система плаћања, који омогућава радницима да учествују у профиту и пословном успеху предузећа, односно послодавца. Овај облик партиципације обухвата све моделе допунског плаћања (као допуну на основну плату из радног односа) и укључује варијабилни део прихода радника који је условљен и директно повезан са профитом или осталим позитивним перформансама послодавца.

Основни циљ Директиве о општим оквирима информисања и консултовања радника у Европској заједници 2002/14 представља успостављање минималних услова у односу на информисање и консултовање радника у оквирима предузећа или трговачких друштава.³¹ При томе, под појмом „предузеће“ подразумева се јавно или приватно предузеће које извршава одређену профитабилну или непрофитабилну пословну активност. Док се појам „трговачког друштва“ односи на пословне јединице које извршавају пословне активности укључујући људске и материјалне ресурсе.³² Оквирна директива о информисању и консултовању 2002/14, обухвата механизме партиципација радника везаних за процес рада. Ти механизми претпостављају инволвирање радника у пословну политику предузећа и учествовање у спровођењу одређених одлука које директно утичу на радне односе. Информисање представља пренос података преко којих послодавци омогућавају представницима радника упознавање са пословним информацијама које су предмет њиховог интересовања, док консултовање представља размену мишљења и успостављање дијалога између представника радника и послодавца.³³ Ова одредба Директиве 2002/14 имплицира да радници остварују право на информисање и консултовање преко њихових представника који могу да буду појединци или тзв. савети запослених. Право на информисање и консултовање обухвата више садржаја, а међу њима наводимо: информисање о актуелном и могућем развоју економске ситуације и пословних активности послодавца; информисање и консултовање у односу на ситуацију, структуру и могуће тенденције у односу на запошљавање код послодавца, као и све опасности које могу да угрозе радни однос постојећих радника и информисање и консултовање о одлукама које могу да воде ка суштинским променама у организацији радника или уговорном односу између радника и послодавца.³⁴

Закон о радним односима је делимично усаглашен са Оквирном директивом 2002/14. Закон предвиђа посебну одредбу (члан 94а), која дефинише појмове *информисања* и *консултовања* сагласно дефиницији која произилази из директиве. Ипак, основна претпоставка за функционисање ове законске одредбе представља увођење неколико других института који дефинишу више прејудицијалних питања везаних за права на информисање и консултовање радника. То су институти: дефинисање појма „представника радника“, односно „савета запослених“;

31 Директива 2002/14, члан 1. став 1.

32 О овоме види: Директива 2002/14, члан 2. став 1. тачка а) и б)

33 Директива 2002/14, члан 2. став 1. тачка f) и g)

34 О овоме види: Директива 2002/14, члан 4. став 2.

утврђивање начина њиховог избора, њихове функције и њихова права и разграничавање њиховог односа са синдикатом чија основна надлежност представља колективно преговарање и организовање штрајка. Уместо правилног антиципирања правних празнина које произилазе из права на информисање и консултовање у радном законодавству Републике Македоније, законодавац се одлучио за козметичко преношење одређених одредби из оквирне директиве. У том смислу, Закон о радним односима нуди дефиницију појма представника радника. Под *представницима радника* подразумевају се представници радника који су предвиђени законом и законима земаља чланица Европске уније.³⁵ Анализирајући ову одредбу, можемо утврдити да је њена садржина нејасна и неприменљива у македонском радном законодавству. Отуда је закључак да Република Македонија не предвиђа системске партиципације радника у процесу рада. Радно законодавство садржи одређене одредбе које упућује на могућност реализовања права на информисање и консултовање радника, но оне нису довољно јасне и образложене.

Усаглашавање македонског радног законодавства са социјалним *acquis communautaire* представља нужну обавезу која је условљена македонским евроинтеграционим процесом. Отуда, темељна хармонизација Директиве 2002/14 о општим оквирима информисања и консултовања радника у Европској заједници остаје отворена дилема и изазов за будуће измене и допуне радног законодавства Републике Македоније.

5. Закључак

Успостављање европског социјалног модела (ЕСМ) и његово идентификовање као аутохтоног социјалног модела, представља резултат вишегодишњих интеграција и заједничких економских и социјалних политика земаља чланица Европске уније. Европски социјални модел интегрише заједничке политике индустријских односа европских земаља и заједничко социјално законодавство инкорпорисано у социјални *acquis communautaire*.

Република Македонија је земља кандидат за чланство у Европској унији. Закључујући уговор о стабилизацији и асоцијацији са Европском унијом 2001. године, Република Македонија обавезала се да изврши хармонизацију свог законодавства (укључујући и социјално законодавство) са правом Европске уније. Отуда, један од кључних разлога за доношење новог Закона о радним односима из 2005. године био је потреба за усаглашавањем македонског радног законодавства са социјалним *acquis* Европске уније.

35 Закон за работните односи, члан 5. став 14.

Хармонизација радног законодавства представља динамичан и комплексан процес. Динамичност може да се препозна кроз обиман корпус директива које треба транспоновати у националну легислативу, док комплексност произилази из потребе квалитетног адаптирања тих директива у национални правни поредак.

Усаглашавање радног законодавства Републике Македоније са европским комунитарним радним правом испуњава критеријум динамичности, али се сукобљава са потребом за квалитетном и употребљивом применом. У том смислу, анализе и директиве које се обрађују у овом раду указују на предности и слабости које произилазе из процеса хармонизације Закона о радним односима са социјалним *acquis communautaire* Европске уније.

Литература

Barrow. C, (2002). *Industrial Relations Law (Second Edition)*. Cavendish Publishing Limited

Bagič. D, (2009). *Industrijski odnosi u Hrvatskoj (Društvena integracija ili tržišni sukob)*. TIM press. Zagreb

Bernard. C, (2006). *EC Employment Law*. Oxford University Press

Blainpain. R, (2012). *European labour law (Thirteenth Revised Edition)*. Wolters Kluwer

Bronstein. A, (2009). *International and Comparative Labour Law (Current Challenges)*. Palgrave Macmillan, ILO

European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, (2012). *Industrial relations in Europe*

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, (2007). *Varieties of flexicurity: reflections on key elements of flexibility and security*. Dublin. March 2007

Fenger. H.J.M, (2007). Welfare regimes in Central and Eastern Europe: Incorporating post-communist countries in a welfare regime typology, Contemporary Issues and Ideas in Social Sciences. August 2007

Giubboni.S., (2006). *Social rights and market freedom in the European Constitution – A Labour law perspective*. Cambridge University Press

Hardy.S and M.Butler, (2011). *European Employment Laws: a comparative guide (second edition)*. Spiramus Press

Jepsen.M and A.S.Pascual, (2005). *The European social model: an exercise in deconstruction*

- Каламатиев.Т, (2009). Закон о радним односима Републике Македоније – дорпинос процесу хармонизације радног законодавства са правом Европске уније. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*
- Каламатиев. Т и А. Ристовски, (2012). Партиципација радника у савременим индустријским односима. *Правни живот* (часопис за правну теорију и праксу). Београд
- Каламатиев. Т и А. Ристовски, (2013). Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива). *Радно и социјално право*. Београд
- Kenner. J, (2003). *EU Employment Law (From Rome to Amsterdam and Beyond)*. Hart Publishing
- Kulušič. J, (2009). *Isplati li se fleksibilnost*. TIM press. Zagreb
- Lesnsch. H, (2004). *Trade Union Density in International Comparison*. Institut der deutschen Wirtschaft (IW)
- Lubarda. B, (2004). *Evropsko radno pravo*. CIP. Podgorica
- Mathieu. C and H. Sterdyniak, (2008). *European social model(s) and Europe*. OFCE. Document de travail. N° 2008-10
- Meenan. H, (2007). *Equality Law in an Enlarged European Union (Understanding the Article 13 Directives)*. Cambridge University Press
- O’Leary. Siofra, (2002). *Employment Law at the European Court of Justice (Judicial Structures, Policies and Processes)*. Hart Publishing
- Rogowski. R, (2008). *The European Social Model and Transitional Labour Markets (Law and Policy)*. Ashgate Publishing Limited
- Summers. J and Hyman. J, (2005). *Employee participation and company performance – A review of the literature*. University of Aberdeen
- Tangian. A, (2008). *Towards Consistent Implementation of Flexicurity*. IPSE (Institut de Protection Sociale Européen)
- Visser. J, (). *The Five Pillars of the European Social Model of Labor Relations*
- Vaughan-Whitehead, (2014). *Is Europe Losing Its Soul? The European Social Model in Times of Crisis*. ILO
- Wilthagen. T, (2007). *Flexicurity Pathways, Turning hurdles into stepping stones*
- Wisniewski. J, (2005). Convergence toward the European Social Model? Impact of EU accession on Polish social policy. *Review of European and Russian Affairs*. vol. 1. no. 1

Todor Kalamatiev, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
Univerisity "Stc. Cyril and Methodius", Skopje

Aleksandar Ristovski, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
Univerisity "Stc. Cyril and Methodius", Skopje

**European Social Model and the Harmonization of Macedonian Labour
Legislation with the European Union Community Labour Law**

Summary

The European integration process accompanied by the harmonization of the EU member states' legislation will inevitably lead to the establishment of a European social model which has a "sui generis" legal nature. European social model forms a part of the common legal heritage of the European countries and it can be defined as a system of values that include democracy and individual rights, free collective bargaining, market economy, equal opportunities for all, and social protection and solidarity.

Subject of analysis in this paper are both, the essential components of the European social model such as: the social "acquis communautaire" and the European industrial relations. The social "acquis communautaire" is an integral part of the general "acquis communautaire" and it encompasses the regulations arising from the primary and secondary labour law legislation of the EU, decisions of the European Court of Justice and other legal measures of the European Union with a binding or non-binding legal nature. European industrial relations encompass the key features of the European trade union models as well as the types of social dialogue in different EU member states.

This paper pays attention to a profound elaboration of the harmonization of two EU labour law directives with the Macedonian employment legislation. The first Directive (Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employers' obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship) may be classified in the field of individual employment relations, while the second one (Directive 2002/14/EC of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community) can be subsumed within the field of collective employment relations.

Finally, the authors illustrate the advantages and disadvantages of the Macedonian labour legislation in the process of harmonization with the relevant EU directives, indicating the possible areas for improvement of the quality of the labour regulations governing the individual and collective employment relations.

Key words: European social model (ESM), European industrial relations, social "acquis communautaire", European union community labour law.

Др Жељко Мирјанић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 349.3(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ЗНАЧАЈ СОЦИЈАЛНОГ ДИЈАЛОГА У ПРОЦЕСУ УСКЛАЂИВАЊА ДОМАЋЕГ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: У раду је анализиран значај социјалног дијалога као начина усклађивања домаћег (радног) права земље са правом Европске уније, као захтјева који ЕУ поставља земљама у процесу европске интеграције и као дијалог између социјалних партнера који учествују у постизању социјалног консензуса.

Кључне речи: социјални дијалог, социјални партнери, европска интеграција.

1. Увод

Усклађивање домаћег права са правом Европске уније (у даљем текст: ЕУ) је актуелно нормативно, а посебно законодавно питање за државе учеснице у процесу европске интеграције.¹ Државе у региону као кандидати за пријем у чланство ЕУ и Босна и Херцеговина (у даљем тексту: БиХ) која настоји стећи тај статус, појединачним споразумима са ЕУ преузеле су обавезу усклађивања домаћег права са правом Уније. Као државе са (не) довршеним процесом транзиције друштва, оне настоје да заврше процес транзиције домаћег права тако што ће правни систем ускладити са правом ЕУ и појединих њених чланица. Историјско-правни метод показује да глобалне промјене друштвеног поретка, као што је транзиција из једног у други поредак и транзиција унутар самог поретка, започињу у развијеним

* zemirjanic@gmail.com

1 Европске интеграције обухватају процес политичке, правне и економске интеграције под којим се у правилу, подразумјева интеграција у Европску унију, у Савјет Европе, у друге организације, као што је Организација за европску безбједност и сарадњу (ОЕБС) и разне регионалне иницијативе.

земљама које имају водећу улогу у међународним односима. Промјене у другим земљама независно од карактера промјена, не могу објективно имати глобални значај (Mirjanić, 2012: 4).

Обавеза усаглашавања домаћег права се наставља и после пријема у чланство будући да се право ЕУ непрестано развија. Држава чланица је дужна да у потпуности усвоји и примјењује правне тековине ЕУ (*acquis communautaire*). Усклађивање права представља непрекидан, организовани, програмирани, координисани процес у коме поред институција власти учествују други важни субјекти у политичком, економском и правном поретку. Искуство нових држава чланица ЕУ показује да је неизбежан конструктивни друштвени дијалог усмјерен на компромис између субјеката који подржавају процес европске интеграције и субјеката који му сеprotиве. Динамика и обим усклађивања права објективно зависе од могућности поједине државе да се приближи степену економског и социјалног развоја ЕУ, а субјективно зависи од капацитета институција власти и друштвених партнера да према достигнутом степену развоја креирају промјене одређених грана права.

У овој краткој социолошко-правној анализи се под усклађивањем домаћег права са правом ЕУ подразумева промјена правног поретка кроз промјене (реформу) одређених грана права, посебно радног и социјалног права, а у циљу испуњења услова за пријем у чланство. Усклађивање домаћег права се посматра као дугогодишњи процес у коме се постепено и дјелимично обавља преношење, примјена и спровођење комунитарног права и одабраних нормативних правила појединих држава чланица ЕУ, а зависно од посебних обиљежја домаћег правног поретка и правне традиције. Приликом израде и доношења закона који имају за циљ усклађивање права, ствараоци закона проучавају право ЕУ и законе у њеним чланицама и траже решења која одговарају домаћим правним, економским, социјалним и другим друштвеним околностима и капацитету институција власти.

Усклађивање радног права са одговарајућим правом ЕУ јесте питање којим се поред институција власти баве социјални партнери што подразумева и социјални дијалог као начин постизања социјалног компромиса, успостављања и чувања социјалног мира. Полази се од тезе да успјешност усклађивања домаћег радног права зависи од капацитета и воље социјалних партнера и институција власти да воде дијалог у области економске и социјалне политике, радног и социјалног законодавства, али и ван тог оквира. Развој и унапређење социјалног дијалога, односно других облика партнерства непосредно утиче на доношење и примјену радног законодавства и закључивање колективних уговора, односно других

претпоставки за испуњавање обавеза у процесу европске интеграције. У области радног и социјалног права у том процесу репрезентативни социјални партнери неизбјежно учествују у оквиру институционалног трипартитног социјалног дијалога, али и ван њега заједно са другим представницима радника и послодаваца и представницима других друштвених група. Проширење социјалног дијалога на синдикате и удружења послодаваца изван Економско-социјалног савјета, удружења грађана, представника невладиног сектора и цивилног друштва, представља изазов за учеснике у трипартитном институционалном дијалогу.

Социјални дијалог је неопходан за раднике и послодавце, али и за друштвену заједницу. У земљама које су прошле или још увијек пролазе неолибералну транзицију и упоредо с тим учествују у процесу европске интеграције, развој социјалног дијалога слиједи развој друштвеног дијалога и промјене у области рада у процесу хармонизације права. У том времену се пред радно законодавство поставља питање како обезбиједити гаранције за примјену економско-социјалних права и водити процесе путем којих ће се ови принципи и права остваривати (Mirjanić, 2009: 105). Социјални дијалог се може посматрати упоредо, као процес у коме партнери учествују у рјешавању конкретних питања која не утичу на промјену поретка, али и као дуготрајни континуирани процес у коме партнери утичу на постепене промјене поретка.

Европска унија је препознала значај социјалног дијалога. Тако се у Извјештају о индустријским односима који је усвојила Европска комисија 2011. наводи да снажан социјални дијалог и веза између социјалних партнера омогућавају успјешно провођење стратегије ЕУ 'Европа 2020' која води одрживом расту. Извјештај за 2012. годину подвлачи значај адекватног социјалног дијалога, посебно колективног преговарања у превазилажењу кризе.² Независно од тога у којој се фази процеса европске интеграције налази поједина земља, на развој социјалног дијалога повољно утиче то што је идеја социјалног партнерства развијена као саставни дио европског социјалног модела, а који омогућава да представници послодаваца и радника могу дати активан допринос у изради европске социјалне политике (Уговор о функционисању Европске уније, чланови 151. до 156). Циљ социјалног дијалога је побољшати управљање укључивањем социјалних партнера у поступак доношења одлука и њихове примјене. Синдикати и послодавци су упућени да мјере, које треба предузети у оквиру економске и социјалне политике, одређују кроз социјални дијалог и међусобно уважавање (Мирјанић, 2013: 575).

2 European Commission, Industrial relations in Europe 2012 – report, стр. 15

Вриједности социјалног дијалога истиче и Међународна организација рада (у даљем тексту: МОР). У Декларацији о социјалној правди, у циљу праведне глобализације, социјални дијалог и трипартизам су дефинисани као један од четири стратешка циља МОР-а. Унапређење социјалног дијалога и трипартизма се дефинишу као најдоследнији метод за: прилагођавање примјене стратешких циљева потребама и околностима у свакој земљи посебно; претварање економског развоја у друштвени напредак, а друштвеног напретка у економски развој; лакше постизање консензуса о релевантним националним и међународним политикама које утичу на стратегије и програме запошљавања и остварења пристојног рада; и дјелотворност радног законодавства и институција, као и у погледу признавања радног односа, развоја добрих радних (индустријских) односа, и изградње успешних система инспекција рада.³

Европско радно право има карактер регионалног међународног радног права, јер се његов територијални домен важења ограничава на државе чланице Европске уније – Европско комунитарно радно право – ЕЕА), односно на државе чланице Савјета Европе – Европско некомунитарно радно право. Но, без обзира на ужи територијални домен важења европског радног права у односу на универзално међународно радно право, треба истаћи да је европско радно право умногоме инспирисано универзалним међународним радним правом (Лубарда, 2004: 21).

2. Усклађивање радног права са правом ЕУ и законодавна дјелатност

Процес усклађивања радног права Републике Српске са међународним и европским стандардима рада је почео прије потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању између ЕУ и БиХ.⁴ У оквиру надзираног процеса примјене Дејтонског споразума, закљученог 1995. године, усљед примарног утицаја институција и представника ЕУ, започела је хармонизација радног и социјалног законодавства. Истраживачки пројекти организовани и финансирани од стране ЕУ имали су карактер постепеног испуњавања обавеза које ће бити предвиђене касније закљученим Споразумом о стабилизацији и придруживању.

³ Декларација МОР-а о социјалној правди у циљу праведне глобализације (*ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*), усвојена 2008. године

⁴ Процес стабилизације и придруживања је институционални оквир дугорочне политике ЕУ према земљама западног Балкана, а Споразум о стабилизацији и придруживању садржи програм реформи које је држава дужна да спроведе. Споразум о стабилизацији и придруживању између Бих и ЕУ је потписан 2008. године.

У тим условима Влада Републике Српске је донијела Одлуку о поступку и начину усклађивања законодавства Републике Српске са законодавством Европске уније (*acquis communautaire*)⁵ и утврдила поступак и начин припреме нацрта и приједлога закона и подзаконских аката којима се врши усклађивање законодавства Републике Српске са законодавством Европске уније.⁶

Спровођење Споразума о стабилизацији и придруживању се заснива на координацији институција у БиХ према уставној подјели надлежности по којој Републици Српској припада надлежност за доношење закона из области радног и социјалног права. Усклађивање радног законодавства Републике Српске са одговарајућим правом ЕУ представља *conditio sine qua non* у испуњавању обавеза преузетих овим споразумом. За усклађивање је важна чињеница да су потписивањем овог споразума преузете одређене обавезе у овој области, као што су: обезбјеђење услова запослења и рада држављанима друге уговорне стране на начин који не смије бити дискриминаторски у односу на властите држављане (начело забране дискриминације на основу држављанства) (чл. 47–49. ССП); постепено усклађивање законодавства у БиХ са правном тековином ЕУ у области услова рада, здравља и сигурности на раду (члан 77); развој сарадње уговорних страна у циљу јачања владавине права и институција на свим нивоима управе, а нарочито у провођењу закона и извршавању судских пресуда; обезбјеђење независности судства и развој одговарајућих структура полицијских, царинских и других органа за провођење закона (чл. 78. ССП).

Усклађивање радног права, као и других грана права, прати низ проблема, од којих се по значају у законодавној дјелатности могу издвојити проблеми везани за формулисање законодавне политике, управљање процесом усклађивања и израду закона којим се врши усклађивање. Проблеми у процесу израде закона потичу од тога што у правилу, израда закона почиње прије него што је стратешким документима формулисана законодавна политика за одређене области или се она формулише тек у току израде закона и то тако да се односи само на питања која су обухваћена новим законом или измјенама и допунама важећег закона. У том случају законописац, у циљу испуњавања обавеза преузетих у

5 Одлука о поступку и начину усклађивања законодавства Републике Српске са законодавством Европске уније (*acquis communautaire*), „Службени гласник Републике Српске”, број 81/07

6 Поменута одлука замијењена је Одлуком о поступку усклађивања законодавства Републике Српске са правном тековином Европске уније и правним актима Савјета Европе („Службени гласник Републике Српске“, број 46/11, 1/14)

процесу европске интеграције, настоји да утврди да ли је могуће уношење одређених одредаба права ЕУ у домаће право, као и да ли су акти према којима се врши усклађивање и сами предмет измјена и/или допуна у ЕУ у вријеме израде и доношења закона или другог прописа. Поред тога, дешава се да европске организације подстичу или финансирају пројекте да би иницирале израду и доношење одређених закона, укључујући законе из радног и социјалног права, те се стога израда закона поистовјећује са пројектом. Поједини циљеви у овим пројектима могу бити супротни циљевима утврђеним у стратешким документима. Усклађивање права без стратешких докумената за конкретне области или на други начин претходно формулисане законодавне политике може довести до нарушавања друштвених интереса или до одступања од оквира за усклађивање домаћег права са правом ЕУ, који чине општи принципи као што су: демократија, владавина права, тржишна економија, заштита људских права. Поред претходног дефинисања законодавне политике, за избјегавање импровизације у законодавној дјелатности је важна оцјена о усклађености нацрта и приједлога закона са прописима ЕУ. Надлежно министарство даје оцјену да ли је закон усклађен или дјелимично усклађен, односно неусклађен са одређеним прописима ЕУ. Ова обавеза Владе као овлашћеног предлагача за доношење закона уређена је Правилима за израду закона и других прописа, а у дијелу који се односи на писање образложења нацрта и приједлога закона.⁷ У питању је објашњење разлога за уношење или неуношење у одговарајуће законе правила садржаних у примарним и секундарним изворима права ЕУ и обима извршавања обавеза преузетих Споразумом о стабилизацији и придруживању.

Код формулисања законодавне политике која се односи на усклађивање радног права доминирају захтјеви да се обезбиједи да закони буду у складу са стандардима, прописима и праксом ЕУ и конвенцијама и препорукама МОР-а, као и да буду прихватљиви за субјекте радних односа. У том процесу, поред интеракције државних органа са институцијама ЕУ, важна је и интеракција међу органима власти, интеракција између институција власти и партнера у оквиру трипартитног социјалног дијалога, али и других облика социјалног дијалога.

За приступ усклађивању радног права је значајно опредјељење ЕУ да унапређује складан и уравнотежен привредни развој, висок ниво запослености и социјалне заштите, да подиже ниво и квалитет живота, јача привредну и друштвену повезаност и солидарност међу државама чланицама. У оквиру тог приступа се могу посматрати питања постављена

⁷ Правила за израду закона и других прописа Републике Српске («Сл. гласник Републике Српске, бр. 24/14), чл. 41 и 46.

у социјалном дијалогу посвећеном доношењу новог Закона о раду и других закона из области радног законодавства, а од којих се по значају за социјалне партнере могу издвојити сљедећа питања: сталност радног односа и трајање уговора о раду; упућивање радника на рад код другог послодавца; одређивање зараде и минималне зараде у колективном уговору, утицај статусне промјене послодавца на радноправну сигурност радника; заштита запослених у случају покретања стечајног поступка; случајеви отказа уговора о раду од стране послодавца; врсте и трајање колективних уговора; критеријуми за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодаваца; казнене одредбе код незаконитог штрајка; трајање и исплата накнаде за вријеме породилског и других облика плаћеног одсуства, обавеза исплате и висина отпремнине раднику коме је престао радни однос. У основи различитих и супротстављених ставова социјалних партнера јесте проблем њиховог договора о подјели социјалног терета у наставку процеса реформи, у превладавању посљедица економске и социјалне кризе, а који је важан за доношење и примјену закона. Проблеми у примјени закона створених без социјалног дијалога, показују да је дијалог важан и да се не може изоставити. Исто показују проблеми у примјени закона написаних само или претежно примјеном упоредноправног метода, уз занемаривање социолошког и политиколошког метода и без анализе економских, социјалних и других околности. У питању су закони чије се одредбе примјењују дјелимично, који су више пута мијењани или су замијењени новим законом у кратком времену, за чију примјену институције власти и социјални партнери нису припремљени или постоје други разлози који доводе до “сукоба између нормативног и стварног” (Мирјанић, 2013: 573).

3. Усклађивање радног права са правом ЕУ и социјални дијалог

Најважнији облик демократског утицаја синдиката и послодаваца на институције власти јесте активно учешће у социјалном дијалогу као дијелу законодавног процеса и учешће у законодавном поступку у фази јавне или стручне расправе о нацрту закона. За разлику од учешћа синдиката и удружења послодаваца, други учесници у законодавном процесу се мијењају према томе да ли се закон доноси за област којом се бави поједино удружење грађана или друга организација или се примјењује на чланове појединог удружења и у којој мјери оно може да представи и заштити интересе грађана на које се закон примјењује.⁸

⁸ Поменута удружења су поред чланова Економско-социјалног савјета утицала на садржај одредби Закона о пензијско-инвалидском осигурању у Републици Српској донијетог 2011. године у току кризе. Социјална криза је увећала притисак чланова

Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом ЕУ показује се кроз питања развијености институционалног трипартитног дијалога, развоја социјалног дијалога као захтјева који се поставља пред земље у процесу европске интеграције и начина усклађивања радног права. Аутентично заступање радника и послодаваца у циљу заштите њихових права и интереса представља основни разлог за активно учешће социјалних партнера у процесу усклађивања права, како у области радног и социјалног права тако и у другим гранама права значајним за њихова права и интересе. Процес усклађивања радног права у циљу достизања европских стандарда у области рада и радног права по природи радних односа укључује социјални дијалог. Од обима и димензија социјалног дијалога у значајној мери зависи доношење и садржај радног законодавства и у којој мјери ће нови закони бити у функцији постепеног усклађивања права у процесу европске интеграције. У питању је социјални дијалог чији су предмет питања везана за примјену Споразума о стабилизацији и придруживању. У том оквиру се у току актуелне фазе развоја радног законодавства поставља низ питања, од којих се као најважнији предмет социјалног дијалога могу издвојити: захтјеви и настојања синдиката да се не укидају или ограничавају постојећа права радника и захтјеви и настојања послодаваца да се ограниче права радника, као што су, на примјер, захтјеви за већом флексибилношћу код запошљавања, повећањем конкуренције за радно мјесто, лакше отпуштање радника који су економски или други вишак, смањивање исплата за минули рад.⁹ Социјални дијалог је условљен

ових организација на институције власти, тако да је усвојени текст закона различит у односу на приједлог закона услед компромиса учесника у социјалном дијалогу. Под утицајем синдиката и удружења послодаваца задржани су исти услови за стицање старосне пензије који се односе на године живота и године пензијског стажа, под утицајем удружења пензионера уређена је обавеза годишњег усклађивања пензија са промјеном трошкова живота и промјеном висине просјечне плате у Републици, а под утицајем удружења бораца уређено је финансирање из републичког буџета права стечених по основу посебног стажа (Мирјанић, 2013: 31).

9 Дјеловање чланова Економско-социјалног савјета Републике Српске показује да су у основи тих питања разлике о конкретним питањима о томе како задржати: да се уговор о раду на неодређено вријеме задржи као правило, да запослени који је закључио уговор о раду на неодређено вријеме има иста права, обавезе и одговорности из рада, као и запослени који је закључио уговор о раду на неодређено вријеме, да је послодавац дужан да исплати отпремнину која не може бити нижа од износа предвиђеног садашњим прописима, а да се колективним уговором може утврдити већи износ. Питање трајања породилског одсуства због неповољне демографске тенденције заслужује посебну пажњу и тражи да се задржи садашње рјешење да за вријеме трудноће, порођаја и његе дјетета, запослена жена има право на одсуство у трајању од једне године, као и да отац дјетета може да користи ово право у случају кад то не може мајка дјетета.

карактером друштвених и економских односа у којима се међусобно налазе радници и послодавци и садржи класне елементе који утичу на захтјеве социјалних партнера. Отуда стално настојање синдиката да се заштите права и интереси радника, као што су услови рада, плата и накнада плате, радноправна сигурност и захтјеви удружења послодавца да се заштита права и интереси власника капитала који се односе на инвестиције и профит. Синдикат се бори за очување достигнутог нивоа права и заштите права радника и незапослених лица ако већ није могуће доношење правних прописа који ће побољшати права тих лица и омогућити ефикасније остваривање и заштиту тих права. Послодавци се боре за повећање конкурентности на тржишту, увећање профита и бржи обрт капитала (Мирјанић, 2013: 26). Социјални дијалог омогућава социјалним партнерима реализацију циљева како у колективним радним односима, економској и социјалној политици, тако и, упоредо, реализацију дугорочних циљева друштвених група које представљају. Дугорочни циљеви код синдиката се односе на успостављање друштва у коме се поштује вриједност социјалне правде и гради социјална хармонија, а код послодаваца се односе на већи обим учешћа на домаћем и страном тржишту и већи профит.

Границе социјалног дијалога не могу се ограничити на права и интересе радника у радним односима, већ понекад обухватају друга питања која су ван ужег предмета дијалога предвиђеног законским прописима. Улога и дјелокруг рада Економско-социјалног савјета одређени су посебним законом набрајањем послова различитог значаја, у распону од учешћа у процесу доношења закона и других општих правних аката (савјет разматра и даје мишљења на нацрте и приједлоге закона и остале прописе од значаја за економски и социјални статус и положај запослених и послодаваца), преко заузимања ставова о питањима: развоја и унапређивања колективног преговарања; утицаја економске политике на социјални развој и стабилност политике запошљавања; зарада и цијена; конкуренције и продуктивности; приватизације и других питања структурног прилагођавања; заштите радне и животне средине; образовања и професионалне обуке; здравствене и социјалне заштите и сигурности; демографских кретања; остваривања и унапређивања економске и социјалне политике.¹⁰ Од наведених послова Економско-социјалног савјета, најважнији су дијалог и консензус о нацртима и приједлозима закона и годишњој пројекцији економске и социјалне политике која прати доношење републичког буџета. Формалне законске претпоставке којима су утврђени основ и оквир

¹⁰ Дјеловање савјета је уређено доношењем Закона о измјенама и допунама Закона о раду. Посебан Закон о Економско-социјалном савјету донијет је 2008. године ("Службени гласник Републике Српске" број 110/08).

социјалног дијалога полазе од дефиниције Међународне организације рада (МОП) по којој социјални дијалог укључује све облике преговора, консултација или размјене информација између представника владе, послодаваца и радника о темама од заједничког интереса у вези с економском и социјалном политиком. Поред уређеног институционалног трипартитног социјалног дијалога, формално су могући и други облици социјалног дијалога: у облику трипартитног или бипартитног дијалога, као неформални или институционализовани и њихова комбинација, на републичком и на нивоу јединице локалне самоуправе, на нивоу предузећа, као међусекторски, секторски или њихова комбинација, али се у пракси дијалог своди на функционисање Економско-социјалног савјета. Застој или блокада функционисања овог савјета из разлога што се његови чланови не могу договорити око одређених питања или што нису спремни или вољни да учествују у институционализованом дијалогу, повлачи прекид социјалног дијалога или га своди само на монолог.¹¹ И поред тога, није спорна претпоставка да ће ток развоја социјалног дијалога код нас, а посебно у области усклађивања радног права са правом ЕУ слиједити ток развоја социјалног дијалога у ЕУ.

Ток развоја социјалног дијалога у ЕУ показује може се користити као претпоставка како ће тећи развој социјалног дијалога у земљама укљученим у процес европске интеграције.¹² Социјалном дијалогу у земљама ЕУ у почетку је припадала савјетодавна улога, да би се током времена улога мијењала ка социјалном дијалогу као начину управљања друштвеним пословима. Социјални дијалог сада води до институционалних договора којима су социјални партнери укључени у обликовање јавних политика и одлучивање, поред процедуре која омогућава непосредни дијалог и преговоре између социјалних партнера (Мирјанић, 2013: 575). Значај трипартизма огледа се у чињеници да се одговарајућим облицима

11 Основни проблем у функционисања савјета јесте немогућност постизања сагласности о доношењу новог Закона о раду и доношењу Закона о спречавању злостављања на раду. Сви релевантни акти доступни на: интернет страницама www.savezsindikatars.org и www.unijauprs.org.

12 Европска Комисија је у извјештају о односима послодаваца и радника у Европи 2010. године потврдила да су у превладавању кризе најуспјешније биле државе чланице у којима је социјално партнерство најснажније. Европски парламент је у резолуцији о запошљавању и социјалним аспектима Годишњег прегледа раста за 2013. нагласио важност социјалног дијалога и позвао на то да се реформе тржишта рада темеље на ојачаној координацији социјалног дијалога на нивоу ЕУ. Европски парламент стао је на стајалиште да је социјални дијалог кључни елемент традиција држава чланица и подржава развој социјалног дијалога. Уговором из Лисабона уведено је право Европског парламента да буде обавијештен о примјени колективних уговора закључених на нивоу Уније (члан 155. УФЕУ-а).

трипартитне сарадње и дијалога држави помаже да не остане усамљена у вођењу политике у наведеним областима, с обзиром на то да у условима трипартитне сарадње и социјални партнери преузимају дио одговорности за успјешност њеног вођења, што је кључни предуслов за развој и даље јачање индустријске демократије, која је у интересу свих (Кулић, 2007: 93).

Влада заједно са социјалним партнерима и преставницима осјетљивих група и незапослених лица треба одредити развој запошљавања и социјални развој земље. Кроз дијалог, они заједно морају одлучити хоће ли земља убрзати свој развој у складу са Лисабонском стратегијом ЕУ и Планом за рад достојан човјека (МОР) како би остварила троструки циљ: потпуну и пристојну запосленост, високу продуктивност радне снаге и социјалну кохерентност и укљученост или хоће и даље бити предвођена углавном економским циљевима (Цазес, Неспорова, 2007: 254).

За синдикат и удружење послодаваца представља изазов да поред остваривања своје улоге у заштити интереса и права радника или послодаваца, учествују у креирању друштвених односа и дефинисању циљева и политике развоја друштвене заједнице. У том процесу социјални партнери успостављају односе са политичким странкама, другим политичким организацијама, удружењима грађана и другим невладиним организацијама. Дијалог социјалних партнера може бити дио транзиције и дијалога о промјени поретка тако што ће се социјални партнери појавити као субјекти ширег друштвеног дијалога у коме им припада значајно мјесто, тако да пређу границе своје улоге у индустријским односима. У том процесу предмет дијалога није одређен радним и социјалним законодавством и аутономним правом и обухвата друга питања која се тичу економског, социјалног, правног и укупног друштвеног положаја радника и послодаваца. Дијалог између друштвених група које имају различите и супротстављене интересе и позиције није сам за себе довољан за транзицију система, будући да кључне одлуке за транзицију доносе институције власти на уставом прописан начин (Mirjanić, 2012: 5, 6).

Разумијевање и поштовање улоге институција власти и партнера у процесу демократског одлучивања представља важан изазов за учешће социјалних партнера у законодавном процесу и дијалог са институцијама власти. Социјални дијалог у процесу доношења закона заснива се на истим или сличним претпоставкама као и процес стварања права: тражи се да партнери познају економску, социјалну или другу посебну политику, да разумију економске, социјалне и друге друштвене проблеме, да поштују демократске процедуре и надлежност институција власти. То су основне претпоставке да се одреди домет и обим социјалног дијалога: да ли дијалог

обухвата питања важна само за поједине друштвене групе или за цијелу друштвену заједницу, да ли у дијалогу учествују само представници извршне власти или обухвата и представнике законодавне власти; да ли учествују само чланови Економско-социјалног савјета или учествују и други партнери, итд. Одлучивање о карактеру економског и социјалног система припада законодавној власти која у прописаном поступку самостално доноси и мијења устав и законе (Мирјанић, 2013: 31).

Анализа циљева и улоге Економско-социјалног савјета као трипартитног тијела намијењеног за вођење социјалног дијалога и партнерства показује да социјално партнерство има ограничен обим и домет утицаја и не може замијенити друге облике партнерства и друштвеног дијалога у процесу промјене друштвеног поретка (Мирјанић, 2012: 5).

Литература

Лубарда, Б. А., (2004). *Европско радно право*. Подгорица: ЦИД.

Цазес, С., Неспорова, Н., (2007). *Флексибилност – релевантан приступ за средњу и источну Европу*. Загреб: ТИМ прес

Мирјанић, Ж. (2013). *Социјални дијалог и криза*. Београд: Удружење за радно право и социјално осигурање

Мирјанић, Ж. (2013). Претпоставке за социјални дијалог. *Правна ријеч*. бр.35. Бања Лука

Мирјанић, Ж., Чошабић, Ј., (2012). Influence of European Trade Union Confederation to Development of Trade Unions in a Transition Country. *Journal of SEER*, 2012

Мирјанић, Ж. (2012). *Social partnership challengend by crisis*. Capitalism in transition. The 3rd International Scientific Conference. Belgrade

Мирјанић, Ж. (2009). Razvoj zakonskog uređivanja radnih odnosa u Bosni i Hercegovini i posebno u Republici Srpskoj. *Tendence v razvoju delovnega prava*. Maribor: Pravni fakultet

Мирјанић, Ж. (2013). Социјални дијалог – изазови у току кризе. *Радно и социјално право*. бр. 2. Београд

Кулић, Ж. (2007). *Индустријски односи*. Београд: Мегатренд универзитет

Željko Mirjanić, LL.D.

Full Professor of the Faculty of Law,
University of Banja Luka

The importance of Social dialogue in The Process of Consolidation of Domestic law with The European Union Law

Summary

The importance of a social dialogue in the process of consolidation of domestic law with the European Union law is hereby analyzed through the issues of level of development of institutional tripartite dialogue, development of social dialogue as a prerequisite that is ahead for the countries in the process of joining European integration and the mode of consolidation of domestic labour law with the EU law.

Social dialogue in the countries that have passed through or are still under the process of transition of legal order, is being developed according to relevant model of the EU countries, which have recognized the social dialogue as an efficient way of reaching compromise and preserving social peace. The key importance in our country is given to tripartite dialogue within the economic social council. The functioning of the economic social council of the Republika Srpska can be a model of social dialogue, and its role is to consolidate labour and social laws as well as other laws that are at stake for social partners, with the European Union law. At the same time, the subject matter of the dialogue in this council is wider than the issue of the law consolidation, and covers a number of other areas, corresponding to trends of development of social dialogue that is prevailing in the EU countries. On the contrary, the absence or flaws in institutional social dialogue regarding its functioning especially at the local level, and having in mind unfavorable circumstances regarding the employees' associations in private companies and forming of the council of employees, are a limiting factor to development of autonomous labour law, as a part of the process of consolidation.

In the process of joining the EU, the request for consolidation of labour legislature with the EU law has come out, which includes the necessity of further providing legal prerequisites for social dialogue. The greatest problem in that process, apart from enactment of new labour law, is defining relations between the governing institutions and social partners. In our country there is a trend of constantly widening the subject of social dialogue to matters outside of regulating rights and interests of employees and employers, as well as the widening of dialogue to non-governmental sector. In the last decade, social partners are

having more and more participation in the government and a growing influence to participation of the country in the process of joining European integrations, through the economic social council and other forms of institutional tripartite dialogue, which leads to the change of traditional relations between the institutions of government and representatives of employees and employers.

Key words: social dialogue, social partners, European integration.

Др Предраг Димитријевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.9:35.077.3

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

НЕКА ОТВОРЕНА ПИТАЊА ПРИМЕНЕ ЗУП-а**

Апстракт: *Реформа управног поступка и важећег Закона о општем управном поступку претпоставља утврђивање „отворених“ и „спорних“ питања примене ЗУП-а. Реформисање управног законодавства не значи само узимање у обзир ЕУ стандарда, него и сложене, богате и разнолике домаће управне и управно-судске праксе. Домаћа управна пракса указује на „отворена“ питања у примени важећег ЗУП-а, која треба да буду полазна основа за његову реформу. Треба поћи од важећег управног законодавства и управне праксе, па га онда реформисати. При томе, ЗУП већ доживљава перманенту реформу кроз посебне материјалне прописе, који регулишу посебне управне процедуре. Такву праксу треба наставити јер је то „живо“ поље где се ЗУП моделира у посебним управним материјалима, водећи рачуна о основним начелима ЗУП-а. Сам ЗУП треба минимално реформисати и то само на оним процесним местима која су проверена на домаћем и компаративном искуству, дакле на „сигурним“ тачкама, које унапређују поступак у духу основних начела и у што већој мери, насупрот другим алтернативним предлозима процесних решења. Функционална анализа нацрта ЗУП-а претпоставка је успеха реформе истог.*

Као „отворена“ питања могу се навести: питање шта је предмет ЗУП-а, доношење управних аката или и закључивање управних уговора. Проширивање предмета ЗУП-а обавезује законодавца да регулише конкретно и поступак закључивања управних уговора, као управни поступак. Ту се нуде два начелна пута, путем ЗУП-а или посебног закона, а у првом случају имамо више могућих решења (хрватски ЗУП или фантомски нацрт српског или увести сходну примену закона о

* peca@prafak.ni.ac.rs

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

јавним набавкама, итд.). Претходно и/или са тим повезано питање је за какав се концепт поступка опредељујемо, ужи – аустријски, или шири – немачки, где је свако поступање управе управни поступак. Друга питања, да ли се јавна овлашћења могу поверавати само законом или и уговором, и ко ће то контролисати; какав је однос управног и инспекцијског поступка (општи и посебни поступак или управни поступак „посебне врсте“); да ли се институти управног поступка могу сходно применити на инспекцијски поступак (нпр. „ћутање“ инспекције), рок важења привремених решења, оправданост ванредних правних лекова; да ли је реално скратити рок за доношење решења, одрживост позитивног концепта „ћутања“ управе, правне последице електронског поступка, итд.

Кључне речи: *реформа ЗУП-а, предмет управног поступка, „ћутање управе“, управни уговори, ванредна правна средства.*

1. Методолошка питања

Реформа управног поступка је општи захтев и један од услова за реформисање јавне управе. Ако се хоће реформисати управа, мора се то учинити не само кроз решавање организационих, кадровских питања или питања контроле, надзора и одговорности за (не)рад управе, већ се треба позабавити процесним питањима, односно начином на који управа ради и обавља бројне и разноврсне послове из своје надлежности.

Реформисати управни поступак је одговоран посао с обзиром на дугу традицију примене Закона о општем управном поступку (ЗУП) од 1931. године, када је извршена рецепција аустријског ЗУП-а из 1926. године. Краљевина Југославија је била друга земља у Европи која је преузела аустријски ЗУП, чиме смо и прихватили аустријски концепт управног поступка. Овај закон је преузела бивша социјалистичка Југославија (СФРЈ) као савезни закон, да би након њеног распада овај закон преузеле социјалистичке републике, сада самосталне државе као своје републичке ЗУП-ове. То показује квалитет овог законског текста, који је уз нужне термилошке корекције, због промене политичког система и државног уређења, остао да важи до данас у техничко-процедуралном смислу. Иако је по свом обиму постао скоро дупло већи у односу на изворни аустријски ЗУП, он је показао своју неспорну вредност. Отуда се и данас може чути став, нарочито оних који ЗУП примењују у органима државне управе и ван ње (управна пракса), као и од стране судија управних судова, који примењују Закон о управним споровима (ЗУС), да је важећи ЗУП одличан и да представља својеврсни манастир из кога не треба ништа износити, већ га треба проширивати и дограђивати (проф. др Славољуб Поповић).

Међутим, модерно време тражи нове процедуре које треба да појачају доследност у примени постојећих, али и нових основних начела ЗУП-а (нпр. начело легитимних очекивања, начело сразмерности), као идеја водиља за управну праксу. Међутим, реформа поступка тражи поступност јер је то начин на који ради једна огромна, бројна и компликована управна машинерија. Зато се треба уздржавати од радикалних и непроверених решења у ЗУП-у, чак иако су као идеје добра (нпр. позитивни концепт „ћутања“ управе), али у имплементацији стварају спорне ситуације па их зато треба имати као нормативна решења само у специјалним ситуацијама. Нова решења треба „тестирати“ у посебним управним процедурама где природа материје то највише изискује. Ако се то покаже као вредно да добије статус „општег правила“ у ЗУП-у, онда га треба накнадно поставити тамо.

Домаћа управна пракса указује на „отворена“ питања у примени важећег ЗУП-а, која треба да буду полазна основа за његову реформу. Сматрамо да ЗУП треба реформисати само на оним процесним местима, која су проверена на домаћем и компаративном искуству, дакле на основу „сигурне“ и проверене праксе и искуства. Једино се тако може унапредити поступак у духу основних начела. Функционална анализа нацрта ЗУП-а претпоставка је успеха његове реформе. При томе, ЗУП већ доживљава перманенту реформу кроз посебне материјалне прописе, који регулишу посебне управне процедуре. Такву праксу треба наставити јер је то „живо“ поље где се ЗУП моделира у посебним управним материјама, у складу са основним начелима ЗУП-а.

Указаћемо само на нека од многобројних „отворених“ питања која се појављују у управној и управно-судској пракси.

2. Проширивање предмета ЗУП-а

Прво питање је шта је предмет ЗУП-а, односно да ли се ЗУП-ом регулише поступак за доношење управних аката или се у управном поступку могу закључивати и управни уговори.

Овде се као предходно питање отвара и питање шта су то управни уговори и да ли они спадају у материју управног или грађанског права. Управни уговори су у многим европским државама (Француска, Немачка) део управног (јавног), пре свега, због јавног интереса који ангажују. Међутим, код нас се ови уговори сматрају грађанско-правним уговорима, јер уговор је најпре уговор и то одређује његову суштину (начин и тренутак закључивања). То што се као уговорна страна појављује управа (ресорно министарство – држава или орган локалне самоуправе) то је споредно за суштину (природу) односа. Међутим, изгледа да се заборавља да ни уговор

више није уговор какав је раније постојао и каквим га ми традиционално посматрамо. Данас углавном имамо посла са адхезионим уговорима, с тим да код управних уговора управа (јавна власт) бира уговорну страну, руковођена критеријумима законитости и целисходности.

Традиционално предмет ЗУП-а је само доношење решења и закључака у управном поступку.¹ То је класичан аустријски концепт који годинама важи на нашим просторима. Међутим, у новије време јавља се идеја о проширењу предмета ЗУП-а и на доношење не само решења и закључака као појединачних једностранних аката већ и на закључивање управних уговора, па и на вршење јавних услуга (служби). Тако се Закон о општем управном поступку у Хрватској примењује у поступању у свим управним стварима, али се он примењује „на одговарајући начин“ на склапање управних уговора и на свако друго поступање јавно-правних тела из подручја управног права, које има непосредан учинак на права, обавезе или правне интересе странака.² Најзад, ЗУП се примењује на одговарајући начин и у поступцима заштите права, односно правних интереса странака у предметима у којима правне особе које обављају јавне службе, пружајући јавне услуге, одлучују о њиховим правима, обавезама или правним интересима, ако законом није прописана судска или друга правна заштита. Сличне одредбе садржи и нацрт ЗУП-а у Србији, тако што прописује да „управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој орган, непосредно примењујући прописе, правно или фактички, утиче на положај странке тако што доноси управне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге. Управна ствар је и свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар“.³

Другим речима, тиме се и проширује појам управне ствари. То је немачки концепт који је утемељен на идеји правне државе. Претпоставка овог концепта је да се свако поступање управе сматра управним поступком. Управни поступак је сваки облик рада управе. Смисао ове концепције је да се све активности управе подведу под управни поступак, односно да се сваки поступак управе сматра управним поступком. Тиме се жели подвођење свих управних функција под прописану управну процедуру – управни поступак, чиме се обезбђује принцип законитости и заштита странака у поступку, односно свих који су у правном односу са управом.

Међутим, проширивање предмета ЗУП-а обавезује законодавца да регулише конкретно и поступак закључивања управних уговора, као управни

1 Члан 1. *Закон о општем управном поступку* («Сл. лист СРЈ», бр. 33/97, 31/01).

2 Члан 3. *Закон о општем управном поступку*, («Народне новине», бр. 47/09).

3 Члан 2. *Нацрт ЗУП-а Републике Србије* (од 23.08.2014).

поступак. Другим речима, ако се одлучимо да проширимо предмет ЗУП-а и на управне уговоре, онда је сасвим логично очекивати да се у том процесном законском тексту (ЗУП-у) нађу одредбе које регулишу поступак закључења ових јавно-правних уговора, или ће се та посебна управна процедура регулисати у посебном процесном закону као *lex spetialis* или ће се пак управни поступак применити („сходно“) и на закључивање управних уговора, односно исти поступак и за управне акте и уговоре управе.

За класичног управно-процесног правника то је, бар на први поглед, потпуно апсурдно. Међутим, ако се запитамо да ли је то могуће, онда почињемо лагано померати свој став. Дакле, може ли се управни поступак користити и за закључење уговора или можда посебно у предуговорној фази – предзакључења, када се испитују законски услови па можда и услови целисходности (да ли је испуњен јавни интерес) у конкретној ствари (нпр. у Хрватској).⁴ Ако се утврди да услова има, односно да ће закључење уговора бити законито и целисходно, а што смо утврдили у (предходном) управном поступку, онда се приступа закључењу уговора, односно његовом потписивању, што претпоставља сагласност воља управе и друге стране. Дакле, давно је прошло време када су се уговори закључивали на класичан начин слободне и сагласне изјаве воља. Овде тога нема и због једног другог разлога, а то је присуство јавног интереса у конкретној ствари.⁵

Који поступак треба користити за закључивање управног уговора? Претходно и/или са тим повезано питање је за какав се концепт постука опредељујемо, ужи – аустријски, или шири – немачки, где је свако поступање управе управни поступак.

У правно-техничком смислу ту се нуде два начелна процесна пута. Један је пут сам ЗУП, односно у њему регулисати посебну процедуру „уговарања“ или регулисање ове процедуре посебним законом (*lex spetialis*) као посебног управног поступка. У првом случају имамо више могућих решења (хрватски ЗУП или нацрт српског ЗУП-а). У другом случају ми већ имамо такав један закон – закон о јавним набавкама, па се може увести сходна примена овог закона (иако смо свесни свих његових нормативно-техничких недостатака, злоупотреба у практичној примени, посебно када се ради о директној погодби и сл.). Дакле, то што проширујемо предмет ЗУП-а и на управне уговоре, не значи да треба прописивати овим законом поступак.

4 Члан 150–154. *Закон о општем управном поступку*, Народне новине, бр. 47/09.

5 Јавноправно тело и странка склапају управни уговор о извршењу права и обавеза утврђених у решењу којим је решена управна ствар, ако је законом прописано склапање таквог уговора. Управни уговор не смије бити противан изреци решења, принудним прописима, јавном интересу, нити смије бити склопљен на штету трећих особа. Члан 150. *Закон општем управном поступку*, Народне новине, бр. 47/09.

Ми га већ имамо прописаног у Закону о јавним набавкама, који је посебан управни поступак. Он се свакако треба доградити и примењивати и на јавно-правне уговоре.

Међутим, оно што је суштински помак јесте промена управно-правне свести, која нам показује да се у управном поступку може потпуно под правном контролом извршити закључење уговора. У Хрватској је прихваћено компромисно решење. Најпре се води управни поступак унутар органа у коме се цени да ли су испуњени услови законитости, па и целисходности за закључење јавно-правног уговора. Овај се поступак окончава решењем, које уколико је позитивно представља „зелено светло“ за склапање управног уговора.⁶

Најзад, аргумент да управном уговору нема места у ЗУП-у јер је уговор увек уговор, безобзира што је држава или локална самоуправа (управа) једна уговорна страна, нема више ту тежину, јер ни уговор више није уговор каквим смо га познавали. Данас више нема слободе уговарања у смислу споразумевања и равноправности воља. Уговара се тако што се прихватају унапред прописани услови уговора или не. Разлика је само овде јер код јавно-правних уговора, јавно тело (управа) бира уговорну страну, оцењујући ко испуњава услове које поставља јавна власт. То прилично модификује „уговорну“ атмосферу и води нас ка управном односу и управном поступку. Дакле, долазимо на почетак приче да се уговарање са управом може уредити процедуром која је поступак управе, односно управни поступак (немачки концепт ЗУП-а).

Подвођење уговарања јавне власти под управни поступак ствара другачији амбијент контролних субјеката (управна инспекција, жалба, управни суд и др.).

3. Поверавање јавних овлашћења

Једно од отворених питања, које се наслања на предходно и тиче се уговора, јесте да ли се јавна овлашћења могу поверавати само законом или и одлукама органа локалних самоуправа, односно одлукама скупштина локалне самоуправе (као у неким предходним ЗУП-овима) или и уговором (нпр. ЗУП Брчко дистрикта).⁷ Друго питање је ко ће контролисати уговорно преношење јавних овлашћења или ће то бити „политичка ствар“, односно политичка одлука државне или локалне власти. Наиме, закон као правни

⁶ Члан 150. *Закон о општем управном поступку*, Народне новине, бр. 47/09.

⁷ Члан 1. *Закон о управном поступку Брчко дистрикта БиХ*, (Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 48/11)

основ за поверавање јавних овлашћења, па и одлука локалне скупштине, с обзиром на начин доношења, претпоставља правну процедуру која гарантује законитост, па и целисходност правног основа. Међутим, уговор ствара простора за приватне аранжмане јавних власти који измичу правној контроли и погодан су инструмент за корупцију.

Уношење уговора као правног основа за поверавање јавних овлашћења значи уношење приватно-правних елемената у управно право и отвара питање природе ових уговора. Да ли су то управни уговори и ко контролише њихову законитост и целисходност и по којем се поступку они закључују.

Сматрамо, да се овде такође ради о једном посебном уговору јавног права, који има сва обележја управног уговора, и који треба начелно да буде покривен ЗУП-ом и свим његовим основним начелима. То је и смисао проширивања предмета ЗУП-а.

4. Управни и инспекцијски поступак

Следеће отворено и спорно питање јесте какав је однос управног и инспекцијског поступка. Наиме, да ли је однос ова два поступка однос општег и посебног, тако да је ЗУП општи управни поступак, а инспекцијски поступак је посебни поступак (*lex specialis*)⁸, или је инспекцијски поступак „посебно прописани поступак“ (Лилић, 2008: 366), нешто као поступак „посебне врсте“ (*sui generis*), на кога се институти управног поступка могу сходно применити. На ту „сходну“ примену често и експлицитно указују чланови закона о инспекцијама (Блажић, 1995: 809–822). Око овог питања постоје теоријска размимоилажења која се у пракси још више осећају тако да изазивају праву конфузију.

Инспекцијски поступак је посебан поступак вршења инспекцијског надзора. Инспекцијски преглед представља низ различитих активности које су усмерене на контролу законитости пословања и поступања појединаца и

8 То отвара и дилему да ли на инспекцијски поступак (нпр. „ћутање“ инспекције), применити ЗУП или се тога треба уздржати? Да ли постоји „ћутање“ инспекције. Не може се применити концепт ћутања инспектора иако инспектор има рок за спровођење прегледа и доношење решења. Међутим, негативни концепт „ћутања“ из ЗУП-а нема смисла јер нема покретања инспекцијског поступка по захтеву странке, већ се исти покреће само *ex officio*! Због тога, пропуштањем рока за рад инспектора странка не стиче право јер га није ни тражила, јер то није сврха инспекцијског поступка и сл. Тако се јасно и види различита природа инспекцијског и управног поступка. Нема „ћутања“ инспекције у правно-техничком смислу како је то прописано у ЗУП-у, ни негативног ни позитивног „ћутања“ али зато постоји нечињење, нерад или пропуштање (омисија) обавезе инспектора да „чини“, а што има за последицу дисциплинску одговорност истог. Детаљније види (Димитријевић, 2005: 35)

правних лица. Поступак вршења инспекцијског надзора спроводи се према одредбама Закона о општем управном поступку (ЗУП), осим ако посебним инспекцијским законом поједина питања нису другачије уређена. Такође, у поступку обављања послова посебног инспекцијског надзора, управна инспекција примењује закон којим се уређује општи управни поступак, ако овим или посебним законом није друкчије одређено.⁹

Одредбе ЗУП-а имају карактер општег закона (*lex generalis*). Поступање инспекција као органа државне управе у инспекцијском надзору има својство вршења управе у посебним „надзорним“ ситуацијама. Међутим, инспекцијски надзор као посебна врста поступања управе разликује се од општег управног поступања првенствено по методама вршења, овлашћењима инспектора, потпуној доминацији начела официјелности и специјализованости кадрова за обављање инспекцијских послова. Природа и карактер инспекцијског поступка даје му обележја поступка посебне врсте на кога се „сходно“ примјењују одредбе ЗУП-а.

Циљ инспекцијског надзора је како контрола примене закона и других прописа од стране грађана и правних лица, тако и контрола примене закона и других прописа од стране органа управе (нпр. управне инспекције). Инспекцијским надзором надлежни органи државне управе (инспекције, инспекторат, службе)¹⁰ испитују специфичним инспекцијским методама, а на основу посебних инспекцијских овлашћења, спровођење закона и других прописа, непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, и зависно од резултата надзора изричу мере на које су овлашћени.

Насупрот томе, управни поступак представља процес решавања о правима и обавезама и правним интересима појединаца и правних лица, коришћењем прерогатива државне власти (јавна овлашћења), а које се испољава у доношењу посебне врсте појединачних аката – управних аката (решења и закључака), којима се индивидуализује опште нормативно правило путем решавања о конкретном праву, обавези или правном интересу.

9 Члан 4. став 4. Закона о управној инспекцији, („Сл. гласник Републике Србије“ број 87/11).

10 Инспекцијски надзор предузимају министарства или органи у њиховом саставу, односно подручни органи или организационе јединице министарстава, односно инспектората, уз могућност његовог поверавања органима територијалних заједница. Вршиоци инспекцијског надзора се уобичајено називају инспекцијске службе, надлежне, квалификоване и компетентне за те послове.

Инспекцијски поступак је посебан поступак који се од општег управног поступка разликује по методама вршења, по овлашћењима инспектора, по природи инспекцијских решења и др. Спецификум инспекцијског поступка, види се пре свега, у методама његовог обављања јер се инспекцијски поступак спроводи инспекцијским прегледом.

Међутим, проблем настаје у инспекцијској пракси, да ли применити један (ЗоИ) или други закон (ЗУП), односно до када важи један, а од када се може применити други. У практичној примени ова два процесна закона могу настати две могуће ситуације. Једна је када у Закону о инспекцијама немамо никаквих одредаба за неки конкретан случај у питању, што представља својеврсну процесну правну празнину. Истовремено, Закон о инспекцијама упућује у прелазним одредбама на ЗУП у примени Закона о инспекцијама. Тако су нам „отворена“ врата за примену ЗУП-а и ствар је много чистија. Наиме, нема норме у ЗоИ и можемо без проблема применити сходну одредбу ЗУП-а.

Други случај је када Закон о инспекцијама има јасну норму за случај у питању уз истовремено позивање путем прелазних и завршних одредаба истог закона на примену ЗУП-а у инспекцијском поступку. У том случају проблем настаје у односу на то који закон применити, јер су норме у питању различите, тако што једна има уже, а друга шире значење (нпр. појам „странке“ у инспекцијском и управном поступку), или су норме чак супротне (нпр. жалба нема суспензивно дејство у ЗоИ, а има га, по правилу, у ЗУП-а).

Због тога се поставља питање шта значи „сходна“ примена, односно када престаје један, а када почиње други закон, и да ли уопште применити други закон супсидијарно (ЗУП) када имамо норму у закону који примарно примењујемо (ЗоИ) у датом конкретном случају. Зар не важи принцип *lex specialis derogat generali*?! Ствар се додатно компликује уколико имамо неуједачену инспекцијску и управну праксу, односно када један орган, по правилу нижи, примењује рестриктивно Закон о инспекцијама, а други орган, виши – министарство или надлежни суд у управном спору, примењује шире тумачење позивајући се управо на ЗУП. Такав је случај у вези са појмом „странке“ у ова два процесна закона, односно код питања ко има активну легитимацију за изјављивање жалбе против решења инспектора. Ко је странка и да ли и неко ко није странка према закону о инспекцијском поступку може изјављивати жалбу на решење инспектора, као што је то нпр. заинтересовано лице.¹¹

11 Појам странке у ЗоИ је „ужи“ и ограничен је само на субјект надзора. Појам странке према ЗУП-у је „шири“ и обухвата сва лица по чијем се захтеву покреће и води посту-

У случају решавања ко има активну легитимацију за изјављивање жалбе против решења инспектора, користи се појам странке из ЗУП-а јер у законима о инспекцијама по правилу се не одређује ко може изјавити жалбу. Због недостатка изричите норме у закону (ЗоИ) преузима се појам странке из ЗУП-а, где се странком сматра свако лице по чијем захтеву је покренут поступак, или против кога се поступак води, али и свако лице које има интереса за решавање конкретне ствари (заинтересовано лице). То значи да жалбу у инспекцијском поступку може изјавити и заинтересовано лице иако оно није странка према закону о инспекцијама. Према Закону о инспекцијама само се субјект надзора има сматрати странком, тј. странком у ужем смислу.

Сходном применом ЗУП-а на инспекцијски поступак, ми омогућавамо да иницијатор надзора може тражити и Записник о извршеном инспекцијском прегледу, иако му инспектор није дужан дати исти према ЗоИ. Иницијатор се може позвати на Закон о слободном приступу информација од јавног значаја, али то може захтевати и позивајући се на ЗУП, и то на одредбе о праву на увид у списе предмета, и у том случају треба доказати свој правни интерес, односно положај заинтересованог лица. Иницијатору се омогућава жалба у својству заинтересованог лица не смо када постоји решење инспектора којим се налажу мере, већ и онда када решења нема, јер је инспектор окончао поступак инспекцијског надзора записником којим се констатује да нису утврђене неправилности код субјекта надзора. Иако је таква пракса инспектора, поступак се не може окончати записником, који је јавна исправа којом се констатује само хронологија радњи инспектора и утврђује стање ствари. И у таквим случајевима треба донети закључак или декларативно решење, сходно примени ЗУП-а, којим се констатује да нису утврђене неправилности на основу записника и да се поступак окончава. Три су аргумента за ово. Иако се ЗоИ предвиђа обавеза доношења решења ако су утврђене неправилности и ако се утврђују мере, закон не забрањује доношење решења, а поготову закључака у овим ситуацијама непостојања повреда. Друго, пошто немамо изричиту норму о томе у ЗоИ, активира се сходна примена ЗУП-а, и најзад, таквим актима (закључком или решењем) омогућава се евентуална даља правна заштита (жалба или тужба) иницијатору или каквом другом заинтересованом лицу и поступку инспекцијског надзора.¹² Уз то да додамо да заинтересовано лице у својству

пак, против којих се поступак води, као и сва лица која имају интерес да учествују у поступку – заинтересовано лице. Ово се лице јавља у инспекцијском поступку као иницијатор надзора.

12 Насупрот томе имамо накарадну праксу да се заинтересованим лицима од стране министарстава допушта жалба чак и онда када имамо само записник о неутврђеним неправилностима. Дакле, формално заинтересовано лице изјављује жалбу на записник

жалиоца није добило (није му достављен) ни записник, ни закључак, нити решење, јер то се по закону и не чини.¹³ Због недостављања ових аката, не може утврдити благовременост жалбе, без озбиљних правних акробација у формули правне фикције, коју је тешко „смислити“.

5. Уместо закључка

Реформисање управног законодавства не значи само узимање у обзир ЕУ стандарда него узимање у обзир и сложене, богате и разнолике домаће управне и управно-судске праксе. Реформа управног поступка и важећег Закона о општем управном поступку претпоставља пре свега утврђивање „отворених“ и „спорних“ питања примене ЗУП-а. Индентификовање отворених питања је претпоставка за суштинску, потребну и клавитетну промену ЗУП-а. Таква реформа у методолошком смислу треба да реши проблеме управне и судске праксе и да је унапреди, а не да нам створи нове проблеме. Наравно, да то не значи да треба игнорисати „добру праксу“ других управних система.

Литература

Блажић, Ђ. (1995), *Прилог теорији о инспекцијском надзору*, Београд, Правни живот, бр. 9, стр. 809–822.

Димитријевић, П. (2005), *Одговорност управе за нечињење са посебним освртом на „ћутање“ управе*, Правни факултет Источно Сарајево.

Лилић, С. (2008), *Управно право-Управно процесно право*, Правни факултет – Службени гласник, Београд.

Закон о општем управном поступку («Сл. лист СРЈ», бр. 33/97, 31/01).

Закон о општем управном поступку, («Народне новине, бр. 47/09).

Закон о управном поступку Брчко дистрикта БиХ, (Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 48/11).

Закон о управној инспекцији, („Сл. гласник Републике Србије“ број 87/11).

Нацрт ЗУП-а Републике Србије (од 23.08.2014).

иако није странка у поступку, али се користи „широк“ појам странке из ЗУП-а и тако решава другостепена заштита.

13 Сем уколико заинтересовано лице то тражи и у свом захтеву назначи да то тражи позивајући се на одредбе ЗУП-а о праву на увид у списе предмета.

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law,
University of Niš

Disputable Issues in the Application of the Administrative Procedure Act

Summary

The reform of administrative procedure and the applicable General Administrative Procedure Act (GAPA) calls for determining the “open” and “disputable” issues in the application of this Act. The process of reforming the administrative legislation does not only imply taking into account the EU standards but also considering the complex, abundant and diverse national administrative practice and case law. The Serbian administrative practice points to some “open” questions in the application of the current GAPA which should be the cornerstones in the reform of administrative legislation. In that course, it is crucial to start from the current administrative legislation and administrative practice. It is worth noting that the GAPA is already subject to permanent reform through the process of amending the subject-specific substantive provisions governing special administrative proceedings. Such practice should be upheld because the area of special administrative procedure is a dynamic environment where the APA is actually being modeled by amending the special administrative proceedings but in full compliance with the fundamental GAPA principles. Thus, the GAPA should be subject to minimal reform, primarily in the regulation of those procedural matters which have already passed the application test in both national and comparative practice; these “safe points of reference” significantly improve the process in line with the basic administrative principles and largely contribute to its efficiency, as opposed to other alternative proposals on procedural solutions. The basic presumption for a successful APA reform is the functional analysis of the Draft GAPA.

Some of the disputable issues include the subject matter of the GAPA, the enactment of administrative acts and concluding administrative agreements. In case of expanding the scope of the GAPA subject matter, the legislator is obliged to expressly regulate the administrative proceeding for concluding administrative agreements under the GAPA rules. This can be achieved either by amending the APA or by enacting a subject-specific act. The former option includes a number of possible solutions that we may consider (the Croatian APA, the ghastly Serbian draft GAPA, or the relevant application of the Public Procurement Act, etc.). Another previous and/or related question is what kind

of concept of administrative procedure we shall opt for: the narrow (Austrian) or the broader (German) concept, where any action of the public administration is regarded as an administrative proceeding. There is a number of other disputable issues open for further discussion: shall the public authority be delegated only by means of a legislative act or agreement, and who is to scrutinize these processes; what is the inter-relation between the administrative procedure and the inspection procedure (in terms of general and subject-specific administrative procedures, or special administrative proceedings); can the administrative procedure institutes be accordingly applied in the inspection procedure (e.g., "silence" of the inspection); what is the statutory time limit for the validity of interim administrative decisions; are the extraordinary legal remedies justifiable; is it practicable to shorten the time limit for issuing a decision; is the favorable concept of administrative silence sustainable; what are the legal effects of the E-governance procedure, etc.

Key words: GAPA reform, subject matter of administrative procedure, administrative silence, administrative agreements, extraordinary legal remedies.

Др Ирена Пејић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.4:342.56](497.11)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА СУДСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ: УПОРЕДНО И ИСКУСТВО СРБИЈЕ**

Апстракт: Циљ овог рада је да се укаже на гаранције судске независности које треба уставом уредити и које у систему владавине права стварају *de iure* оквир судске независности. Ауторка је свесна да уставне гаранције нису саме по себи довољне и да њихова примарна својства могу изазвати различита дејства у зависности од политичког окружења и културолошког обрасца у коме се оне остварују. Судски систем функционише у условима поделе власти, која подржава независност судства као гаранцију правне државе. Отуда се мора паралелно излагати о институционалним и персоналним гаранцијама судске независности, али и о одговорности, најпре политичких власти за стварање друштвеног амбијента у коме ће судство независно деловати, као и о одговорности судске власти за самостално обављање функције. Намера је да се у раду компаративно истраже гаранције независног судства и минимум правила која чине кохезионо језгро око кога се окупљају не само чланице Европске уније, већ све земље у систему континенталног права, у настојањима да обезбеде независност судства као примарни услов правне државе.

Кључне речи: судство, независност судства, уставне гаранције.

1. Увод

Упркос томе што у првим правнополитичким расправама није виђено као посебна грана власти, судство је са развојем правне државе обезбедило позицију „трећег“, политички неутралног чиниоца у функционалној расподели власти. То је захтевало константну уставну пажњу ради

* irena@prafak.ni.ac.rs

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

његове заштите од нараслих утицаја других грана власти, те су гаранције независности судства развијане на неколико нивоа. Први је ниво унутрашње заштите, који треба да осигура непристрасност судије да одлучује у одређеној правној ствари у складу са старом максимумом *sine spe ac metu* („без страха и очекивања”). Дакле, најпре је требало искључити арбитрерност и самовољу у субјективном смислу, односно обезбедити да судија поступа без предрасуда и пристрасности у пресуђивању. Други је ниво спољашње заштите, који искључује сваки облик политичког или другог утицаја и притиска од стране других грана власти на остваривање судске функције (Lič, 2007: 267; Smith, 2003: 255).

Европски суд за људска права користи у својим одлукама одвојено појмове „непристрастан суд“ и „независан трибунал“.¹ Непристрасност суда може се утврдити на основу два критеријума: „према субјективном тесту“, који је заснован на личном уверењу судије, и „према објективном тесту“, који је заснован на уверењу да је судија пружио гаранције којима искључује „леgitимну сумњу“ у конкретном случају.² Како идеја непристрасности може бити доведена у питање под утицајем спољних фактора, то се гаранције независности морају применити како у односу на органе политичке власти, тако и у односу на стране у спору.³ Сваки од ових аспеката независности почива на институционалним и персоналним гаранцијама којима се штити статус судија и вршење судијске функције, међу којима правила о избору судија представљају не само правну, већ и моралну премису на којој почива правна држава.⁴

1 Европски суд за људска права је, штитећи чл. 6. Европске конвенције, у бројним одлукама дао своје виђење независног и непристрасног суда, при чему су главни критеријуми за одређивање степена независности следећи: избор судија, дужина трајања њиховог мандата, уставне гаранције од спољних притисака, као и да ли суд може да делује као независан како у односу на извршну власт, тако и у односу на странке у поступку. Видети: Случај Ringeisen v. Austria, пресуда од 16. јула 1971, серија А бр. 13.

2 Случај Saraiva de Carvalho v. Portugalia, пресуда од 22. априла 1994, серија А бр. 286-В, с. 38.

3 Случај Campbell IFell v. Ujedinjeno Kraljevstvo, пресуда 28. јун 1984, серија А бр. 80, с. 39.

4 Поред Европске конвенције за заштиту људских права, најзначајнији документ у погледу афирмације независног и непристрасног судства представљају Препоруке 94 (12) о независности, делотворности и улози судија, које је усвојио Савет министара октобра, 1994. године. (Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, Adopted by the Council of Europe, Committee of Ministers on 13 October 1994, at the 518th meeting of the Ministers' Deputies, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdB lobGet&InstranetImage=534553&SecMode=1&DocId=514386&Usage=2>)

2. Независност судства

Стварање коректног правног оквира за функционисање судске гране власти извире из основних, уставом утемељених гаранција судске независности. Као примарни услов правне државе, уставне гаранције изражавају начелан став уставотворца о основним вредностима правног поретка. Међутим, независност судства често је сведена на гаранције независности које су израз пуког копирања упоредних и/или међународних извора, без јасне представе о њиховим рефлексијама у националном правном поретку. Овај тренд „угледања“, односно копирања уставних модела, постао је готово универзалан у савременим конституционалним токовима. Према речима академика М. Јовичића (Јовичић, 1977: 300) ова ситуација била је позната и раније, приликом доношења првих устава некадашњих колонија, које су се угледале на уставне акте метрополе.⁵ „Угледање“ на туђа уставна решења изазвало је двоструке последице: једне са негативним, а друге са позитивним учинком. Са једне стране, просто преузимање решења у одсуству правне оригиналности и неприлагођености политичком и друштвеном окружењу изазива последице супротне онима које уставни институт треба да произведе. На овај начин, међутим, достигнућа демократске уставности проширују се на нове демократије, у којима постоји тежња да се перманентном уставном интерпретацијом пројектује нови вредносни поредак. Данас је тешко говорити о постојању универзалних и успешних формула о начину избора судија, о формирању правосудног савета и о другим сегментима организације и функционисања судске власти. Зато би било сврсисходније формирати „минимална“ правила на универзалном плану, која би чинила срж владавине права и обезбедила независност судства *in abstracto*. Разрада ових правила у националном законодавству могла би да доведе до стварања гаранција *in concreto* које би одражавале слику одређеног система, уважавајући његове посебности у историјском и у културолошком смислу.

Конституционализација судске независности не треба да буде схваћена као „дрвени тепих“ који обезбеђује искључиво „церемонију“ формирања уставних органа. Управо обрнуто, циљ је створити и развити (само)свест код судија о њиховој независности и самосталности у одлучивању. Пут кроз који пролази Србија последњих година није непознат земљама Источне Европе. Оне су у настојању да спроведу реформу судства често наилазиле на сличну институционалну мимикрију у покушају да се прикрије оно што се заиста дешава у функционисању судске власти. С обзиром на то да је већина источноевропских земаља прошла неки

⁵ На примеру постколонијалних устава друге половине двадесетог века може се говорити о процесу „глобализације конституционализма“ (Go, 2003: 72).

облик „револуције“, чешки аутор М. Бобек (Bobek, 2008: 100) објашњава однос независности и одговорности судства на следећи начин: у кратком периоду после револуције настаје ситуација „минималне независности и максималне одговорности“, а потом се прелази у стање „максималне независности и минималне одговорности“. Међутим, важно је пронаћи добру меру у пропорцији између ова два сегмента, као што је то закључио италијански компаративиста М. Капелети: „Судови врше власт. Са влашћу долази и одговорност. У рационално организованом друштву морала би постојати пропорција између њих“ (Capelletti, 1985: 556).

Као легитимни циљ у стварању вредносног поретка, независност судства може бити остварена само кроз сагласје свих елемената: коректан нормативни оквир (уставне гаранције); друштвени амбијент у коме се независност судства развија и штити; развијена (само)свест судије о самосталности у одлучивању и разрађен механизам одговорности како политичких, тако и судске власти за остваривање уставних функција. Независно судство не може бити схваћено као ултимативна вредност правне државе, тј. вредност сама по себи, она треба да има инструментални карактер. Стога, уставне гаранције независности не треба тражити само у правном обликовању треће гране власти, већ оне морају бити садржане у свим уставним правилима којима се обезбеђује како функционисање власти, тако и заштита људских права са материјалним и процесним гаранцијама.

У литератури постоје различити покушаји дефинисања судске независности: независност у одлучивању, административна независност и лична или индивидуална независност (Bobek, 2008: 101); персонална наспрам структуралне независности (Russel, 2001: 6), колективна наспрам личне, независност у одлучивању, унутрашња независност и друге (Shetreet, 2001: 234). Најчешће се независност изражава кроз следећа два појавна облика: 1) институционална, која обухвата супстанцијалну и персоналну независност; 2) бихевиорална или независност судија у понашању и поступању (Russel, 2001: 7). За разлику од *de iure* гаранција, које обезбеђују област институционалне независности, бихевиорална независност је *de facto* независност, која се може достићи и мимо формалног оквира, а може бити мерена различитим параметрима (друштвени систем, историјско наслеђе, културолошки образац и др.). Иста подела се понекад означава као „негативна независност судства“ када је реч о формалним гаранцијама, док је „позитивна независност“ она која се огледа у реалном понашању судија, носилаца ове функције.

3. Избор судија и гаранције независности

Начин избора судија представља окосницу институционалних гаранција судске независности.⁶ Мада се поступак избора разликује по својим битним елементима у националним правним системима, ипак су те различитости најочљивије између два доминантна правна система: англосаксонски (*common law*) и европски континентални систем (*civil law*). Њихово заједничко обележје је настанак уставности на темељу владавине права у осамнаестом веку и његов развој сагласно токовима уставне демократије двадесетог века. Овакав пут захтевао је прилагођавање гаранција судске независности, што је подразумевало већи утицај грађана на вршење јавних послова у уставној држави. То се у континенталном праву (*civil law*) није директно одразило на начин избора судија, као што је то случај са англосаксонским системом (*common law*) у коме је непосредан избор судија прихваћен као модел. Међутим, основни постулати уставне демократије утицали су на снажење принципа јавности приликом селекције и именовања судија, али и касније, у поступку пресуђивања.

Од настанка поделе власти императив независног судства био је да се избор судија учини што је могуће више „политички неутралним“. Овај захтев је било тешко остварити у потпуности, јер су поступак избора и престанак судијске функције били претежно у надлежности парламента. Тиме је законодавној власти било омогућено да врши утицај, мада се не може рећи да су на овај начин биле потпуно ускраћене институционалне гаранције независног судства.⁷ Потребу да се судије учине независним у сваком погледу, не само од утицаја политичких власти, већ и од сваког облика притиска или корупције, одлично је описао Бенжамин Констан (Констан, 2000: 149) у условима политичке нестабилности Француске на почетку 19. века: „Храброст којом се, у бици, пркоси смрти, лакша је од јавног проповедања независног мишљења усред претњи тирана и

6 У пракси, међутим, постоје случајеви у којима персоналну независност судија треба одвојити од институционалне независности судства, јер има примера да се ова два нивоа не морају увек и безусловно поклапати. Тачније, постоје примери „независног“ судије у „зависном“ систему, и обрнуто.

7 Има примера да се „политизација“ судства може развити кроз различите форме, које нису директно везане за избор судија или уставне гаранције њихове независности. У Италији, на пример, од седамдесетих година прошлог века постоји пораст броја судија који се кандидују на националним или европским парламентарним изборима. Мада је правно ова ситуација потпуно решива, може се само претпоставити на који начин судије врше своју функцију, улажући у своју будућу политичку каријеру, што је својеврстан облик прикривене политизације која ескалира и у другим системима (Gallagher, Laver, Mair, 2001: 31; Federico, 2004: 15).

страначких смутљиваца.⁸ У земљама које су очувале уставни континуитет у примени владавине права, првенствено на темељу принципа уставности и законитости, законодавна и извршна власт нису успеле да судство задрже на “политичкој узици”. Томе је допринела и гаранција сталности судијске функције, што је обезбедило да судије у обављању своје функције поступају у складу са правилима професије, која представља најснажнију брану од уплива политике.⁹

Настала на темељу потребе одвајања судства *vis-à-vis* извршне власти у деветнаестом веку (прецизније, да судови не одлучују у страху од владиних налога), независност судства се током двадесетог века морала развијати и у другим правцима, као на пример, у правцу јачања заштите од утицаја виших судова. У европском континенталном моделу овај облик утицаја нарочито је дошао до изражаја, јер је судство организовано по моделу државне службе где су разне форме уплива унутар апарата скривене, али увек присутне. Због тога је избор судија од посебног значаја како за персоналне, тако и за институционалне гаранције независности. Оно представља основу на којој ниче и развија се самопоуздање и морална представа судије о сопственој вредности у правној држави. Стога је најтеже говорити о моралном аспекту независности у државама које још нису развиле институционалне механизме и које овом питању приступају строго позитивистички: „докле год нема повреде позитивног права, дотле се може сматрати да је понашање судије морално“ (Vobek, 2008: 109). Разлог томе треба тражити у извору и начину стицања судијске функције, које почива претежно на (технички проверљивом) правничком знању, а у складу са Монтескјеовом представом о судству: „Они нису ништа више него уста која изричу речи закона, пасивна бића која не могу да промене ни његову снагу ни његову строгост“ (Montesquieu, 1914: 14). Међутим, идеја о „беживотном телу“ судства и о судијама, као „устима“ кроз која проговара закон променила се и еволуирала на исти начин на који се развијала уставна држава и организација власти у њој. Упркос бројним расправама, данас се не може спорити „дух“ активизма и потреба да се закону удахне живот кроз сваку појединачну пресуду. При томе, ово је све

8 Б. Констан је надаље описао судску независност овим речима: “Судија који се може сменили или опозвати опаснији је од судије који је купио своју функцију. Купити своје намештење је мање корумпирајућа ствар него се стално прибојавати да се ова не изгуби” (Констан, 2000: 149).

9 Сталност судијске функције темељи се на традицији енглеског правног система, где је Act of Settlement из 1711. године по први пут заштитио ову функцију од уплива монарха и омогућио судијама несметано обављање и независно од воље краља (*durante bene placito nostro*), док је функција зависила само од доброг понашања судије (*quam diu bene gesserint*) (Dika, 1992: 518).

мање искључиво обележје *common law* система, а све више представља семе на којем ниче нова судска пракса у континенталном праву, првенствено под утицајем Европског суда за људска права.

У највећем броју земаља континенталног права судије започињу своју професионалну каријеру након универзитета, са положеним стручним испитом, а на основу кратког професионалног искуства. Напредовање у судијској каријери најчешће је последица „стажа и заслуга“, а за усавршавање и специјализацију не захтевају се посебни услови, осим онога што се претпоставља као професионално искуство у обављању судијске функције. Појава специјализованих школа, тзв. правосудних академија, најпре у Француској, а потом и у другим европским земљама, представљала је додатни импулс у професионализацији и специјализацији судског кадра.

Избор судија у континенталном праву почива на приоритету познавања права или техничком знању, док се у англосаксонском систему на првом месту налази искуство судије и оцена његовог приступа у примени права.¹⁰ Мада се у континенталном правном систему обесхрабрује кретање из других професија у судство, има примера да се искусним правницима допушта улазак у судијску професију, тј. да у некој каснијој фази свог професионалног стажа правници могу да конкуришу за избор судије. У Француској, на пример, постоји могућност да за Националну школу магистрата конкуришу како дипломирани студенти права до одређених година живота, тако и јавни службеници са најмање четири године искуства и практичари из других правних професија са најмање осам година искуства. Са друге стране, Немачка је задржала традиционални модел по коме судство „само себе производи“, што значи да се судије регрутују из редова дипломираних правника, са изузетком специјализованих судова у којима могу бити ангажовани професори.

Поступак избора судија у континенталном праву спроводи се на три начина: системи у којима законодавна или извршна власт врше избор судија (експлицитни утицај политичке власти), системи у којима независно правосудно тело, састављено претежно од судија, врши селекцију кандидата и избор судија (онепогућен утицај политичке власти) и трећи, тзв. комбиновани систем, где независна тела врше селекцију кандидата, а поступак именовања спроводи законодавна или извршна власт. Трећи модел се примењује све ређе, али је још увек задржан у Немачкој, где министар правосуђа именује судије на предлог независног правосудног

¹⁰ Зато се унутрашња организација судства у европским земљама може дефинисати као „хијерархијско чиновништво“, док у *common law* систему оно функционише као „координирано чиновништво“ (Bobek, 2008: 113).

савета, који има својство консултативног тела. У немачкој јуриспруденцији сматра се да је савет одиграо значајну улогу у одбрани судства од политичког утицаја, јер је обезбедио стручно и колективно одлучивање приликом селекције кандидата. Надлежни министар само потврђује предлоге савета и своје уставно овлашћење користи ретко, те изузетно зауставља неке од предлога овог независног тела (тзв. неформални вето).

У циљу јачања институционалних гаранција независног судства данас су у великом броју европских земаља образована посебна правосудна тела која имају улогу посредника између политичких власти и судства.¹¹ Први правосудни савети формиран су у Француској и Италији педесетих година, а потом су Шпанија и Португалија формирале исте савете након раскида са ауторитарним системом као значајну правну гаранцију којом је требало учврстити владавину права. Крајем прошлог и почетком овог века независни правосудни савети установљени су у највећем броју земаља Источне Европе и у земљама Северне Европе, као што су Ирска (1998), Данска (1999) и Холандија (2003), (Voermans, 2003: 2134). Установљавање правосудног савета представљало је лакмус папир за институционалну реформу судства, јер се сматрало да он обезбеђује основна својства поделе власти: баланс, који треба постићи између законодавне и извршне власти, не мешајући их у домен судске, као независне гране, као и одговорност у функционалној расподели, којој подлежу све три гране власти, укључујући и судску власт. Међутим, иако састав и овлашћења правосудног савета представљају јаку гаранцију независности судства, још увек није пронађена уставна формула о одговорности овог тела, што би омогућило да се јасније сагледа његова позиција у уставној подели власти.

4. Уставне гаранције независног судства у Србији

Основна питања на која би требало тражити и пронаћи одговор у недовршеној правној држави су следећа: како осигурати судску власт од директних и индиректних притисака извршне власти и како ограничити законодавну власт у покушају да потчини правосуђе арбитрерности оних који одлучују о њиховом избору и статусу?¹² Ова питања се перманентно постављају не само у „новим“ уставним демократијама, већ и у оним

11 Историјски посматрано, корени овог тела могу се наћи у француском законодавству од 1883. године, које је предвиђало посебну надлежност савета у погледу „дисциплиновања“ судија (Dika, 1992: 529).

12 Историјски корени судске независности у Србији сежу у деветнаести век, а прави квалитативни помак у гаранцијама представљао је Закон о судијама из 1881. године (Стојичић, 1977: 293–316).

у којима постоји дугогодишњи правни континуитет у остваривању постулата владавине права.¹³

Устав Републике Србије у оквиру уређења власти један одељак посвећује судовима, мада се тиме не завршава уређење ове гране власти јер се посебна пажња посвећује Високом савету судства. Према броју уставних одредаба и ширини правног простора, који је посвећен судовима и Високом савету судства, рекло би се да је доносиоце Устава посебно занимала одбрана независности судства у „младој“ правној држави. Међутим, нормативна недоследност и системска противуречност одредаба Устава изазвала је бројне расправе и критике стручне јавности. Проблем институционалних гаранција независног судства добио је на значају тек касније, током процеса реформе судства и „општег“ (ре)избора судија у Републици. Не само домаћа, већ и европска стручна јавност указале су на недостатке у процесу избора судија, указујући на бројне проблеме везане за поступак пред Високим саветом судства, као и у погледу његове структуре и састава (Ракић-Водинелић, Кнежевић Бојовић, Рељановић, 2012; Ивошевић, 2010).¹⁴

Основна начела судства (чл. 142) налазе се на почетку седмог одељка Устава Републике Србије (2006) о уређењу судске власти. Намери уставотворца да се једном одредбом обухвате сви принципи на којима почива организациони и функционални капацитет ове гране у систему поделе власти не може се приговорити, али мора се рећи да се у томе није успело. У наведеном члану Устава прокламована су следећа „начела судства“: независност и самосталност судова, законитост, тј. везаност судова правом, јавност у раду, начело зборности (суђење у већу) и начело пороте. Овакав приступ у регулисању не пружа јасну слику о томе какав концепт независности заступамо, с обзиром на то да је независно судство у основним одредбама Устава (чл. 3) проглашено за темељну вредност правне државе. Системско тумачење Устава подразумева да се морају начелно уредити како институционалне, тако и персоналне гаранције. Стога се не могу само ове прве (институционалне) сматрати начелима, док се другима препушта ниво уставног правила којим се уређује вршење судијске функције. Начелни карактер персоналних (индивидуалних)

13 Тако се у француском Уставу 1958. године први пут појављују различити изрази којима се означавају политичке власти (законодавна и извршна) и судска власт. Док се за прве две користи израз власт (*pouvoir*), дотле се за судство користи израз ауторитет (*autorite judiciaire*), чиме се жели указати да је ова трећа настала као грана *per se* и да она не зависи од моћи и утицаја политичких власти (Triva, 1989: 226).

14 О спорном првом саставу Високог савета судства, видети и: Издвојено мишљење О. Вучић, судије Уставног суда Србије, у предмету VIIIU-413/2012, и у предмету VIIIU-402/2012.

гаранција треба да оствари исти циљ као и код институционалних гаранција: уобличити физиономију независног судства као примарне вредности владавине права.

Уставне гаранције персоналне независности, као што су: сталност судијске функције (чл. 146), независност судије (чл. 149), непреместивост судије (чл. 150), непредвидивим редоследом разбацане су по читавом одељку о уређењу судства. С обзиром на то да структура правног акта проистиче из редоследа приоритета уређивања и значаја појединих института, остаје необјашњиво зашто је гаранција индивидуалне „независности судије“ у вршењу судске функције смештена иза (непотребно детаљне) одредбе о председнику Врховног касационог суда, затим одредбе о судским одлукама и о престанку судијске функције. Управо обрнуто, независност судије у обављању судске функције чини примарни услов за самостално одлучивање и заслужује позицију у начелном уређењу ове гране власти. Питање систематике уставних гаранција није само техничког карактера, оно директно утиче на „дух“ уставних гаранција и може довести у питање обликовање судства као независне гране власти. Стога је од посебног значаја да основна начела судства буду конципирана тако да се на почетку одељка наведу темељне уставне гаранције, институционалне и персоналне, којима ће бити начелно уређен положај суда и носилаца судске функције.

Посебне одредбе Устава (чл. 143. и 144) посвећене су организацији судова, при чему је потпуно непотребно готово половину „правног простора“ заузело уређење избора, мандата и престанка функције председника Врховног касационог суда. Не треба посебно образлагати став да из назива највишег редовног суда треба избацити префикс „касациони“, који не само да не одговара природи овог органа, него може створити заблуду приликом тумачења његових основних надлежности. Начин избора председника Врховног касационог суда не само да је непотребно детаљно уређен Уставом, већ је у основи контрадикторан и наводи на сумњу да постоји намера да се овај избор учини „важним“ да би се сакрио утицај политичке власти. Ни у једном другом изборном процесу који Устав уређује (избор судија Уставног суда, чланова Високог савета судства и чланова Државног већа тужилаштва, Републичког јавног тужиоца и др.) није предвиђено толико субјеката у поступку, а нарочито није предвиђена процедура у којој се не може са сигурношћу утврдити правни капацитет сваког од њих.

Избор судија (чл. 147) уређен је Уставом на кратак и концизан начин, те се ово питање може у потпуности сагледати само у корелацији са уставним одредбама о Високом савету судства. Са изузетком првог избора, судије

се бирају на сталну судску функцију од стране Високог савета судства. Овде се мора отворити питање: како судије постају и како напредују у својој каријери? Да ли је овде реч о уставној мимикрији којом се покушава сакрити политички утицај приликом одабира судија тиме што „сваки“ први избор мора да прође парламентарну инстанцу, да би се потом Високом савету судства препустила „широка“ надлежност, која се суштински може кретати само у границама „првог“ одабира, претходно учињеног од стране Скупштине? У основи, избор „сваког“ судије почива на одлуци парламентарне већине која се, упркос свим механизмима у процесу селекције кандидата, увек руководи политичким разлозима. Искуство земаља у свету, као на пример, источноевропских и латиноамеричких држава, које пролазе или су прошле сличан пут у процесу демократизације, показује да је опасност од политичког утицаја парламента далеко већа од опасности утицаја органа извршне власти (шеф државе или надлежни министар). Први избор судија на ограничено временско трајање може се образложити аргументима „за“ и „против“. У континенталном правном систему, чије вредности делимо, приликом избора судија приоритет је дат критеријуму стручног образовања и познавања позитивног права. Судије започињу своју професионалну каријеру након универзитета са положеним стручним испитом, а на основу кратког професионалног искуства. Стога се може рећи да први избор на ограничено време има утемељени разлог и да он служи сврси у смислу провере способности кандидата да се баве овим позивом. Међутим, ограничено трајање првог избора доводи у озбиљну опасност концепт поделе власти у коме је судству обезбеђен статус независне гране, јер одступање од сталности судске функције приликом првог избора може послужити као опасан извор за касније, перманентно вршење утицаја на рад судства.

Са друге стране, престанак судске функције (чл. 148) нормиран је у једном члану Устава, којим се генерално наводе основи за престанак функције, надлежност Савета и право на правни лек кандидата у поступку избора. Законодавцу је препуштено да ближе уреди основе и разлоге за престанак судске функције, као и разлоге за разрешење од дужности председника суда. Међутим, ова питања представљају важне елементе у композицији судске независности, па је непримерена овако широка енонсијација закона. Обезбеђивање институционалне независности и гарантовање индивидуалне самосталности судија у једнакој мери је условљено разлозима за престанак функције, као и начином њиховог избора. Може се рећи да у двополности објективне независности претеже сигурност и заштита од арбитрерности у погледу прекида функције, чак и више него што је то сам иницијални чин избора. Задатак је Устава да заштити

судску грану власти и од „самовоље“ самог законодавца, утолико пре што се њихове надлежности простиру у истој, хоризонталној равни поделе власти. Зато разлози за престанак судске функције и разрешење судија морају бити Уставом детаљно уређени.

Имунитет и неспојивост функција (чл. 151. и 152) последње су у низу уставних гаранција независности судства. Гарантована је имунитетска заштита судија материјалног и процесног карактера. Материјални имунитет судија требало би прецизније уредити, јер постојећа правна формулација уноси забуну и отвара питање: да ли су судије заштићене од одговорности за изражено мишљење само приликом одлучивања или се ова заштита простира на цео поступак пресуђивања? У складу са циљевима имунитетске заштите судија, одредбу би требало појаснити уношењем синтагме „за изражено мишљење у судском поступку и за гласање приликом доношења судске одлуке“. Коначно, неспојивост судске функције је институт који произилази из начела поделе власти и требало би га Уставом детаљно уредити. Забрана политичког деловања судија је важна гаранција институционалне и персоналне независности судства и она тражи прецизно уређен правни садржај.

5. Високи савет судства и избор судија

Србија је одабрала модел избора судија који није непознат у европском континенталном праву. Судије бира на сталну судијску функцију Високи савет судства, осим у случају првог избора који врши Народна скупштина и који је временски ограничен на три године. Утицај законодавне власти у поступку првог избора и ограничено трогодишње трајање били су предмет бројних критика у домаћој правној литератури.¹⁵

Институционализација правосудног савета у Републици Србији започела је 2001. године и спроведена је на основу Закона о Високом савету правосуђа, који је прерастао у Високи савет судства са снажним правним гаранцијама у оквиру системских јемстава независности и самосталности судства предвиђених Уставом 2006. године. Надлежност и структура Високог савета судства уређени су Уставом, док је избор његових чланова у целости препуштен Народној скупштини. На овај начин, отворено је

15 Највише критика изазвао је „политички“ став да је реч о уставном дисконтинуитету, којим је требало „оправдати“ општи реизбор судија. Домаћа правна теорија стала је на становиште да је реч о уставном континуитету, односно, да измене Устава у целости не представљају искључиви услов да би се створили услови за дисконтинуитет и на тај начин оправдала потреба потпуног „прекида“ са носиоцима судске функције из претходног уставног раздобља (1990–2006) (Марковић, 2008; Хасанбеговић, 2008; Маринковић, 2009: 287).

питање легитимацијског основа независног правосудног тела, јер његова и независност судства мора бити обезбеђена у извору, приликом избора или именовања чланова Савета. Ако се за величину, тј. постојећи број чланова (једанаест) Савета може рећи да је одговарајући, дотле се начин њиховог избора мора значајно променити како у погледу чланства по положају, тако и у погледу представника струке.

Три члана по положају у структури Високог савета судства битно нарушавају основне институционалне претпоставке за самостално деловање независног правосудног тела. Народни посланик, у својству председника надлежног скупштинског одбора, у најмању је руку некоректно политичко чланство у структури Савета. Његова позиција је таква да он, по природи своје функције и у складу са уставним овлашћењима законодавног органа, учествује у остваривању гаранција независности судства као члан парламента. С обзиром на то да скупштински Одбор даје мишљење о предлогу одлуке за избор председника Врховног касационог суда и Републичког јавног тужиоца, следи да се у функцији председника надлежног одбора стапа више овлашћења која би требало да буду функционално раздвојена и која доводе у питање друга уставна правила о подели власти (неспојивост функција и сукоб интереса). Јасно је да преко ове, на први поглед, танке персоналне везе Народна скупштина успева да координира и обезбеди политичку контролу над радом Савета. С обзиром на парламентарну праксу да партије потпуно „располажу“ посланичким мандатима, нема никаквих гаранција да ће представник законодавне власти наступати са позиција општег интереса. Управо обрнуто, увек ће постојати опасност да приликом селекције и избора судија дође до „нагодбе“ и „прерасподеле“ функција између политичких партија.

Други члан по положају је министар правосуђа коме се не може оспорити уставна компетенција да се стара о гаранцијама независности судства (првенствено у домену судске администрације и буџетирања), али се не може ни афирмисати његово активно суделовање у овом телу јер је овде политички уплив сасвим јасан. Министар правосуђа би могао да буде укључен када се расправља о буџетским питањима, чиме би се обезбедила равнотежа између финансијских потреба судства и укупних финансија, које Влада предлаже парламенту. Упркос политичкој одговорности владе за стварање амбијента у коме ће функционисати независно судство, присуство министра у овом телу може бити протоколарно и без права гласа. Коначно, председник Врховног касационог суда, као трећи члан по положају је прихватљиво решење, под претпоставком да одредбе о избору председника највишег суда буду измењене. Позиција Савета и његова уставна овлашћења представљају утемељену претпоставку да је ово тело

способно да изабере „свог“ председника међу „својим“ члановима, али без правног аутоматизма у погледу председавања правосудним саветом.

Укидање чланства по положају значило би да се број представника струке повећа, а уколико се жели ојачати професионалност и самосталност, онда судије – чланови Савета треба да буду бирани директно од стране судске власти. Активно право гласа треба да имају све судије које су изабране на сталну судијску функцију, док би у погледу пасивног права било неопходно прецизирати услове које треба да испуњавају кандидати за положај члана Високог савета судства. Процес селекције кандидата представљао би додатну гаранцију са аспекта професионалности и заштите струке, јер би било омогућено да судије бирају најбоље међу собом. Структура чланова Савета треба да буде заснована на функционалном критеријуму, који у потпуности одражава постојећу организацију судова у Републици. Корекција овог принципа допустива је у мери у којој би био афирмисан легитимни циљ равномерне заступљености свих судова. Тако на пример, територијалну заступљеност, која се у позитивном праву појављује као политички коректив заснован на уважавању покрајинске аутономије, требало би заменити и обезбедити заступљеност представника све четири републичке апелације у саставу Савета.

На крају, требало би потражити одговор на питање о одговорности Високог савета судства у уставној организацији власти. *In rerum natura* поделе власти је правило да свака грана полаже рачун, што укључује и функционисање судске гране, са циљем одбране примарног извора суверене власти. Овде није реч о парадоксу поделе власти, већ о „негативним“ гаранцијама институционалне независности судства. Независност је у основи негативан појам, његовој природи не одговара таксативно побрајање или *explicite* одређење облика „зависности“. Стога се мора осигурати да неко полаже рачун ако нису испуњене претпоставке за „амбијент“ у коме треба да функционише независно судство. Функционална расподела власти подразумева да се о томе стара влада, те је ресорни министар први на удару у случају да нису испуњени основни услови за функционисање независног судства. Међутим, остаје отворено питање: коме одговара правосудни савет? С обзиром на то да директна контрола од стране надлежног министра не би била у складу са природом овог тела, пожељна је контрола од стране грађана која се може остварити јачањем јавности у раду Савета, што би значило његову обавезу да публикује годишње извештаје, предлог буџета и остале акте. Јавност у раду правосудног савета треба да пружи двоструки учинак: у погледу грађанске, тј. цивилне контроле и у погледу струковне, тј. професионалне контроле. Поред тога, потребно је уредити правни пут и могућност жалбе на одлуке правосудног савета, чиме би

систем добио заокружену целину независности и одговорности. У најширем смислу, овде се може применити правило о праву на законитог судију, као гаранцију за све оне на које се односи јуриспруденција специјалног правосудног органа: гаранција да се захтева судска одлука и гаранција од неовлашћеног уплитања у рад судства. Одговорност Високог савета судства може бити обезбеђена и ограниченим мандатом његових чланова, који треба да траје дуже од мандата представника политичких власти (најмање шест година), а по протеклу мандата чланови Савета би требало да положе рачун грађанима и правној струци.

6. Закључак

Конституционализација судске независности представља окосницу сваког система који почива на вредностима правне државе, уз пуно уважавање разлога који указују да нормативна реалност није довољна да би систем био свеукупно позитивно оцењен. Судски систем функционише у условима поделе власти која је, као и независност судства, примарна гаранција правне државе. Отуда је потребно паралелно разматрати системске гаранције судске независности и правила о одговорности, најпре политичких власти за стварање друштвеног амбијента у коме ће судство деловати као независно, као и о одговорности судске власти за самостално обављање функције. С обзиром на то да су судови носиоци власти, а власт са собом носи и одговорност, задатак је пронаћи рационалну и пропорционалну везу између њих.

У процесу изградње уставне демократије у Србији доношење устава требало би да представља израз поштовања традиционалних вредности владавине права, уз уважавање савременог политичког оквира за функционисање парламентарне демократије. Проналажење добре мере између ова два, понекад супротстављена, подручја представља тежак задатак, нарочито у условима прекинуте традиције грађанске уставности. Начело поделе власти треба уставом уредити као темељно начело, које остварује захтеве уставне демократије и у потпуности подржава гаранције владавине права. Стога је неопходно извршити конституционализацију независног судства на начин који ће гарантовати владавину права кроз поделу власти у којој нема места „међусобној контроли“ политичких власти у односу на судски ауторитет.

Литература

- Vobek, M. (2008). The Fortress of Judicial Independence. *European Public Law*. 14 (1). 99–123
- Voermans, W. (2003). Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models, in F.F.Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid: Dykinson, S.L. 2133–2144
- Gallagher, M., Laver, M., Mair, P. (2001). *Representative Government in Modern Europe*. New York: McGraw Hill
- Go, J. (2003). A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945–2000. *International Sociology*. 18 (71). 71–95
- Guarnieri, C. (2004). Appointment and career of judges in continental Europe: the rise of judicial self-government, *Legal Studies*. Vol. 24. Iss. 1–2. 169–187
- Dika, M. (1992). O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadno-evropskom civilizacijskom krugu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 42. 511–531
- Ивошевић, З. (2010). Мане општег избора судија. *Пешчаник*. Преузето 18.6.2014. са: <http://pescanik.net/2010/01/mane-opsteg-izbora-sudija>
- Јовичић, М. (1977). *О уставу*. Београд: Институт за упоредно право
- Констан, Б. (2000). *Принципи политике и други списи*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства
- Лић, Ф. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права* (knjiga I). Београд: Београдски центар за људска права
- Маринковић, Т. (2009). О уставности општег реизбора судија. *Анали Правног факултета у Београду*. 1. 283–291
- Марковић, Р. (2008). Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“. (одржаном 8. новембра 2008. у Београду). *Информатор Друштва судија Србије*. 2. 5–14
- Montesquieu, Ch.S. (1914). *The Spirit of Laws*. (Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard). London: G. Bell & Sons, Ltd
- Рајванчић, М. (2009). *Коментар Устава Републике Србије*, Београд: Konrad Adenauer Stiftung

Ракић-Водинелић, В., Кнежевић Бојовић, А., Рељановић, М., (2012). *Реформа правосуђа у Србији 2008–2012*, Београд: Правни факултет Универзитета Унион, ЈП Службени гласник

Russell, P.H. (2001). *Toward a General Theory of Judicial Independence*. In Russell, P.H., O'Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 1–24

Russell, P.H., O'Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 233–250

Smith, R.K.M. (2003). *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

Стојичић, С. (1977). Закон о судијама у Србији 1881. године. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 17. 293–316

Shetreet, S. (2001). *The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel*. In P.H. Russell, D.M. O'Brien (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy, Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 233–250

Triva, S. (1989). *Profesionalni sudci u Francuskoj: Obrazovanje, regrutiranje, napredovanje i odgovornost sudaca*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 39/2. 1989. 223–251

Federico, G. (2004). *Independence and accountability of the judiciary in Italy. The experience of a former transitional country in a comparative perspective*. in A.Sajo and R.Bentch (eds.). *Judicial Integrity*. Leiden: Brill. 1–15

Хасанбеговић, Ј. (2008). *Обраћање на округлом столу „Правосудни закони“*. (одржаном 8. новембра 2008. у Београду). *Информатор Друштва судија Србије*. 2.19–27

Capelletti, M. (1985). *Who watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility*. In Shetreet, D. Deschenes, J. (eds.). *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher. 550–589

Irena Pejić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Constitutionalization of Judicial Independence: in Comparative Law and in Serbian Legislation

Summary

The aim of this paper is to point out that the guarantees of judicial independence have to be regulated by the Constitution as they create *de iure* framework for the independence of the judiciary in the rule of law system. The author is aware that the constitutional guarantees are *per se* insufficient and that their primary features may yield different effects depending on the political environment and cultural matrix in which they take effect. The judicial system operates in the circumstances of the separation of powers, where the independent judiciary is corroborated a guarantee of the rule of law. Hence, it is important to concurrently elaborate on the institutional and personal guarantees of judicial independence, focusing on the responsibility of the political authorities to create a relevant social environment for the operation of the independent judiciary as well as on the responsibility of the judiciary to independently exercise their judicial function.

The author's intention in this paper is to provide a comparative analysis on the guarantees of independent judiciary and the minimum rules that constitute the cohesive core which serves as the common meeting grounds not only for the EU member states but also for all countries of the European-Continental legal system in their efforts to ensure the judicial independence as the primary condition for exercising the rule of law. The corpus of constitutional guarantees on independent judiciary includes the following elements: the judicial appointments and termination of a judicial office; the permanence of the judicial office and impartiality in decision-making processes; the professional responsibility and judicial immunity; as well as the recently established judicial councils, which have been given the constitutional authority to protect the independence of the judiciary.

Key words: Judiciary, Independence Judiciary, Constitutional guarantees.

ЕВРОПСКА УПРАВНО-ПРОЦЕСНА ПРАВИЛА И ОПШТИ УПРАВНИ ПОСТУПАК РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: У првом делу рада аутор даје свеобухватну анализу правних извора европског управног процесног права, основних стандарда, принципа, препорука и директива у овој области. Следећи део рада бави се утицајем наведених извора на национална законодавна решења у овој области као и повратним дејством националних управно-процесних закона на управно-процесно право ЕУ. Последњи део рада процењује стање у овој области у контексту реформе српске јавне управе и Закона о општем управном поступку Републике Србије.

Кључне речи: право на добру управу, управни поступак, принципи европског управно-процесног права.

1. Увод

Према истраживању јавног мњења „Eurobarometer“ из 2011. године, а које се за потребе Европске комисије обавља још од 1973. године, за 33% грађана ЕУ право на добру управу је њихово најважније грађанско право (Европски парламент, 2012: 17). Исто истраживање показало је да су грађани незадовољни недостатком транспарентности у раду институција ЕУ. Ове чињенице јасно указују на значај управно-процесних правила за правилно функционисање Уније, као и на чињеницу да се вероватноћа доношења добрих управних одлука значајно повећава ако органи управе поступају у складу са одређеним процесним правилима.

* dvucetic@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који је финансиран од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

То потврђује и податак да се број држава које су прописима уредиле свој управни поступак прилично повећао у последњих неколико деценија, тако да устаљена подела, присутна у неким уџбеницима Управног права, на три правна система регулисања управног поступка све више поприма теоретски карактер. Према тој подели, у зависности од тога да ли имају кодификован управни поступак, државе се могу поделити у три групе. Прву групу чине оне које су управни поступак у потпуности кодификовале. Другу, земље тзв. мешовитог система, које имају процесне прописе који се односе на управу, али некодификоване. Трећу групу чине земље које уопште немају процесне управне прописе (Димитријевић 2013, 292; Милков 2012: 71; и др.).

Од 28 држава чланица Европске уније 21 чланица има усвојен закон о општем управном поступку (Европски парламент, 2012: III-12). Према подацима неких аутора „од европских држава данас свега неколико немају посебне законе о општем управном поступку“, од којих су најзначајније Француска и Велика Британија (Лончар, 2013: 319), премда се и у Француској у последње време јављају поједини закони којима се регулишу одређена формална питања рада управе. Тако се Законом од 6. јануара 1978. године о информатици, досијеима и слободама гарантује право приступа грађана информацијама у јавним и приватним досијеима на основу чега поједини аутори закључују да се Француска „више не може окарактерисати као земља у којој уопште не постоје формални закони који се односе на рад управе“ (Милков, 2012: 74).

2. Правни извори европског управно-процесног права и њихов однос са националним управно-процесним регулама

Две главне покретачке снаге у формулисању правила европског управног права, у склопу заједничког европског управног простора, јесу Европска унија и Савет Европе (Кавран, 2004; Димитријевић, 2010; Лилић, Голубовић, 2011; Копрић, Муса, Лалић, 2011, Давинић, 2013).

На првом месту, највиши правни акти Европске уније садрже одредбе управно-процесног карактера. На пример, одредба члана 296. Уговора о функционисању Европске уније садржи правила о објављивању аката, обавештења и ступања на снагу. Одредбе чланова 10, 18. и 19. Уговора о функционисању ЕУ разрађују општи принцип недискриминације. Одредбе чланова 15. и 16. садрже норме о транспарентности (јавности) управних радњи органа ЕУ, приступу документима (списима) и обради личних података. Из угла управно-процесног права, најважнија је одредба члана 298. Уговора о функционисању ЕУ, будући да она наглашава процесну

димензију права на добру управу (која је такође садржана у члану 41. Повеље о основним правима ЕУ усвојене у Ници 2000.) као права сваког на непристрасан и поштен третман његове управне ствари, у разумном року (Давинић, 2013: 110). Међутим, ове одредбе успостављају принципе управног поступања на превише уопштен начин што нужно захтева њихову разраду кроз прописе секундарног законодавства.

Поред Повеље, најважнију улогу у „обликовању“ управно-процесног права европских држава има Европски омбудсман чији је „Европски кодекс доброг управног поступања“ (The European Code of Good Administrative Behaviour, Louxemburg, European Communities, The European Ombudsman) усвојен од стране Европског парламента.

Савет Европе, са друге стране, ствара управне стандарде као мање строге изворе права (тзв. меко право или „soft law“), првенствено путем препорука и резолуција, али и путем међународних уговора (Лилић, Голубовић, 2011: 45, 94–100). Најважнији такав уговор је Конвенција за заштиту људских права и основних слобода коју је ратификовала и Србија. И Европски суд правде примењује ту Конвенцију, односно штити основна права као део европског права, премда ЕУ није потписала Конвенцију. У препоруке Савета Европе од значаја за управно поступање убрајају се и Препорука (1977) 31 о заштити појединца од аката управних органа, Препорука (2003) 16 о извршавању управних и судских одлука, Препорука (2007) 7 Комитета министара државе чланицама о праву на добру управу и Препорука (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају. Према Препоруци 31 из 1977. године, циљ ових препорука није унификација међусобно различитих закона о општем управном поступку држава чланица, већ унапређење опште препознатљивости одређених начела у праву и пракси држава чланица. Њима се не дефинишу детаљне обавезе управе, већ се даје путоказ у правцу постизања правичности у односима управе и грађанина (Вучетић, 2008: 176–177).

Незаобилазан извор европског управног права је и Директива 2006/123 од 12. децембра 2006. о услугама на унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC on services in the internal market), која садржи захтеве у погледу: поједностављења управног поступања, прописивања једног места за контакте с управом (пружање услуга на једном месту), електронског управног поступка, тј. електронске комуникације, и института ћутања управе (његових правних последица).

Међутим, детаљно поређење одредби Европског кодекса доброг административног понашања и релевантних одредби Уговора, Повеље о основним правима, као и формулација одговарајућих решења у

хијерархијски нижим изворима, показује да извори европског управног процесног права немају неопходну јасноћу и прецизност, као и да неке од одредби Кодекса нису праћене одговарајућим обавезујућим законским нормама (Ziller, 2012: II-15)! Због тога је, 2012. године, Комитет за правна питања предложио Европској комисији да, на основу овлашћења из члана 298. Уговора о функционисању Европске уније, иницира усвајање општег европског закона о управном поступку, који ће бити обавезујући за управе свих институција ЕУ, органа и организација!

На крају, пре него што пређемо на анализу других питања, напоменимо и то да постоји још један начин за европеизацију националних управно-процесних правних система, и то кроз рад Сигме, организационог дела ОЕЦД-а, којег финансира Европска комисија. Она је утврдила низ стандарда општег управног поступка, а 2005. године развила је и детаљну листу питања за проверу садржаја закона о општем правном поступку (Checklist for a General Law on Administrative Procedure). Сигма прати и надгледа поступак изградње административних капацитета, као једног од основних услова за придруживање ЕУ, при чему су њени стандарди и захтеви све строжи током времена (Sigma, 1998a; Sigma, 1998b; Sigma, 1999). Њене оцене улазе у скраћеном облику у извештаје о напретку поједине државе кандидата за чланство у ЕУ и у великој мери утичу на одлуке европских органа током процеса придруживања.

Када је однос права ЕУ са националним законодавствима у питању, он је првенствено регулисан у складу са принципом субсидијарности: одредба члана 298. Уговора о функционисању ЕУ даје процесну аутономију законодавцима држава чланица (European Parliament, 2012: 6). Дакле, однос између управног процесног права ЕУ и националних закона у овој области је потребно анализирати из перспективе индиректног утицаја (Statskontoret, 2005: 93) европских регула на национална законодавства. Међутим, ваљало би узети у обзир да је права природа овог односа његова интерактивност! Наиме, национална управно-процесна законодавства (закони) имају значајно повратно дејство на управно-процесне регуле ЕУ, с обзиром на то да у њима постоје значајна процесна права и правила којих нема у правилима ЕУ о управном поступању (Ziller, 2012: II-25-26).

3. Реформа управног поступка у Републици Србији

Према новој Стратегији реформе јавне управе из 2014. године, неопходан корак у побољшању постојећег законског оквира у овој области је да се повеже процес управне реформе са процесом европских интеграција, у складу са Националним програмом за усвајање правних тековина ЕУ

(2013–2016), са циљем усвајања правних тековина ЕУ и усклађивања са законодавством ЕУ (Влада Републике Србије, 2014: 9). Активности неопходне за даље усклађивање прописа наведене су у Националном програму, од којих се побољшање капацитета државне управе, како би се успешно спровели преговори и процес хармонизације прописа, издваја по својој важности.

Део овог процеса је реформа управног поступка (Влада Републике Србије, 2014: 38), која представља предуслов за већу ефикасност и предвидивост рада српске управе. Поред тога, доношењем новог Закона о општем управном поступку повећала би се правна заштита легитимних очекивања странака, смањило број посебних управних поступака који значајно одступају од општег управног поступка (од којих неки укључују додатне, непотребне трошкове и продужују трајање поступка, чиме се смањује правна сигурност и заштита легитимних очекивања странака), ускладило одлучивање у управном поступку са принципима европског управног простора и другим савременим тенденцијама у оквиру европског управног права. Ова потреба је више пута истакнута и у радовима научно-стручног карактера (Димитријевић, 2010; Лончар, 2010; Милков, 2012).

Упркос томе, реформа управно-процесног законодавства у Србији још увек је на самом почетку. Закон о општем управном поступку Савезне Републике Југославије из 1997. године и даље је на снази. Он у великој мери прати структуру старог југословенског Закона о општем управном поступку из 1956. године, који је незнатно мењан током више деценија свог важења, а који је концептуално у сагласности са Законом о општем управном поступку Краљевине Југославије од 9. новембра 1930. године. Уместо доношења новог Закона о општем управном поступку, након усвајања новог Устава из 2006. године, изменама и допунама Закона из 2010. године извршено је његово формално (углавном терминолошко) усклађивање са Уставом. Нацрти новог Закона о општем управном поступку сачињавани су 2004, 2012.¹ и 2013. године. Последњој верзији Нацрта из 2013. године део стручне јавности упутио је изразито оштре критике (Милков, 2013; Лончар, 2013; итд.). Стиче се утисак да су у поменути, последњи Нацрт из 2013. године, у великој мери само формално уграђене европске тековине управног поступања наведене у првом делу рада. Тиме је у приличној мери напуштена скоро једновековна традиција у овој области, а да том приликом нису отклоњени недостаци постојећег Закона о општем управном поступку. Детаљну анализу свог става у вези са Нацртом закона о општем управном поступку аутор овог текста дао је на јавној расправи

1 Нацрт закона о општем управном поступку је усвојен, али је због избора нове владе 26. јула 2012. године повучен из скупштинске процедуре.

о Нацрту закона о општем управном поступку одржаној на Правном факултету у Нишу маја 2013. године.

После низа јавних расправа део примедби стручне јавности је уважен и Влада Републике Србије је, на седници одржаној 18. децембра 2013. године, усвојила Предлог закона о општем управном поступку.² Ипак, и у тој последњој, децембарској верзији овог документа, кључне новине остале су исте. Све оне, према ауторима Предлога, имају за циљ модернизацију „процесних механизма ЗУП-а“, и „усклађивање ЗУП-а са провереним актуелним упоредно-правним решењима и међународним стандардима, посебно са начелима и правилима Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода“.

Погледајмо сада о којим стратешким новинама је конкретно реч. На првом месту то је проширивање предмета ЗУП-а поред управног акта и на управне уговоре³, управне радње⁴ и пружање јавних услуга⁵, уз проширено дефинисање управне ствари⁶. Потом, ту су увођење института гарантног акта⁷, процесног решења⁸ (уз задржавање закључка којим се до сада одлучивало о питањима процесног карактера) и приговора

2 Предлог закона о општем управном поступку, такође није прошао скупштинску процедуру због избора одржаних 16. марта 2014. године.

3 Управни уговори би се закључивали између јавних и приватних субјеката и били би основа за заснивање јавно-приватног партнерства.

4 Управне радње су дефинисане као материјалне радње са фактичким дејствима (члан 27) и разликују се од појма датог у одредби члана 14. Закону о државној управи из 2005. године према коме оне могу имати и правно дејство.

5 Према Предлогу орган не би непосредно обезбеђивао јавне услуге, већ би се старао да их надлежни субјекти из јавног и приватног сектора, вршећи их као јавну службу, пруже на оптималан начин и у јавном интересу (члан 31).

6 Управна ствар се дефинише као појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој орган, непосредно примењујући прописе, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге.

7 Према образложењу Предлога гарантни акт је увод у будући правни акт, инструмент правне сигурности којим орган на захтев странке „јемчи постојање одређеног правног стања у будућности“ и „уноси извесност у будуће (предстојеће) односе органа и странке и омогућава странци да се, под условима из гарантног акта, припреми за доношење управног акта којим се решава о њеном праву, обавези или правном интересу“.

8 Решењем се више не би одлучивало само о управној ствари, већ и о одређеним, законом дефинисаним, процесним питањима, чиме се напушта досадашња подела на решења и закључке као облике главних и споредних процесних одлука у управном поступку.

као новог правног средства⁹, те стварање претпоставки за оснивање службе за пружање услуга на једном месту¹⁰. Даље, то су: увођење нових начела управног поступања – сразмерности,¹¹ предвидивости (заштите легитимних очекивања странака), и приступа подацима и заштите података; детаљније нормирање електронске комуникације органа и странке уз увођење категорије обавештавања странке¹², чија врста је сада достављање; давање својства странке заступницима колективних и ширих интереса; смањивање броја ванредних правних средстава и др. Очигледно је удаљавање од аустријских корена управног поступања и приближавање одређеним нордијским решењима са циљем поједностављења и убрзања управне процедуре. Колико је таква надградња умешно урађена, показаће време (под условом да актуелни текст буде усвојен).

У Предлог су уграђена и решења већине докумената којима су регулисана правила европског управног поступања. На пример, ако пођемо од стандарда које је установила Сигма, видећемо да су сви они нашли своје место у Предлогу закона. Поред оних решења која већ постоје у важећем закону као што су: јасно одређивање надлежности субјеката који га примењују (колико је то могуће у процесном закону), законско регулисање основних фаза поступка, стицање својства правноснажности управног акта и прописаност рокова за његово доношење, обавезно навођење чињеничних и правних разлога у образложењу донетог управног акта, разгледање списка од стране странке, обавезно упутство о правном леку и јасно уређивање разлога за укидање и поништавање управног акта и др., у Предлогу су своје место нашли стандарди Сигме којих до сада (у таквом облику) није било у српском општем управном поступку, као на пример: право на изјашњавање странке пре доношења управног акта и право на обавештавање о процесним одлукама (против којих је дозвољено коришћење правног лека) пре завршетка управног поступка. Врло је могуће да ће ти новоусвојени стандарди бити у колизији са прокламованим циљем поједностављења и убрзања управног поступка, јер представљају додатне кораке који претходе доношењу управног акта! Даље, Предлог је покушао

9 Приговор би се изјављивао против управног уговора, закљученог поравнања, предузете или не предузете управне радње и пружене јавне услуге, под условом да његовом подносиоцу на располагању не стоје друга правна средства.

10 Служба за пружање услуга би омогућила да се на једном месту преда сва документација потребна за доношење више решења по захтевима странака, чиме би се скратио поступак и избегло „шетање од шалтера до шалтера“.

11 Ово начело није ново јер је већ предвиђено Законом о државној управи из 2005. године (Лончар, Вучетић, 2013: 1632).

12 Обавештавање је радња којом орган извештава странку и другог учесника о поступању у управној ствари (члан 81. ст. 1).

да одговори на све захтеве из Директиве 2006/123 од 12. децембра 2006. о услугама на унутрашњем тржишту, а нарочито на: поједностављење управног поступања, прописивање једног места за контакте с управом (пружање услуга на једном месту), електронско управно поступање, и др.

Ако изузмемо примедбе концептуалне природе, у Предлогу су и даље присутни неки номотехнички недостаци који кваре замишљену логику будућег новог управног поступка. Стиче се утисак да су творци Предлога пренебрегли системски приступ приликом његове израде, па су се у њему нашле и норме организационе природе, попут одредбе о служби за пружање услуга на једном месту, које би требало да се налазе у Закону о државној управи. Надаље, предвиђено је да се допунским решењем одлучује о трошковима поступка, иако је претходно прописано да се њиме одлучује о свим нерешеним питањима која су предмет поступка, при чему трошкови не спадају у ту категорију. У Предлогу су и даље присутне привремене мере и противизвршење иако су ти институти примеренији парничном, а не управном поступку. Такође, предвиђено је да се поступак обуставља када орган оцени да нема услова за даље вођење поступка, чиме је отворена могућност злоупотребе овог дискреционих овлашћења у пракси. Потом, решење се може изузетно извршити и пошто је жалба изјављена, ако је то законом предвиђено, ако је потребно предузети неодложне хитне мере у јавном интересу или ако би услед одлагања извршења странци била нанета ненадокнадива штета. Намерно или не, тиме је отворена могућност, која до сада није постојала, да орган који води управни поступак одступа од суспензивног дејства жалбе у зависности од сопствене процене неодложности предузимања хитне мере у јавном интересу.

4. Закључна разматрања

Добро је познато да су проблеми у функционисању јавне управе узрок пада њене ефикасности, што се негативно одражава на функционисање државе, привреде али и друштва у целини. Због тога је, између осталог, нужно сачинити нове, односно побољшати постојеће управно-процесне норме тако да оне прописују проактиван приступ у раду управе, штеде време, елиминишу препреке, и смањују број могућих спорова који могу проистећи из лошег управљања институцијама, и то како на нивоу европских, тако и на нивоу националних институција и законодавстава. У том смислу би хоризонтално обавезујући минимални стандарди управног поступања на нивоу целе Еворпске уније и свих њених институција омогућили примену процесних правила у свим областима деловања ЕУ и, у исто време,

гарантовали виши степен заштите основних права у свим областима, а посебно када су у питању области у којима странке тренутно не уживају јаке процедуралне гаранције и права, као што је то на пример случај у области права конкуренције (Ziller, 2012: II-30, Leino-Sandberg, 2012: I-7).

Са друге стране, један такав општи пропис вршио би додатни утицај на национална управно-процесна законодавства, укључујући и српско, јер ће бити тешко објаснити грађанима зашто имају мање права у својим државама, него на нивоу Европске уније (Statskontoret, 2005: 93)!

Приликом реформе српског прописа о општем управном поступку, анализирани европски стандарди треба до краја прецизирати и разрадити, како не би остали само пуке прокламације које своје остварење неће моћи да доживе у свакодневној управној пракси. Том приликом треба водити рачуна да је за процену испуњености европских стандарда у овој области, поред њиховог законског регулисања, важно и како се и на који начин остварују. Због тога, сваки стандард понаособ треба прилагодити реалним околностима у којима домаћа управа обавља своју делатност уз очување правила проверених у вишедеценијској пракси (везаних за поделу управних аката на решења и закључке, скраћени управни поступак, доказивање, достављање итд.). И на крају, треба водити рачуна о месту које овакав процесни пропис има у управном систему наше државе и његовој усклађености са осталим прописима којима се регулише рад управе.

Литература

Влада Републике Србије. *Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији*. Београд: Министарство правде и државне управе (2014)

Вучетић, Д. (2008). Европски стандарди заштите људских права приликом управног поступања из угла Републике Србије. У: З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права (175–190)*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Давинић, М. (2013). *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*. Београд: Заштитник грађана

Димитријевић, П. (2013). *Управно право – општи део*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу

Димитријевић, П. (2010). У сусрет новом Закону о општем управном поступку. У: П. Димитријевић (ур.), *Актуелне тенденције у развоју и примени*

европског континенталног права, св. 1 (19–32). Ниш: Центар за публикације Правног факултета

European Parliament. *European Added Value Assessment: Law of Administrative Procedure of the European Union.* Luxembourg: Publications Office (2012)

Кавран, Д. (2004). Европски управни простор, реформа и образовање државне управе. *Београд: Правни живот бр. 53.* 1059–1075

Koprić I., Musa A., Lalić N. G. (2011). Good Administration as a Ticket to the European Administrative Space. *Proceedings of Zagreb Faculty of Law 6 (5).* 1515–1560

Koprić, I. (2010). *Upoznavanje sa novim Zakonom o općem upravnom postupku.* Zagreb: Municipalities Association

Leino-Sandberg, P. (2012). Annex I – Aspects Relating to Added Value for Citizens and Economic Operators. In: European Parliament. *European added value assessment on a law of administrative procedure of the European Union.* Luxembourg: Publications Office

Лилић, С., Голубовић К. (2011). Европско управно право: са освртом на управно право Србије у контексту европских интеграција. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Лончар, З. (2013). Нека питања реформе управно-процесног законодавства у Србији. *Београд: Правни живот, бр. 10.* 319–333

Лончар, З. (2010). Модернизација управног поступка. *Будва: Актуелна питања савременог законодавства: зборник радова.* 351–362

Лончар З., Вучетић, Д. (2013). Принцип сразмерности у европском и српском праву – управноправни аспекти. *Теме, св. 37, бр 4.* 1617–1642

Милков, Д. (2012). Реформе управно-процесног законодавства у Србији. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 4.* 33–43

Милков, Д. (2012). *Управно право, II.* Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Милков, Д. (2013). Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – Корак напред или десет у страну?. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1.* 85–95

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

Ziller, J. (2012). Annex II – Aspects Relating to Added Value for Citizens and Economic Operators. In: European Parliament. *European added value assessment*

on a law of administrative procedure of the European Union. Luxembourg: Publications Office

Statskontoret. (2005). *Principles of good administration in the member states of the European Union.* Stockholm: Swedish Agency for Public Management

Sigma. (1998a) *Preparing Public Administrations for the European Administrative Space*, Paper No 23. Paris: OECD Publishing

Sigma. (1998b). *European Principles for Public Administration, Paper No 27.* Paris: OECD Publishing

Sigma. (1999). *Sigma Baselines, Control and Management System Baselines for European Union Membership.* Paris: OECD Publishing

Dejan Vučetić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš, Serbia

European Rules of Administrative Process and General Administrative Procedure of The Republic of Serbia

Summary

This paper show why the standardization of administrative procedure is important for the state legal system that, in the last two decades, the administrative procedure codes were adopted in almost all of the European states.

Afterwards author analyzed main driving forces for development of administrative procedural law at the level of the European Union and the Council of Europe. The most important legal sources of European administrative procedural law (basic standards, principles, recommendations and guidelines in this area) are concisely presented but it is clearly indicated that there are certain ambiguities, that these sources don't apply equally to all institutions of the Union, and that they still don't make finished, complete and forever given system that can be automatically transferred to jurisprudence of the member states and candidate countries. Moreover, often administrative process laws of the member states contain rules that are not existing in this kind of regulation at European Union level and that is why the process of adopting the first European Union general law on administrative procedure was initiated, which would further improve the standards of European administrative process in general.

When it comes to the general administrative procedure of the Republic of Serbia it has been shown that in spite of the strategic orientation towards the reform of the Law on Administrative Procedure expressed in numerous strategies, our executive authorities in this area have not yet moved beyond the development of the third version of the Draft Law on General administrative Procedure which was afterward adopted by the Government as the Bill. In his final remarks the author concludes stating that the largest number of European standards of administrative process are included in the final version of the Draft, but without eliminating the shortcomings of the existing Law, and without normative adjusting to the circumstances in which the Serbian administration operates, and with unnecessary abandonment of some solutions that have proved to be right in the decades-long practice of administrative authorities.

Key words: Right to good administration, Administrative procedure, Principles of European administrative procedural law.

ИЗБОРНА ПРАВИЛА У СРБИЈИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ: ОПШТЕ ПРАВО ГЛАСА**

Апстракт: Избори представљају најзначајније учешће грађана у процесу политичког одлучивања у једној држави. Изборна правила обликују изборну демократију као једну од основних компоненти демократије. Избори су основ легитимности власти и камен темељац демократије под условом да су организовани на принципима општег и једнаког права гласа, слободног, тајног, личног и непосредног гласања. Предмет рада јесте остваривање принципа општег права гласа у изборном праву Србије и његова усаглашеност са европским изборним стандардима. Изборно законодавство Србије није хомогено, већ је предмет више закона. Основни изборни закон је Закон о избору народних посланика, који највећим делом регулише област парламентарних избора. Председнички и локални избори предмет су регулисања посебних закона. Овим законима, уз Закон о јединственом бирачком списку, уређује се материјално и процесно изборно право. У оквиру европских изборних стандарда разматраћемо одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (чл. 3. Протокола бр.1), Документе ОЕБС-а (првенствено Критеријуме из Копенхагена), као и Кодекс добре праксе у изборним стварима, који је усвојила Венецијанска комисија. Намера нам је да анализирамо у којој мери национална изборна правила омогућују остваривање права сваког грађанина да бира и да буде биран, уз евентуална ограничења која постоје. Полазећи од тога да опште право гласа може бити остварено уколико је обезбеђена ажурност у вођењу бирачке евиденције, посебна пажња биће посвећена бирачким списковима. Такође, остваривање општег права гласа биће размотрено и у

* maja@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу од 2013. до 2018. године

контексту кандидовања представника. Сprovedена анализа треба да нам укаже на степен усаглашености наших правила са европским изборним стандардима, односно на евентуалне недостатке и на могуће начине њиховог отклањања.

Кључне речи: избори, изборно право, опште право гласа, Европска конвенција, Венецијанска комисија.

1. Увод

Изборна правила у свакој држави обликују њену изборну демократију, као једну од основних компоненти демократије. Наиме, дословно преведена реч демократија означава владавину народа (demos – народ, kratos – власт), али се у практичном животу остварује као владавина изабраних представника у име народа. То значи да демократија може да се развије само у поретку који карактерише легитимност власти заснованој на вољи народа. То нас води изборима, као најзначајнијем учешћу грађана у процесу политичког одлучивања у једној држави. Избори сами по себи не значе демократију. Они нису циљ, већ корак, додуше важан и често суштински на путу ка демократизацији друштва и остварењу права да се учествује у управљању земљом. Самим тим, “функција избора није у томе да демократију учине више демократском, већ да је учине могућом” (Пајванчић, 2003: 6). Поштовање изборних процедура сматра се индикатором демократије и политичке репрезентације, а од тога зависи и стабилност демократских политичких система. “Да се у изборима налазе веома значајне демократске потенције указује већ једноставна и уочљива чињеница да се управо у чину избора, у изборном процесу схваћеном као процес одлучивања, друштво на најширој основи укључује у политику и са њом спаја. То је тачка сусретања демократске партиципације и репрезентације зашто што се изборни закони често означавају као основни закони демократије” (Матић, 1974: 111).

Демократски су само они избори који одговарају одређеним начелима, и једино демократски избори могу дати легитимност политичкој власти. Зато изборне процедуре морају бити такве да “према мерилима потребне комплексности створе неизвесност и алтернативе; и морају садржати регулатив подршке и контроле, који омогућује да се о овим проблемима одлучује” (Luhman, 1992: 142). Легитимност носилаца политичког представљања је значајна за процену карактера и улоге политичке владавине и институцију представљања у њој. Избори се могу трансформисати у своју супротност: у моћна средства која прибављају привидну легитимност или пак, “политички театар за прикривање

номинације и кооптације општом партиципацијом” (Матић, 1974: 97). Ако власт нема легитимност, онда све форме демократије, и права, и слободе, постају и остају само леп декор на политичкој позорници на којој други субјекти, а не грађани, имају главну улогу и одлучујућу реч у политичком процесу и вршењу власти.

Са друге стране, свако глорификовање избора, издвојено тумачење њихове легитимизирајуће функције отвара опасност за претварање избора у “плебисцитарни ритуал обнављања периодичне подршке власти од стране бирача” (Јовановић, 2004: 12). Избори су неопходан, али не и довољан услов демократије. Избори ће водити репрезентативној и одговорној влади, ако се правни систем заснива на владавини права, подели власти, независном судству, заштити људских права и основних слобода, као и ефективној примени социјалних и економских права.

2. Европска изборна правила

Изборна правила су дуго била регулисана искључиво на националном нивоу. Како процес интернационализације људских права није мимоишао ни изборно право, као елементарно политичко право, оно је постало предмет бројних међународних уговора и конвенција универзалног и регионалног карактера. Као релевантни извори изборног права на нивоу Организације уједињених нација могу се навести: Универзална декларација о правима човека, Пакт о грађанским и политичким правима (у даљем тексту: ПГП), Декларација о укидању свих облика расне дискриминације и Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена.

Имајући у виду процес придруживања Србије Европској унији и предстојећи “скрининг” поступак у смислу оцене усаглашености нашег правног система са европским, у фокусу нашег интересовања биће регионални документи, који своју примену налазе на подручју ЕУ и који формирају европске изборне стандарде. То су Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Повеља основних права, Кодекс добре праксе у изборним стандардима, Документи ОЕБС-а. Наиме, начело демократског друштва представља суштинску одлику европског поретка. Питања која се тичу демократије заузимају централно место у односима Европске уније и њених партнера, а учвршћивање демократских институција и људских права је препознато као заједничка вредност и заједнички интерес. Демократија је са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода постала норма коју државе морају поштовати да би биле достојне чланице међународне заједнице. То неопходно подразумева поштовање одређених стандарда када је реч о изборима. Наравно, свака држава има слободу да

својим правилима уреди свој изборни систем и изборе, али то не значи да је сваки изборни систем или пракса одабране земље прихватљива. Слобода сваке државе у погледу одабира изборног система и свега онога што тај систем прати није неограничена, већ би требало да се спроводи у складу са минимумом прописаних стандарда. Међународним уговорима и низом других докумената међународно-правног карактера регулисан је низ питања у вези са одржавањем избора, али тако да изостају конкретна правила, већ је све регулисано на нивоу принципа, стандарда и циљева које треба постићи.

Наиме, чланом 3. Протокола бр. 1 Европска конвенција обавезује високе стране уговорнице да, у примереним временским размацима, одржавају слободне изборе са тајним гласањем, под условима који обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору законодавног тела. Овим се, међутим, не ствара било каква обавеза увођења одређеног изборног система, пропорционалног или већинског.¹ Европски суд признаје државама уговорницама широк степен слободне процене, имајући у виду да се њихово законодавство по том питању разликује од места до места и од времена до времена. Стога, у смислу чл. 3. Протокола бр. 1, сваки изборни систем мора бити разматран у светлу политичке еволуције дотичне државе, јер особености које су неприхватљиве у једном систему могу бити оправдане у другом, све док изборни систем обезбеђује слободно изражавање мишљења при избору законодавних тела. Примену члана 3. Протокола број 1 Европски суд је ограничио на легислативне органе, али тај појам треба тумачити у светлу уставне структуре саме државе.

На нивоу Европске уније усвојена је Повеља основних права (2000), којом се кодификују права грађана земаља чланица. Повеља је данас саставни део Уговора из Лисабона и има обавезујућу правну снагу. У смислу теме којом се бавимо најзначајније је пето поглавље, које носи назив "Права грађана". У овом делу су побројана политичка права грађана ЕУ, а то су право гласа и право кандидовања на изборима за Европски парламент, право гласа и право кандидовања на локалним изборима у држави чланици у којој су настањени под истим условима као и држављани те државе. Управо, увођење принципа пребивалишта код избора за Европски парламент и за локалне изборе у државама чланицама представља срж држављанства. То омогућава држављанима ЕУ да имају активно и пасивно бирачко право у свакој држави чланици ЕУ, иако нису држављани те државе.

1 Case of Matheu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, decision of 22 October 1985, Series A no. 113

У Савету Европе посебну улогу има Европска комисија за демократију посредством права, односно Венецијанска комисија². Основана је 1990. године, а њен непосредни задатак био је “пружање стручне саветодавне помоћи бившим социјалистичким држава у процесу демократске транзиције, успостављање парламентарне демократије и вишепартијског изборног система” (Вуксановић, 2010: 8). Венецијанска комисија је у октобру 2002. године усвојила Кодекс добре праксе у изборним питањима.³ Овим документом дефинисани су основни стандарди европског изборног наслеђа, засновани на најбољој пракси и стандардима у земљама чланицама Европске уније и шире, а који се односе на финансирање изборне кампање, остваривање општег бирачког права и идентификацију бирача на бирачком месту током избора.

Европски изборни стандарди своје значајно упориште налазе и у документима усвојеним у оквиру Организације за европску безбедност и сарадњу. На врху ове листе налази се Завршни документ из Копенхагена⁴, у коме су садржани основни принципи и мере које државе чланице треба да поштују и да их примене у заштити људских права. Већина принципа који се односе на изборе садржана је у члановима 6. до 8. поменутог документа. Иако је принцип демократских избора постављен још Универзалном декларацијом и ПГП, међународна заједница није била у стању да се озбиљније бави тиме све до скоро. Тек са ангажовањем ОЕБС-а постижу се конкретни резултати. Снажан подстрек томе је дао управо Документ из Копенхагена, у коме су први пут наглашене обавезе државе у изборном процесу и који представља својеврсну компилацију међународних стандарда у области избора. Овај документ уз Универзалну декларацију, ПГП, представља примарни извор минимума стандарда, којим се ОЕБС руководи у анализи и оцени изборне регулативе у једној земљи.

Имајући у виду наведене документе, као основне изборне принципе европског изборног наслеђа можемо препознати: опште, једнако, тајно и непосредно право гласа, уз обавезу редовног одржавања избора.

3. Изборна правила у Србији

Анализирање изборних правила у Србији почињемо Уставом, као највишим правним актом. Наиме, Устав Србије већ у члану 2. утврђује да “сувереност потиче од грађана који је врше референдумом, народном иницијативом

2 European Commission for Democracy through Law

3 Мишљење бр. 190/2002 . CDL-AD (2002)023 rev. Strazbur, 30. октобар 2002. године

4 Документ са II састанка Конференције о људској димензији (Копенхаген, 1990).

и преко својих слободно изабраних представника. Ниједан државни орган, политичка организација, група или појединац не може присвојити сувереност од грађана, нити успоставити власт мимо слободно изражене воље грађана.” Владавина права, као основна претпоставка Устава, остварује се слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем Уставу и закону. Изборно право, као основно политичко право, садржано је у другом делу Устава, у оквиру каталога људских права и слобода. Наиме, сваки пунолетан пословно способан држављанин Републике Србије има право да бира и да буде биран. Устав користи термин “изборно право”, али говори само о активном и пасивном бирачком праву, као суштинским елементима изборног права, препуштајући законодавцу детаљнију разраду. Уставом су утврђени основни принципи изборног система: опште и једнако изборно право, слободни и непосредни избори, тајно и лично гласање.

Основни изборни закон је Закон о избору народних посланика⁵, који највећим делом регулише област парламентарних избора. Председнички избори регулисани су Законом о избору народних посланика⁶, док су локални избори предмет посебног, Закона о локалним изборима⁷. Овим законима, уз Закон о јединственом бирачком списку⁸, уређује се материјално и процесно изборно право, као и правила изборне математике и изборне технике.

Основни изборни принципи и изборно право у Србији регулисани су Уставом, као највишим правним актом чиме су заштићени од могућих учесталих промена. Неопходна флексибилност обезбеђује се тиме што се детаљна разрада изборних правила препушта изборном законодавству. Техничка правила за спровођење избора утврђена су административним прописима Републичке изборне комисије. Изборна правила садржана у наведеним правним актима су лако доступна јавности, транспарентна су и обрађује све компоненте изборног система неопходне за обезбеђење демократичности избора.

Намера нам је да анализирамо у којој мери изборна правила у Србији омогућавају остваривање права сваког грађанина да бира и да буде биран, уз евентуална ограничења која постоје, као и у којој мери су она усклађена са европским изборним стандардима.

5 Закон о избору народних посланика, *Сл. гласник*, 35/2000 и др.

6 Закон о избору председника Републике, *Сл. гласник*, 111/2007, 104/2009

7 Закон о локалним изборима, *Сл. гласник*, 129/2007, 34/2010, одлука Уставног суда I 54/200

8 Закон о јединственом бирачком списку, *Сл. гласник*, 104/2009, 99/2011

4. Опште право гласа

Опште бирачко право је кључни елемент савремених демократија. Ово право има својство “универзалне цивилизацијске тековине” (Ђукић-Вељовић, 1995: 90) и општеприхваћени је принцип изборног система. Право гласа је имало проћи више стадијума у свом развоју; од права које је доступно ужим слојевима друштва, уз прописивање најразличитијих цензуса до коначног признања права гласа свим мушкарцима и свим женама, без обзира на расу, језик, веру, етничко порекло, претходну или тренутну политичку припадност, писменост, имовински статус. “Увођење општег права гласа унело је велике промене у изборни и представнички систем. У политичку арену пуштени су сви слојеви народа, сви интереси, сва идејна стремљења” (Грол, 1938: 273).

Значај општег права гласа јасно се истиче у европским изборним правилима. Опште право гласа у начелу значи да сваки појединац има право да бира и да буде биран. (Кодекс добре праксе у изборним стварима, 1.1). Да би обезбедиле да воља народа буде основа ауторитета власти, државе учеснице ће, између осталог, гарантовати опште и једнако право гласа свим пунолетним грађанима (Документ из Копенхагена, 7.3). Централна питања која се данас појављују поводом остваривања општег права гласа односе се на реализацију овог права у погледу осетљивих категорија бирача. Такође, и даље су актуелне дилеме да ли и у којој мери треба задржати одређена ограничења, посебно када је реч о починиоцима кривичних дела, или особама које су под старатељством.

Опште бирачко право може и треба да буде подвргнуто ограничењима каква су: старосна доб, држављанство и пребивалиште, уз могућност одузимања права да се бира и буде биран. Право да се бира и буде биран мора бити условљено минималном старошћу, при чему, право да се бира мора да се стиче најкасније пунолетством. Право да се буде изабран требало би да се стиче када и право да се бира, а најкасније са 25 година старости, уз могућност прописивања више старосне доби за одређене јавне функције, нпр. шефа државе или члана горњег дома (Кодекс добре праксе, 1.1 а). У свим државама чланицама Европске уније (ЕУ) минимална старосна доб за право гласања је 18 година, осим у Аустрији, где износи 16 година. За стицање посланичке способности старосна доб је од 18 до 25 година старости, а за чланове Горњег дома и председника државе и до 50 година (Италија). Држављанство је прихватљив услов за стицање бирачког права. Међутим, препорука је омогућити странцима, који живе на некој територији извесно време, право гласа на локалним изборима, у складу са Конвенцијом Савета Европе о учешћу странаца у јавном животу на локалном

нивоу⁹. У свим државама чланицама ЕУ држављанство је услов стицања бирачког права, и најчешће се односи и на натурализоване држављане. Пребивалиште може бити прописано као услов, али се право да се бира и буде изабран може гарантовати држављанима који живе у иностранству. Минимални период пребивалишта не би требало да буде дужи од шест месеци, сем да би се заштитили припадници националних мањина, а који се може увести као услов само за локалне или регионалне изборе (Кодекс добре праксе, 1.1.ц). Пребивалиште, као услов за остваривање бирачког прва, подржан је у пракси Европског суда за људска права¹⁰. Наиме, Суд је пошао од претпоставке да грађанин који нема пребивалиште на подручју своје државе мање је заинтересован и недовољно упућен у свакодневне проблеме друштва. Суд прихвата и да се поставе строжи услови за уживање права на кандидовање за парламент, него за уживање гласачке способности.

Право да бира и да буде биран за посланика има пунолетан, пословно способан држављанин Републике Србије са пребивалиштем у Републици Србији (чл. 10. Закона о избору народних посланика). Право да бира председника Републике и да буде биран за председника Републике има сваки пунолетан и пословно способан држављанин Републике Србије (чл. 2. Закона о избору председника Републике). Право да бира одборника има пунолетан, пословно способан држављанин Републике Србије који има пребивалиште на територији јединице локалне самоуправе у којој остварује изборно право. За одборника може бити изабран пунолетан, пословно способан држављанин Републике Србије који има пребивалиште на територији јединице локалне самоуправе у којој је предложен за одборника (чл. 6. Закона о локалним изборима). У погледу минималног периода пребивалишта наведени изборни закони се не изјашњавају.

Изборно законодавство Србије препознаје као бираче и оне грађане који имају боравиште у иностранству, а који гласају у дипломатско-конзуларним представништвима Србије и на посебним бирачким местима. Странцима, који извесно време живе на територији наше државе, међутим, није омогућено да гласају ни на локалним изборима. Изборно законодавство садржи посебне одредбе, које се тичу реализације бирачког права особа које нису у могућности да на бирачком месту гласају лично (слепо, инвалидно или неписмено лице), бирача који нису у могућности да гласају на бирачком месту (немоћно или спречено лице), бирача који су на одслужењу војног рока, на војној вежби, као и бирача који се, на

9 ETS 144. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (Strasbourg, 5.2. 1992)

10 Hilbe v. Lieschstein (dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI

дан гласања, налазе у притвору или на издржавању заводске санкције. Закон о јединственом бирачком списку омогућава да бирач гласа и према месту свог боравишта, чиме се омогућава гласање и особама смештеним у здравственим и установама социјалне заштите. Такође, у контексту реализације прокламованог општег права гласа врло је важно особама са инвалидитетом омогућити достојанствено, слободно и тајно гласање. То се првенствено односи на уклањање физичких препрека које онемогућавају приступ бирачком месту. Наиме, учешће грађана у политичком и јавном животу је од суштинског значаја за развој демократског друштва. Друштво мора да рефлектује различитост својих грађана и да оствари бенефит из њихових различитих искустава и знања. Стога, важно је и да особе са инвалидитетом остварују право гласа¹¹.

Кодекс добре праксе у изборним стварима допушта могућност да бирачко право буде одузето, али тако да буде законом предвиђено, уз поштовање принципа пропорционалности и засновано на менталној неспособности или одговорности за тешко кривично дело. Одузимање политичких права може се утврдити само изричитом одлуком суда. У Препоруци Rec (2004) 10 од 22. 9. 2004. године у члану 4. се истиче да особе са менталним потешкоћама треба да остварују сва грађанска и политичка права. Било какво ограничење ових права треба да буде у складу са Европском конвенцијом и не може се заснивати само на чињеници да особа има ментални поремећај. Велики број држава чланица ЕУ пориче право политичког учествовања свим особама које су под старатељством, делимичним или потпуним, независно од њиховог индивидуалног нивоа, функционалне способности или менталних проблема. Одредбе о "аутоматском" искључивању таквих особа налазимо у уставима и изборном законодавству Бугарске, Данске, Естоније, Мађарске, Пољске, Грчке и другим. Мањи број држава особама са менталним проблемима и интелектуалним потешкоћама обезбеђује пуно учешће у изборном процесу. Такав пример налазимо у Аустрији.¹² Европски суд за људска права је става да апсолутна забрана бирачког права особама које су под старатељством, без посебног судског вредновања стварног степена инвалидитета конкретне особе, представља повреду права на слободне изборе.¹³

Када је реч о починиоцима, пре свега, тешких кривичних дела, није неуобичајено да они буду лишени бирачког права. Међутим, лишење

11 Препорука Савета министара Савета Европе Rec (2006) 5 од 5. априла 2006.

12 European Union Agency for fundamental rights, *The right to political participation of persons with disabilities*, retrieved 09, June, 2014 from <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/right-political-participation-persons-disabilities-summary>

13 Case of Alakos Kiss v. Hungary (2010)

права гласа не може бити независно од природе и тежине учињеног дела. Таква бланкетна норма може бити несагласна са Европском конвенцијом. Европски суд је прихватио да осуђеници могу бити лишени права гласа, у смислу превенције извршења кривичних дела и како би се ојачала грађанска одговорност и поштовање владавине права.¹⁴ Суд сматра да стандард толеранције не спречава демократско друштво да предузима кораке ради заштите од активности који уништавају права и слободе постављене Конвенцијом. Члан 3. Протокола број 1 не гарантује појединцу могућност да утиче на састав легислативног органа, не искључује могућност ограничења изборног права појединца који је нпр. озбиљно злоупотребио своју јавну позицију или чије понашање представља претњу основама владавине права. Одузимању права гласа не сме се, међутим, приступити олако, а у складу са принципом пропорционалности неопходно је да постоји приметна и довољна веза између казне и понашања појединца. У том смислу, Европски суд прихвата препоруку Венецијанске комисије да се одузимање политичких права обавља само уз изричиту судску одлуку. Решења у упоредном праву у том погледу су врло различита. Неке државе (Албанија, Хрватска, Чешка, Словенија и др.) у свом праву не утврђују никаква ограничења за осуђенике у остваривању права гласа. Друге, (Мађарска, Бугарска, Русија, Уједињено Краљевство), аутоматски дисквалификују ове особе. У неким државама доношење одлуке о томе је препуштено кривичним судовима, или зависи од врсте кривичног дела и дужине изречене казне.

Устав Републике Србије и пратеће изборно законодавство, као услове за стицање бирачког права, утврђују пословну способност. Лица лишена пословне способности лишена су и изборног права. Поступак лишења пословне способности је регулисан Законом о ванпарничном поступку¹⁵. У овом поступку суд испитује да ли је пунолетно лице према степену способности за нормално расуђивање у стању да само брине о себи и својим интересима и правима. Сходно томе, суд доноси одлуку о потпуном или делимичном лишењу пословне способности, што за последицу има немогућност уживања права гласа. Када је реч о осуђеницима, у нашем праву нису утврђена никаква ограничења у погледу остваривања изборног права. Осуђеници нису лишени пасивног бирачког права, а активно бирачко право могу реализовати на бирачком месту у установи за извршење кривичних санкција.

14 Case of Hirst. Stav 74 i 75, case of Frodl, stav 30

15 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник* бр. 46 (95)

5. Бирачки спискови

Бирачки списак настао је у условима када није постојало опште право гласа, а евидентирање бирача имало је за циљ да онемогући гласање онима који немају право гласа, али и да спречи разне злоупотребе и изборне преваре. Данас, правилно успостављање и одржавање бирачке евиденције је од виталног значаја у примени и остваривању општег права гласа. Бити уписан у бирачки списак је од суштинског значаја за остваривање бирачког права. Евиденција бирача, међутим, један је од најкомплекснијих и често најмање успешних делова изборне администрације, посебно у новим демократијама и постконфликтним ситуацијама са великим бројем избеглица и интерно расељеним лицима. Најчешћи проблеми који доводе до недовољно поузданих бирачких спискова јесу недовољно искуство власти, промене становништва и чињеница да мали број грађана проверава бирачке спискове. То има за последицу некомплетан бирачки списак, у коме нису уписани сви бирачи, или неажуран списак са нетачним подацима.

Значај адекватног вођења бирачких спискова препознаје се и у Кодексу добре праксе у изборним стварима. Да би бирачки спискови били поуздани, препорука је да буду стални, да се редовно ажурирају и да се објављују. Стална регистрација претпоставља да једном уписано име остаје у бирачком списку до промена околности везаних за остваривање бирачког права. У систему периодичне регистрације, за сваке нове изборе саставља се нови списак бирача. Стална регистрација има предност у томе што пружа веће могућности контроле и захтева мањи персонал и мања средства. Добра страна сталног вођења бирачког списка је у томе што се измене у бирачком списку углавном врше ван конкретних избора и омогућавају краћи размак између дана расписивања и дана одржавања избора. Уколико се регистрација бирача не врши аутоматски, могућност пријављивања мора да постоји у току релативно дужег периода. Бирачи који нису регистровани или у погледу којих постоје уписани нетачни подаци треба да имају могућност уписа у бирачки списак у управном поступку, који подлеже судској контроли, или у судском поступку. Упис у бирачки списак, међутим, не сме се дозволити на дан избора и на бирачком месту (Кодекс добре праксе 1.2). Од велике важности је обезбедити и транспарентност бирачких спискова. То подразумева да бирачки спискови, као јавни документи, морају бити доступни контроли и провери заинтересованим лицима. Транспарентност бирачких спискова мора се остваривати тако да се омогућава заштита личних података и информација које су прикупљене у току регистрације бирача.

У погледу остваривања права на упис у бирачки списак, значајна је пресуда *Labita* против Италије¹⁶. У овој одлуци, Европски суд је заузео став да лица која подлежу посебном полицијском надзору, или за које се сумња да припадају мафији, могу се аутоматски брисати из бирачког списка пошто губе грађанска права и јер представљају опасност по друштво. Суд не сумња да се привременим ускраћивањем гласачких права лицима против којих постоје докази да припадају мафији тежи легитимном циљу.

У области бирачке евиденције били су приметни значајни недостаци нашег изборног законодавства. Они су се односили на непостојање јединственог бирачког списка, као и недовољну транспарентност и јавност бирачких спискова. Наведени недостаци, у великој мери, отклоњени су почетком примене Закона о јединственом бирачком списку. Јединствени бирачки списак, као јавна исправа у којој се води јединствена евиденција држављана Републике Србије који имају бирачко право први пут је примењен поводом избора одржаних 2012. године. Формирана је јединствена база података која се води по јединственој методологији, док су у погледу вођења бирачких спискова задржана начела сталности и ажурности. Законом је јасно утврђено коме је дозвољено да захтева измене у бирачком списку као и начин поступања по таквим захтевима. У погледу вођења бирачких спискова примењују се правила управног поступка, а складу са препоруком из Кодекса добре праксе обезбеђена је судска контрола у поступку пред Управним судом.

У смислу остваривања транспарентности бирачких спискова, закон садржи изричита правила о излагању делова бирачких спискова за подручје јединице локалне самоуправе. Када се бирачки списак излаже на увид јавности, по препоруци Повереника за заштиту података о личности, не би требало да садржи податке који припадају сфери приватности појединаца, пре свега ЈМБГ.¹⁷ То има за последицу да се изводи из бирачких спискова не објављују, позивањем на Закон о заштити личних података. Међутим, тиме је у значајној мери ограничена транспарентност бирачког списка, што не може бити позитивно оцењено. Добро је што право на увид у бирачки списак има сваки грађанин у циљу провере личних података. Увид у део бирачког списка може се извршити непосредно у општинској, или градској управи у којој грађанин има пребивалиште, или електронским путем на званичној интернет адреси Министарства надлежног за послове државне управе, у складу са законом који уређује заштиту података о личности. Од проглашења изборне листе, право на увид и на подношење захтева

16 Case of *Labita vs. Italy*, appl. no 26772/95

17 Извор веб сајт Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности <http://www.poverenik.rs/>

за промену у бирачком списку има и подносилац изборне листе или лице које он овласти, по истом поступку по коме то право имају грађани. Политичким странкама није директно признато право увида у бирачки списак, али подносилац изборне листе, укључујући страначке, може то да чини.

Иако је бирачки списак у техничком смислу значајно унапређен након 2012. године, има места за побољшања у суштинском смислу, односно у погледу информација које су у њему садржане. Додатна побољшања су неопходна јер бирачки списак и након избора одржаних 2014. године садржи извесни број дуплих уписа и података преминулих бирача. Такође, сва имена и презимена бирача која припадају националним мањинама морају се унети и на ћирилици и изворно на језику бирача¹⁸. Имајући у виду да "квалитет података у бирачком списку представља огледало рада читаве државне администрације", тек значајне промене у тој области могу продукovati промене у квалитету информација у самом бирачком списку (Вуковић, Вучетић, 2013: 21).

6. Кандидовање представника

Пасивно бирачко право реализује се у поступку кандидовања, као једне од најзначајнијих фаза изборног процеса. Процес кандидовања треба да буде постављен тако да одговара својој основној функцији-конституисању државе на демократској основи. Предлагање кандидата је право бирача, али и политичких партија, које играју кључну улогу у овој фази изборног поступка. У поступку предлагања кандидата могу се поставити одређени услови за истицање кандидатуре, као што су прикупљање одређеног броја потписа, подношење депозита, али тако да буде искључена било каква дискриминација могућих кандидата. Прихватљива ограничења односе се на достизање одређене старосне доби, поседовање држављанства и пребивалиште. Да би обезбедиле да воља народа буде основа ауторитета власти, државе учеснице ће поштовати право грађана да буду бирани на политичке односно јавне функције, појединачно или као представници политичких странки или организација, без дискриминације (члан 7.5. Документа из Копенхагена). У поменутом документу наглашава се да је неопходно поштовати и право појединаца и група да слободно оснивају своје политичке странке односно друге политичке организације, и да тим организацијама треба обезбедити неопходне правне гаранције како би

18 OSCE/ODHIR: Final report: Republic of Serbia- Early Parliamentary Elections 16 March 2014, Retrieved 10, June 2014, from <http://www.osce.org/sr/odihhr/elections/serbia/119405?download=true>

се оне могле међусобно надметати на бази равноправног третмана пред законом и властима (чл. 7.6).

Кодекс добре праксе у изборним питањима утврђује да пријављивање кандидатуре може бити условљено обавезом да се сакупи одређени број потписа, што је теоретски компатибилно са начелом општег права гласа. Али, препоручује се да законски услов буде највише 1% бирача регистрованих у изборној јединици. При том, морају се установити јавна правила у поступку провере потписа, нарочито у односу на рокове и да се примене на све потписе, а не само на узорак. Када се провером покаже да је прикупљен неопходан број потписа, преостали потписи не морају се проверавати. Неважећи потпис треба такав и да остане, али не би требало да поништава остале потписе. У сваком случају, кандидатура мора да се верификује пре почетка изборне кампање, јер кашњење у погледу верификације ставља неке странке и кандидате у неповољнији положај у изборној кампањи. У Кодексу се препознаје и друга процедура, када кандидати или странке морају да положи депозит који се враћа само ако кандидат или странка добију одређени проценат гласова. Међутим, износ депозита и број гласова који је неопходан да би се депозит вратио не треба да буду претерани. Тиме треба спречити само неозбиљне кандидатуре.

Полагање депозита, као услов прихватања кандидатуре на изборима, препознато је и у пракси Европског суда за људска права. Утврђивање износа депозита је у дискреционој власти политичких органа и није у надлежности Европског суда, али депозит не треба да буде прекомеран или такав да ствара “непробојне административне или финансијске баријере за кандидате, који желе да се укључе у изборну трку, да је препрека појављивању довољно репрезентативним политичким струјама, или да представља сметњу плуралном принципу”.¹⁹ Увођење изборног јемства, у наведеним оквирима, не значи дискриминацију потенцијалних кандидата према имовинском стању, већ је циљ да допринесе да на страни потенцијалних кандидата постоји разуман став и да се спречи злоупотреба изборног права.

Европски суд, такође, подржава дисквалификацију неких лица да се кандидују на изборима за чланове парламента. Наиме, члан 3. Протокола бр. 1 подразумева субјективно право неког лица да гласа и да се кандидује на изборима, али ма колико та права била важна она нису апсолутна и постоји простор за “прећутна ограничења”. У својим унутрашњим правним системима, државе уговорнице подвргавају изборно право и кандидатуру на изборима условима који нису начелно забрањени по члану 3. Протокола бр. 1. У овој области државе уживају широко право на

¹⁹ Case of Sukhovetsky v. Ukraine (appl.no 13716/02)

процену, али Суд инсистира да се постављеним условима не поништава суштина поменутих права, да су они постављени у тежњи да се постигне легитимни циљ и да употребљена средства нису несразмерна. Државе уживају велику слободу при доношењу правила у свом уставном поретку, којим регулишу статус чланова парламента, укључујући и критеријуме за њихову дисквалификацију. Иако проистичу из општег интереса који обезбеђује независност чланова парламента, али и слободу опредељења бирачког тела, ови критеријуми зависе од историјских и политичких чинилаца који су својствени свакој држави. Неке ситуације предвиђене уставнима и законским прописима, који регулишу питање избора у државама чланицама Савета Европе показују да постоје велике могућности избора када је реч о овом питању. Ниједан од ових критеријума не треба сматрати вреднијим од било ког другог, под условом да се њиме гарантује изражавање воље народа путем слободних, правичних и регуларних избора. Дисквалификација има за циљ да се кандидатима различитих политичких убеђења обезбеди уживање подједнаких средстава утицаја, пошто они који врше јавне функције могу понекад имати неправичну предност у односу на друге кандидате. Истовремено, тиме се штити изборно тело од притисака званичника који би се појављивали у улози кандидата на предстојећим изборима (случај *Gitonis* и други против Грчке, представка бр. 9267/81). Европски суд подржава и дисквалификацију лица која су заузимала одговарајуће место у локалној влади у релевантно време пре избора. Наиме, није само легитимно, већ и неопходно, посебно у демократском друштву, да се што је могуће више осигура приврженост службеника државној служби и да се бирачима допусти слобода избора својих представника. Зато, особљу у државној служби не треба дозволити да се кандидује за представничка тела јер би им то омогућило да се окористе својим положајем. Особе које желе радити у државној служби, морају се одрећи политике, што јесте ограничење слободе изражавања, слободе удруживања и изборних права, али то је инхерентно позицији који заузимају.²⁰

Неизборност, као правна сметња за избор једног лица за представничку функцију, а чији је смисао да се бирачи заштите од недозвољеног утицаја који може вршити појединац као носилац јавне функције, није изричито поменута ни у Документу из Копенхагена, нити у Кодексу добре праксе у изборним питањима. Неизборност не познаје ни наше важеће изборно законодавство, мада, интересантно је поменути да су се одредбе о томе могле наћи још у Уставу Србије из 1869, а посебно разрађене одредбе о томе имао је Устав Србије из 1888. године.

20 Case of *Ahmed and others v. the United Kingdom*

Ограничењу права кандидовања могу водити и рестриктивни захтеви у погледу регистрације странака. Посебан проблем представља дерегистрација, односно накнадно повлачење пријављених кандидатура. Препорука је избегавати неодговарајућу и неконзистентну дерегистрацију кандидата у последњем тренутку²¹. Уколико се допушта повлачење кандидатуре, она мора бити подвргнута строгим условима, како не би изазвала конфузију код бирача. Такве ситуације треба посебно избегавати када су гласачки листићи већ одштампани.

У Србији, примена пропорционалног изборног система повлачи постојање изборних листа кандидата. Кандидате за народне представнике могу предлагати регистроване политичке странке, коалиције странака, као и групе грађана.²² Када је реч о парламентарним изборима, свака листа мора бити подржана потписима 10.000 бирача, при чему сваки потпис мора бити оверен у суду. Како је истакнуто у ОЕБС/ОДХИР извештајима, "претеран је захтев и за прикупљање потписа подршке и за плаћање овере тих потписа, јер се тиме може лимитирати могућност учествовања што је супротно члану 7.5. Документа из Копенхагена." Међутим, политичке партије нису до сада инсистирале на корекцији овог услова, што имплицира да плаћање овере није претерани финансијски издатак за њих, или, оне којима је то представљало финансијску потешкоћу никада нису могле доћи до релевантне подршке бирача како би нешто суштински мењале у изборном процесу. Тако да, иако се изборним законима не постављају диференцирани услови према томе да ли се у својству предлагача појављује парламентарна или ванпарламентарна странка, јасно је да ова правила иду више на руку парламентарним странкама са стабилним изворима финансирања. Посебно, та неједнакост наглашена је због истовременог одигравања изборне кампање и регистрације кандидата, чиме кандидати са раније проглашених листа одмах започињу кампању и добијају почетну предност у односу на листе кандидата које ће бити касније проглашене, а иза којих по правилу, не стоје етаблиране политичке партије. Стога, препорука је ОЕБС-а да законом прописани крајњи рок за регистрацију кандидата треба утврдити пре званичног почетка изборне кампање.

Бирач, пак, својим потписом може подржати само једну изборну листу, мада законом нису утврђене конкретне санкције уколико би бирач из незнања или из других разлога подржао више изборних листи. У пракси је релативно чест случај да један бирач подржи више листа, али се његова подршка рачуна само једном и само листи која је прва проглашена. Добро је

21 European Commission for democracy through law, Electoral Law, CDL-EL (2013) 006, Strasbourg, 3 July 2013

22 Чл. 40. ЗИМП и чл. 18. Закона о локалним изборима

што невалидни или недостајући потписи не утичу на ваљидност осталих потписа и што Републичка изборна комисија дозвољава отклањање ових недостатака у накнадно остављеном року. Изборни закони у Србији се опредељују за прикупљање потписа, као вид подршке пријављених листа кандидата. Обавеза полагања изборног јемства појављује се у вези са финансирањем предизборних активности политичких субјеката. Наиме, политички субјекат који намерава да користи средства из јавних извора за покриће трошкова изборне кампање има обавезу полагања изборног јемства у одговарајућем износу. Изборно јемство се враћа политичком субјекту уколико на изборима освоји најмање 1% важећих гласова, односно најмање 0,2 % важећих гласова ако заступа интересе националних мањина.

У процесу кандидовања присутне су мере афирмативне акције. Наиме, на изборној листи међу свака три кандидата по редоследу на листи (прва три места, друга три места и тако до краја листе) мора бити најмање по један кандидат-припадник оног пола који је мање заступљен на листи.

Изборни закон, међутим, не упушта се у начин на који политичке партије одређују своје кандидате, препуштајући то унутарстраначком регулисању и договору. Нема сумње да је процес номиновања кандидата најважнија изборна активност странке, а да правила по којима се одвија именовање кандидата представљају важан индикатор демократичности политичке странке. Наиме, законодавац уређује формалне и процесноправне аспекте кандидовања. Међутим, ко ће се и како наћи на изборној листи, законодавац уређује само на нивоу општих јемстава. Одсуство оваквих правила, односно њихово регулисање статутима странака, погодовало је развијању и јачању олигархијских тенденција у организацији и функционисању политичких странака. Посебно повољан миље за то била су законска решења која су партијама допуштала да одређују којим кандидатима са изборне листе треба доделити посланички мандат. Интервенцијом Уставног суда²³ овакво решење је измењено и сада се добијени мандати, како на парламентарним, тако и на локалним изборима, додељују кандидатима по редоследу на изборној листи почев од првог кандидата са листе. Увођење затворених листа појачало је дејство изборне воље грађана, а тиме и везу између бирача и представника на уштрб утицаја политичких партија.

7. Закључне напомене

У целини посматрано, изложена решења у нашем правном систему показују високи степен компатибилности са европским изборним стандардима у погледу остваривања општег права гласа. Право гласа као право појединца

23 Одлука Уставног суда IУз 52/2008 од 21.4.2010., *Сл.гласник* бр. 34 (2010)

да бира и да буде биран подлеже ограничењима која су у смислу наведених стандарда прихватљива. То су старосна доб, држављанство и пребивалиште. Међутим, наше изборно законодавство уопште не препознаје могућност да странци, који су интегрисани у локалним срединама, буду укључени у изборни процес, бар на локалном нивоу.

Доношењем Закона о јединственом бирачком списку у великој мери су отклоњени недостаци који су били везани за непостојање јединствене евиденције о бирачима и недовољне транспарентности бирачких спискова, а отворене су могућности и за гласање бирача ван пребивалишта.

Недостаци постојећег изборног законодавства, међутим, још увек долазе до изражаја у фази кандидовања представника. Увођење затворених листа је представљао први корак ка ојачавању везе између грађана и кандидата, али се мора наставити. Иако се европски изборни стандарди тим питањем баве само на нивоу принципа, решења у националном законодавству треба да буду детаљнија и да креирају амбијент у коме ће бирачи активно моћи да учествују у кандидовању представника.

Литература

Вуковић, Ђорђе. Вучетић, Дејан. (2013). *Избори 2012: (не)правилности у изборном процесу*. Ниш: Национална коалиција за децентрализацију

Вуксановић, Предраг (2010). Венецијанска комисија и њено бављење Србијом, *Страни правни живот 1/2010*, 7–30

Грол, Војислав (1938). *Еволуција изборног права у Француској* (докторска дисертација). Београд: Правни факултет

Ђукић-Вељовић, Златија (1995). *Огледи о политичком представништву и изборима*. Београд: Правни факултет

Јовановић, Милан (2004). *Изборни системи пост-комунистичких држава*, Београд: Службени лист СРЈ, Институт за политичке студије

Luhman, Niklas (1992). *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb: Naprijed

Матић, Милан (1974). *Политичко представљање у области политичке теорије*, Београд: Радничка штампа

Пајванчић, Маријана (2003). *Увод у изборне системе*, Ниш: Одбор за грађанску иницијативу

Правни извори

Документ са II Састанка Конференције о људској димензији (Копенхаген, 1990)

European Commission for democracy through law, *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, CDL-AD (2002)023 rev. Starzbur, 30. oktobar 2002. godine retrieved from 05 May 2014 [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD\(2002\)023rev-bos](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD(2002)023rev-bos)

European Commission for democracy through law, *Electoral Law*, CDL-EL (2013) 006, Strasbourg, 3 July 2013, retrieved 13, May 2014, from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL\(2013\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL(2013)006-e)

OSCE/ODHIR: Final report: Republic of Serbia- Early Parliamentary Elections 16 March 2014, Retrieved 10, June 2014, from <http://www.osce.org/sr/odihr/elections/serbia/119405?download=true>

Препорука Савета министара Савета Европе Rec (2006) 5 od 5. aprila 2006

ETS 144. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (Strasbourg, 5.2. 1992)

Case of Alakos Kiss v. Hungary (2010)

Case of Ahmed and others v. the United Kingdom

Case of Matheu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, decision of 22 October 1985, Series A no. 113

Hilbe v. Lieschstein (dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI

Case of Labita vs. Italy, appl. no 26772/95

Case of Sukhovetskyu v. Ukraine (appl.no 13716/02)

Закон о избору народних посланика. *Сл. гласник*, бр.35 (2000), бр. 57 (2003-одлука Уставног суда, бр.72 (2003), бр. 18 (2004), бр.101 (2005), бр. 85 (2005), 28 (2011) одлука Уставног суда I 36/2011 и 194/2009

Закон о избору председника Републике. *Сл. гласник*, бр. 111 (2007), бр. 104 (2009)

Закон о локалним изборима. *Сл. гласник*, бр. 129 (2007), 34 (2010), одлука Уставног суда I 54/200

Закон о јединственом бирачком списку. *Сл. гласник*, бр.104 (2009), бр. 99 (2011)

Законом о ванпарничном поступку, *Сл. гласник*, бр. 46 (95)

Maja Nastić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Electoral Rules in Serbia and the European Standards on Universal Suffrage

Summary

Elections are the most important form of citizens' participation in political decision-making processes in every state. Electoral rules shape the electoral democracy as an essential component of democracy. Elections are the basis for government legitimacy and the cornerstone of democracy, providing that they are organized on the following principles: universal and equal suffrage; free, personal and direct voting by secret ballot. The subject matter of this article is the principle of universal suffrage in the electoral rules in Serbia and its compliance with the European standards. The electoral legislation in Serbia is not homogeneous and it is contained in several legislative acts. The Act on the Election of Members of Parliament is the basic legislative act which regulates the matter of parliamentary elections. The Presidential and local elections are regulated by separate legislative acts, which (along with the Act on the Unified Register of Voters) regulate the substantive and procedural framework of Serbian electoral law.

Within the framework of European electoral standards, the author explores the relevant provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 3 of Protocol No. 1), the OSCE documents (primarily the Copenhagen Criteria) and the Code of Good Practice in Electoral Matters, adopted by the Venice Commission. The author analyzes the national electoral rules and how they provide for the exercise of the principle of universal suffrage, i.e. the right of each citizen to vote and to stand for election, including the envisaged restrictions to this right. Bearing in mind that the universal suffrage right may be exercised only if the state ensures that the electoral register is regularly and efficiently updated, the author specifically focuses on the voters' registration. The exercise of the universal suffrage right will also be considered in terms of candidacy for an MP position. The provided analysis should point out to the degree of compliance of the national electoral rules with the European electoral standards. After identifying the deficiencies, the author will discuss possible ways of eliminating the shortcomings.

Key words: elections, election law, universal suffrage, ECHR, Venice Commission.

Мр Наталија Жунић*
Асистенткиња Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 305:342.53](4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ЕВРОПСКА УНИЈА: РОД И ПОЛИТИКА**

Апстракт: У раду се анализира родна природа демократског одлучивања и политичка заступљеност жена у парламентима држава Европске уније. Наиме, социјална, историјска и политичка димензија стицања и развоја грађанског статуса жена и политичких права жена представљају оквир из кога ће настати модел једнакости мушкараца и жена (*gender equality*), као један од фундаменталних принципа развоја и унапређивања Европске уније. Експанзија формалне политичке репрезентације жена спада у ред најзначајнијих трендова у политици за последњих сто година. Од освајања политичких права, односно једнаког права гласа и права на избор током 19. и 20. века, прошло је више од једног века, а родне разлике у политичким правима настављају и даље да буду супстанцијални сегмент расправа. Све до данас реализација политичке моћи жена, кроз политичку репрезентацију жена, још увек није у значајном (или, пропорционалном) броју остварена у већини држава Европске уније кроз актуалну парламентарну репрезентацију. У истраживањима доминира став да су пост-индустријске демократије дефицитарне, зато што нису успеле да адекватно представе женске интересе и потребе. Извештај Еуробарометра о равноправности полова, у различитим сегментима друштва, који је марта 2012. године објавила Европска комисија, показује да су жене слабо заступљене и у политици. У националним парламентима, на четири члана парламента долази тек једна жена. У Европском парламенту, од десет посланика, само три су жене, такође, има и великих разлика међу земљама Европске уније (Шведска, 45,0% / Кипар, 12,5% / Румунија 13,3%)

Кључне речи: род, политика, политичка заступљеност жена, родна демократија, Европска унија.

* natalija@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу од 2013. до 2018. године

1. Уводне напомене

Репрезентативност је централни проблем у данашњим дебатама о демократском нивоу политичких институција и процеса у Европској унији. Наиме, недовољна заступљеност појединих специфичних, социјалних група у политичким институцијама у процесу доношења одлука и дефинисању политика сматра се демократским проблемом правде, легитимности и ефикасности. Једна од тих социјалних група, која је дуг низ година била ускраћена за темељна грађанска и политичка права, су жене. Учешће жена у политици и њихова парламентарна репрезентација у дугом низу година предмет су многих дебата. Посматрајући родну једнакост (gender equality)¹ из историјске перспективе видимо да социјална, историјска и политичка димензија развоја грађанског статуса жена и политичких права жена представљају оквир из кога ће настати „парадигма о једнакости мушкараца и жена“, као један од темељних принципа (развојни или/и оснивачки принцип) Европске уније.²

Експанзија формалне политичке репрезентације жена спада у ред најзначајнијих трендова у политици за последњих сто година. Од освајања политичких права жена, односно једнаког права гласа и права на избор током XIX и XX века, прошло је више од једног века, а родне разлике у политичким правима су и даље супстанцијални сегмент расправе. Све до данас реализација политичке моћи жена, кроз политичку репрезентацију жена, још увек није у значајном (или, пропорционалном) броју остварена кроз актуелну парламентарну репрезентацију. Током више од једног века жене су се у Европи први пут се појавиле у парламенту Финске 1907. године, да би у XXI веку, 2014. године, достигле 45% у парламенту Шведске. Пут политичке партиципације и репрезентације жена започео је борбом за право гласа жена, и он јасно илуструје како жене, иако политички важна демографска чињеница, нису имале грађански и политички статус у друштву. Политичка права су по правилу припадала мушкарцима у историјском континуитету све до XIX века. Еволуција политичких права жена отпочиње борбом женског покрета за права жена у XIX веку и

1 Родна равноправност се у англосаксонској, социолошкој и правној литератури и правним документима препознаје као синтагма (gender equality), која означава да мушкарци и жене имају једнака права и могућност да „користе“ једнак третман државе у свим областима живота.

2 Од седамдесетих година XX века Европска комисија активно промовише, у различитим областима, многе мере за унапређење родне равноправности. Равноправност је једна од пет вредности на којима почива Европска унија (ЕУ). Првобитна посвећеност чланица Европске уније принципу „једнака зарада за исти рад“ проширена је на прогресивно признавање једнакости између мушкараца и жена, као фундаментални принцип демократије за целу ЕУ.

почетком XX века, када је јасно дефинисано појмовно утемељење и када се артикулисала идеја око захтева за женско право гласа, као основно политичко право модерног доба. Историја дефинисања и признавања политичких права жена одвијала се у дуготрајној борби жена током последња два века за политичко право да гласом, као политичким средством и симболом политичке слободе, искажу свој став и определе се за одређен друштвени/политички интерес. Историјска чињеница је да су се жене бориле за политичка права вековима.

Данас можемо рећи да је правни статус жена у Европи почетком XXI века очигледно унапређен. У данашње време сви грађански уставни заступају једнака права мушкараца и жена у јавном и политичком животу. Дакле, не постоје правне баријере да жене гласају или буду биране. По демографској статистици жене обухватају више од 50% оних које имају право да буду биране и освоје политичку власт, али је, такође, јасно да партиципација жена и даље наилази на значајне препреке. У неким земљама Европске уније признавање политичких права женама није битно променило још увек традиционалну политичку сцену, нити довело до (радикалне) трансформације политичке активности жена. Данас имамо жене премијерке, лидерке политичких партија и жене председнице многих важних парламентарних тела, али то не подразумева и да су урушени сви облици мушке доминације или да можемо наћи родно балансиране парламенте у већини старих демократија (Dahlerup, Leyenaar, 2013: 1).³

2. Учешће жена у политици држава Европске уније

У последњим деценијама XX века и првој деценији XXI века сведоци смо да “лице политике се мења” и да њена битна одлика постаје пораст броја жена на местима одлучивања (Krook, Child, 2010: 3). То, дакле, значи да су жене данас, више него икада у прошлости, ушле заједно са мушкарцима у јавну сферу политике, доспеле до изборних положаја и заузеле “извесно” место на лествици политичке моћи. Очигледно је да се у XXI веку мења слика родне структуре у политичким институцијама и организацијама, што указује на нову родну динамику у политичком животу. Политиколози и социолози у теоријским и емпиријским истраживањима модерних политичких процеса указују на постепено и стално побољшање положаја жена у политици (Krook, Child, 2010; Inglehart, Norris, 2003; Ballington, Karam, 2005).

³ Старе демократије су дефинисане као државе или земље које деле дугу традицију демократске праксе, високо развијену социоекономску структуру, где је установљено женско право гласа почетком XX века и где су универзална политичка права једна од карактеристика која дефинише демократију (Dahlerup, Leyenaar, 2013: 3).

У XX веку је учешће жена у политици, као бирачица и као чланица парламента, било једна од највећих тековина демократских промена у Европи и свету. У старим демократијама Европе политички живот је био установљен са својим институционалним нормама и праксама пре него што су жене добиле приступ политичкој сфери. Политичка репрезентација жена се у њима кретала поступном путањом, док су државе нове демократије и оне из постконфликтних земаља на крају XX века ишле бржим путем, уз употребу законом одређених квота (Dahlerup, Leуenaar, 2013: 1). Сва релевантна истраживања такође наглашавају друштвену чињеницу недовољне видљивости жена у политичком животу, односно, њене још увек маргиналне позиције по броју и утицају. Анализе и статистички подаци, из неколико упоредних извора још од педесетих година XX века, показују да је политика, као јавно поље партиципације и рада, област у којој је друштвена промоција жена најмања. Присутност жена у политичком животу, на релацији од формалног манифестовања до суштинског остваривања политичких права жена, по правилу се смањује уколико се иде од дна ка врху политичке пирамиде, односно од гласачког тела до владиних институција (Balington, 2008).

Политичка заступљеност жена на местима одлучивања у свим државама Европске уније показује да и даље, упркос формално правним могућностима, као што су политичка права жена и начело забране дискриминације, није престала да постоји „пирамидална законитост” о учешћу жена политичком животу. Наиме, са порастом количине политичке моћи и нивоа одлучивања у неким државама Европске уније опада учешће жена у јавном и политичком животу. Индикатор тог стања је број именованих и присуство изабраних жена у парламенту и другим органима власти, а највидљивије на местима председника држава или влада. Подаци показују да су мушкарци чинили огромну већину премијера држава између 1945. године и 2014. године, док је број жена премијерки у укупном броју европских извршних руководилаца само 4,5% (Muller-Rommel, Kubble, Vercesi, 2014: 20). Дакле, на репрезентативним политичким местима, где се влада и одлучује, „стаклени плафон” ограничава жене и доводи до минималног и/или несразмерног представљања жена у односу на њихов број у осталим сегментима политике. На пример, у мају 2013. године жене су заузимале 27% министарских места у владама држава Европске уније (ЕУ). Репрезентација жена на министарским местима у националним владама била је по истој стопи као и у парламентима тих држава. Мушкарци су и даље на тим позицијама више заступљени, и однос министарских места је три према један у корист мушкараца. Три земље чланице ЕУ имају паритет владе у којој је број мушкараца и жена скоро

једнак – Француска, Данска и Финска, затим следе Исланд и Норвешка. Родна равнотежа владе (најмање 40% сваког пола), такође, постоји и у Шведској, где жене чине више од половине министара, а такав је случај и у Аустрији и Лихтенштајну. Владе Белгије, Холандије и Немачке су такође близу постизања равноправне заступљености жена и мушкараца. Међутим, жене чине мање од једног на десет чланова кабинета у Грчкој, Словачкој, Естонији, Кипру и Мађарској (European Commission – Directorate-General for Justice, 2013).

Када се истражује родна парламентарна структура види се да расте учешће жена у парламентима држава чланица Европске уније у последњих десет година, тако да се број жена у парламентима од 17,7% у 2004. години повећао на 25,5% жена у 2014. години (Inter-Parliamentary Union, 2014). Нордијске земље су својим односом према женским правима и концепту родне равноправности допринеле повећању присуства жена у парламенту и заправо постале мера демократског инпута у развоју политичких права жена.

1. Процент жена у националним парламентима Европске уније, 29. 2. 2004.

Нордијске земље	39.7%
Европа – ОСЦЕ земље чланице, укључујући нордијске земље	17.7%
Европа – ОСЦЕ земље чланице, искључујући нордијске земље	15.6%

Извор: Percentage of women in National Parliament in EU, Situation as of 29st February 2004, Inter-Parliamentary Union, IPU, 2014. Приступ: април, 2014.

2. Процент жена у националним парламентима Европске уније, 1. 2. 2014.

Нордијске земље	42.1%
Европа – ОСЦЕ земље чланице, укључујући нордијске земље	25.1%
Еуроге – ОСЦЕ земље чланице, искључујући нордијске земље	23.5%

Извор: Percentage of women in National Parliament in EU, Situation as of 1st February 2014, Inter-Parliamentary Union, IPU, 2014. Приступ: април, 2014.

Наравно, постоје значајне разлике између земаља и региона. У овој 2014. години статистика показује уочљиву разлику између парламента са највећим бројем жена и оног са најмањим бројем жена у Европској унији. Шведска, као прва на тој ранг листи политичке заступљености жена у парламенту, има 45% жена, док Кипар са 12,5% има најмањи број жена у парламенту. После Шведске, долази Финска, 42,5%; Шпанија, 39,7%; Белгија, 39,3%; Данска 39,1%; Холандија, 38,7%; Немачка, 36,5%; Словенија,

33,3%; Аустрија, 32,2%; Италија, 31,4%; Португалија, 31,3%; Француска, 26,2%; Латвија, 25,0%; Бугарска, 24,6%; Хрватска, 23,8%; Велика Британија, 22,6%; Грчка, 21,0%; Чешка, 19,5%; Естонија, 19,0%; Словачка, 18,7%; Ирска, 15,7%; Румунија, 13,5%; и Кипар, 12,5%. (Inter Parliamentary Union, 2014.)

Извештај Еуробарометра о равноправности полова у различитим сегментима друштва, који је марта 2012. године објавила Европска комисија, показује да су жене слабо заступљене и у политици. Грађанке и грађани Европске уније недвосмислено верују да таква ситуација треба да се промени: 88% њих сматра да жене са једнаким квалификацијама треба да буду барем једнако заступљене на кључним позицијама. Око три четвртине испитаница/ка верује да жене имају потребне вештине. Исто толико Европљана/ки подржава идеју да се законом регулише број жена на кључним позицијама, с тим да 49% предлаже новчане казне као најадекватнији начин за примену тих закона. Истраживање, које је спроведено у септембру 2011. године на више од 26.000 испитаница/ка, показало је да 76% Европљанки/а мисли да у пословној заједници доминирају мушкарци који немају довољно поверења у жене. Знатно мање испитаника, око 29%, сматра да су жене мање спремне него мушкарци да се боре за каријеру. Исто толико грађана сматра да су жене незаинтересоване за позиције које носе одговорност. Око петина испитаника сматра да жене немају потребне квалификације за кључне позиције у фирмама. У односу на истраживање из 2009. године данас више грађана сматра да у бизнису доминирају мушкарци. Такође, скоро четвртина Европљана сматра да мере за равнотежу полова треба донети и на националном и на нивоу ЕУ. Релативна већина испитаника, њих 43%, сматра да квоте треба да буду 50% за мушкарце, 50% за жене (Special Eurobarometer 376, Report). Последњи извештај Европског женског лобија (EWL) критички се осврће на састав нове Европске комисије, који је донет на састанку челника и челница држава чланица ЕУ. Како су и пре тога били познати кандидати и кандидаткиње већине држава за чланство у Комисији, при чему су од укупно 28 особа, биле предложене само 4 жене, 28. августа 2014. године Европски женски лоби објавио је своју реакцију на могућност да у новој Европској комисији само око 15% чланства чине жене, што је упола мање него у одлазећој Комисији којом је председавао Х. М. Барозо. Питање које поставља Европски женски лоби у вези са овом ситуацијом гласи: да ли је ово Европска унија какву желимо? (European Women Lobby, 2014)

Када погледамо истраживање ставова о родној равноправности у Србији видимо да већина испитаника/испитаница сматра да родна равноправност није важно политичко питање. Половина жена које су гласале на последњим изборима није размишљала о родној равноправности у време гласања (у

поређењу са 46% мушкараца), 20% жена и 35% мушкраца то нису сматрали важним питањем. Испитаници су такође упитани да ли би изабрали мушкарца или жену истих квалификација и способности на изборима. Половина је рекла да не би могли да бирају на основу пола. Друга половина је подељена према полу: жене би пре одабрале кандидаткињу (19%) него кандидата (8%), а мушкарци обрнуто - 14% би одабрало кандидата, а 7% кандидаткињу (Грађанке и грађани Србије о родној равноправности; Јавно мњење Србије о родној равноправности, 2010: 11).

Дакле, различити културни простори центра и полупериферије Европе као да подупиру ставове П. Норис и Р. Инглхарт о “оскудици” жена у политици и на лидерским позицијама. Они је, наиме, виде као последицу културних баријера, односно традиционалних ставова који постоје према родним улогама мушкараца и жена, а који доприносе смањењу или повећању родне равноправности (Norris, Inglehart, 2001). Такође, истраживања IPU показала су да у многим земљама постоје изразито негативни ставови према политичкој партиципацији жена и да је то једна од главних препрека за укључивање жена у политички живот (IPU, 2000). Неједнакост у политичком појављивању и утицају мушкараца и жена има како културолошке корене и објашњења, тако и институционалне и структурне разлоге. У оквиру феминистичких истраживања рода и политике наилазимо на мишљење које представља жижну тачку идеје укључивања жена у сферу политике – да када жене нису заступљене у представничким телима сразмерно њиховом броју у општој популацији, онда је њихова искљученост неправедна, на тај начин се смањује укупни квалитет дебате и подрива смисао демократског легитимитета (Phillips, 2004).

Такође је у оквиру феминистичких истраживања рода, политике и државе започета расправа о различитим димензијама политичке репрезентације жена. Она се концентрисала око питања: шта доноси повећање присуства жена у политици; да ли ће повећање броја жена у парламенту променити по себи и саму природу политике (са идејом да се тим путем могу артикулисати женска питања, женска перспектива и проблеми); да ли жене праве разлику у политичком животу, ако је то тако, у којим околностима и каквој врсти разлике треба да се надамо? (Lovenduski, 2005: 140)

3. Род и политика

Обимна истраживања и емпиријска евиденција показују да „мушкарци и жене улазе у политички живот са различитим врстама информација, искуства и приоритета“ (Tolleson-Rinehart, Josephson, 2000: 3). Став да

политика треба да буде поље у коме су мушкарци посебно моћни спада у предрасуде које су утемељене у многим културама. Отуда се на том нивоу перцепције одређена подручја позива означавају као „типично женска“ или „типично мушка“ (Wisniewski, Kunst, 1988: 480). У том смислу политика је традиционално најзатворенија област за ангажованост жена и у њој су најмање присутне жене. Политика је, дакле, *par exelen-*се маскулинизирана делатност. Она је то како по разлици која постоји у начину и интензитету регрутовања мушкараца и жена у политичке институције, тако и по моделима политичке културе која се на такав диференциран начин показује и артикулише. Политичку културу у овом контексту разумемо као акумулирану залиху симбола, веровања, вредности, ставова, норми и осталих производа културе, који обликују политички живот и њиме у друштву управљају. Односно, рекли бисмо да „политичка култура одређује опште вредности и норме у друштву, као што су ставови насрам улоге жена у породици, радном месту и јавном животу“ (Norris, 1997: 7). Механизми којима располаже политичка култура могу се препознати на нивоу различите перцепције и начина приступа жена и мушкараца политици, као и става јавности/културе према ангажовању жена у политици.⁴ Односно, речју, патријархална парадигма о пожељним улогама за мушкарце и жене (које они обављају у различитим друштвеним сферама), дефинише и дистрибуира субјективне и објективне полне/родне претпоставке и могућности за бављење политиком.

Многа истраживања која је Пипа Норрис навела у својој књизи *Жене, медији и политика*⁵ показују да у медијима доминира слика жене политичарке у коју се има мање поверења, поготово када је реч о традиционално „родно-типизираним“ питањима као што су одбрана и криминал. Мада, у исто време жена политичарка може бити представљена и као особа у коју се може имати више поверења када се ради о тзв. питањима „саосећања/бриге“, као што су породица, социјално старање и образовање (Norris, 1997: 12). У том смислу се увек може очекивати, као што је и пракса, да родни стереотипи буду посебно истакнути у политичкој арени, минимизирајући тако статус

4 Можемо се запитати, на пример, каква се слика о жени у савременом друштву и/или жени на јавним функцијама промовише? Односно, да ли се у јавности жена најчешће приказује као супруга, мајка или жртва, а сасвим ретко као експерткиња за политику, лидерка или особа од ауторитета. Да ли је портрет жене фокусиран на њен изглед или на њено постигнуће, на њену личност или на њену политичку опцију, на пол или на статус? Каква је слика (колико негативна и каква се порука политичке природе шаље) коју у јавности имају жене политичарке, феминизам и/или женски покрет? Овакав социо-културни оквир перцепције друштвене групе жена можемо да идентификујемо у скоро глобалним размерама.

5 Norris, P. ed. (1997). *Women, Media and Politics*. New York: Oxford University Press.

жена у јавном животу. Зато су, веома дуго, многе теоретичарке феминизма биле критичне према доминирајућем начину представљања жена политичарки, доказујући да то подржава и охрабрује стереотипе полних улога и на тај начин одржава немоћ жена. Више него било која друга област друштвене праксе, политика је обележена, у историјском смислу, јасним мушким идентитетом. Дакле, родне улоге и друштвено одобрена позиција жене у политичком свету део су вредности сваког друштва и дубоко су усађене у његову структуру. Постојање реалне разлике између мушкараца и жена у социјалном контексту показује да је свет у коме живимо још увек подељен. То се најбоље учава у постојању различитих оријентација родних улога, као и у социјалној дистрибуцији родних улога у породици/ приватно и политици/јавно. Родне разлике које постоје с једне стране када је у питању однос самих жена према политици, и с друге стране родно негативно обележен социјални консензус према женама у политици и на местима одлучивања, јасно говоре колика је распрострањеност стереотипа повезаних са традиционалним ставовима о женама у политици. Како наводе L. Fox и J. Lawless теорије социјализације родних улога указују на значај традиционалних културних образаца у оквиру парадигме приватно-јавно и предрасуда о жени, које утичу на одлуке жена о политичком ангажману, али и на прихватање њихове политичке каријере од стране политичара и медија. Негативан однос према кандидовању жена за политичке функције је велика психолошка препрека, која за последицу има губитак самопоуздања и значајних политичких амбиција (Lawless, Fox, 2005: 54). На таквом идеолошком концепту мушкарци доминирају политичким пољем у великом броју земаља света и то упркос огромним разликама у политичким системима, културама, религијама или породичним вредностима одређеног националног простора. Статистички значајне родне разлике постоје у оквиру психолошког укључивања у политику (Burns, Schlozman, Verba, 2001: 99). Са тим у вези је чињеница, о којој у својој студији говоре Н. Барнс, К. Л. Шлоцман и С. Верба, да су „жене у поређењу са мушкарцима мање заинтересоване и мање обавештене о политици и да себе доживљавају политички мање ефикасним“ (Burns, Schlozman, Verba, 2001: 100). Могли бисмо у овом контексту да парафразирамо Керол Гилиган и да се упитамо да ли жене говоре “различитим језиком” у политици? Упркос овим разликама, женски „различити гласови“ како их је К. Гилиген назвала, могу бити потпуно неми, пригушени, зато што се жене мање баве јавним политичким говором. Жене не разговарају тако често о политици са пријатељима и породицом, и нађено је да значајно мање од мушкараца покушавају да убеду друге како да гласају. Одговор на питање разлике и питање родног дисбаланса у политици је питање зашто се разумевање политике мушкараца разликује од разумевања политике жена? Родне

улоге и друштвено одобрена позиција жене у политичком свету део су вредности сваког друштва и дубоко су усађене у његову структуру.

За истраживаче који се баве питањима рода и политике, социјализација традиционалних полних улога играла је истакнуту улогу у објашњењу слабе укључености жена у изборну политику. По тим анализама „традиционална породична структура и социјализација полних улога имају утицаја на мушкарце и жене који учествују у изборима“ (Fox, Lawless, 2003: 22). Мишљење да политика треба да буде поље у коме су мушкарци посебно моћни, предрасуда је утемељена у многим културама и наслања се на чињеницу да момци и девојке, мушкарци и жене, више вреднују мушкост од женскости. Тако се карактеристике родно обележене политичке партиципације доводе у везу са родном социјализацијом. Наиме, она може да произведе девојке које имају мање самопоштовања према могућностима самореализације, па су упућене на „живот од дужности“, док је дечацима допуштен независтан, самосталан и активан живот (Fox, Lawless, 2003: 22). Резултати истраживања, које је обављено међу припадницима/цама различитих култура, говори о томе да „дечаци и девојчице приказују своје очеве као много боље обавештене о политици, чак и онда када су мајке доминантне у другим не-политичким аспектима социјализације“ (Mayer, Schmidt, 2004: 398).

Жене политичарке се перципирају по њиховим „типично“ фемининим особинама, као што је бити топла и сензибилна, и стога се претпоставља да су жене експерти за тзв. женске области, као што је образовање и/или женска питања. За мушкарце политичаре се сматра да поседују „типичне“ маскулине црте, као што је бити поуздан и снажан, и претпоставља се да је добро да управљају тзв. мушким питањима – криминал и одбрана. „Проблем“ настаје када се јаве предрасуде према женама лидеркама које раде у професијама које не одговарају њиховим родним улогама. По теорији улоге подударности предрасуда према женама лидеркама, неподударност између женских родних улога и улога лидерства доводи до два облика предрасуда: (а) неповољније прихватање жена од мушкараца као потенцијалних носилаца лидерских позиција и (б) онда када се ради о прописима за лидерску улогу неповољније се вреднује понашање жена. Једна од последица је да су ставови према лидерима и потенцијалним лидерима мање позитивни када су у питању жене, него онда када се ради о мушкарцима (Eagly, Karau, 2002: 573-598).

Са друге стране, у законодавном и институционалном смислу, статус жена као политичких субјеката је побољшан – жене имају право гласа у безмало свим државама света, имају право да се кандидују на изборима,

право да се такмиче за било коју политичку функцију, да буду део извршне власти, председнице политичких странака, али је имплементација начела једнакости политичких права још увек далеко од потпуног остварења. Дакле, данас је женско право гласа распрострањено широм света и нема, скоро, никаквих недоумица око његове примене, дакле, генерално је неспорно. Међутим, формално правно стицање политичких права није битно променило политичку сцену, нити довело до (радикалне) трансформације политичке активности жена. Чини се да декларативно прихватање неког права, све и да је оно постало део правног поретка, никако не значи да је оно постало део заједнице и да га заједница прихвата. Равноправна „употреба“ или „коришћење“ политичких права мушкараца и жена је глобални проблем и тиче се безмало свих држава.

4. Род и парламент – политичка репрезентација жена

Са нумеричке тачке гледишта можемо да устврдимо да су парламенти отворени за жене, пре свега када погледамо приближавање ка родном балансу у нордијским земљама. Када парламенте упоредимо са другим сферама политичког одлучивања онда проблем мушке доминације у политици постаје видљивији, наиме, само су две (2) жене и деветнаест (19) мушкараца председници држава, односно жене заузимају 27%, а мушкарци 73% министарских места у државама Европске уније (European Commission, National Governments, 2014). Ови подаци који говоре из родне перспективе о политичкој динамици унутар влада држава ЕУ, пружају могућност да устврдимо како су парламенти отворенији за жене. Каже се да су парламенти огледало друштва у којем живимо, да се они суочавају са свакодневном реалношћу на коју траже одговоре, на тај начин улазе у проблеме и дилеме живота грађана/грађанки и то постаје мера њиховог развоја. Модерни парламенти су они у којима грађани/грађанке препознају своје потребе и проналазе одговоре на питања. Једно од питања је зашто жене у XXI нису заступљене у парламентима држава ЕУ на једнак начин и истом броју као мушкарци, и како су заступљени интереси жена? Концепт родне равноправности⁶ је у земљама ЕУ признат као централни елемент развоја и напретка. Из ове перспективе политика родне равноправности би могла да се дефинише као скуп мера помоћу којих

⁶ Родну равноправност (*gender equality*) можемо концептуално разумети као идеално стање у којем сви мушкарци и све жене имају једнаке могућности да учествују у политичким, економским и друштвеним активностима; где се једнако вреднују улоге и статус мушкараца и жена; где мушкарци и жене не носе последице родно засноване дискриминације; и где су мушкарци и жене аутономна и слободна бића, која имају права и уживају достојанство.

владе могу убрзати или успорити напредак ка равноправности мушкараца и жена с обзиром на овај идеал. Како смо још увек далеко од тог идеалног модела политичке једнакости, Е. Филипс тврди да су постиндустријске демократије дефицитарне и зато што нису успеле да адекватно представе женске интересе и потребе (Lovenduski, 2005: 2).

„Угаони камен“ у дебати о политичкој репрезентацији жена, која се одвија у оквиру феминистичке теорије рода и политике, представља рад Хане Питкин. „Критичку промену“ у теоретисању политичке заступљености жена и пракси политичке репрезентације жена чине са једне стране истраживања Х. Питкин о политичкој репрезентацији, а са друге Е. Филипс о значају разлика између броја изабраних жена, ефекта присуства жена у парламенту и деловања у интересу жена. Када Х. Питкин дефинише концепт репрезентације и каже да представљати или репрезентовати значи „учинити да се поново буде присутан“ (Pitkin, 1967: 8), она под тим подразумева неколико аспеката. Дакле, да је политичко заступање активност која подразумева „глас грађана“, затим да се односи на (њихово) мишљење, а онда претпоставља и перспективу „бити присутан“ у процесу развоја јавних политика. Политичко представљање/заступање настаје када политички актери говоре, залажу се, симболизују процесе/односе и делују у име других у политичком јавном простору. Х. Питкин говори о четири димензије политичке репрезентације – формална, дескриптивна, субстантивна и симболичка репрезентација.⁷ Х. Питкин тврди да најважнија линија раздвајања постоји између два облика репрезентације – са једне стране то је дескриптивна (описна) репрезентација „*стојећу за*“ („standing for“), а са друге субстантивна (суштинска) репрезентација „*делујућу за*“ („acting for“).⁸ По њој много је важније фокусирати се на оно шта представници раде него ко су они. Политичко заступање, дакле, мора да се изрази на суштински начин и она га дефинише као „делање у интересу оних који се представљају“ (Питкин, 1976: 11).

⁷ Иако према Х. Питкин постоје значајне разлике између ове четири димензије репрезентације, она тврди да су оне, ипак, замишљене као кохерентна целина. Међутим, политички теоретичари/ке су склони да превиде ово концептуално јединство, па говоре о различитим димензијама репрезентације као одвојеним концептима.

⁸ Две истакнуте теоретичарке политичке репрезентације жена Е. Филипс и Џ. Мејнсбриџ слажу се са тврдњом Х. Питкин да дескриптивна репрезентација има ограничену вредност, с тим што је за њих начин на који политички представници артикулишу и спроводе интересе оних које представљају много компликованији него како то описује Х. Питкин. Више о томе у: Phillips, A., (1995). *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press; Phillips, A., (2004) „Feminism and Democracy«. in: Phillips, A., ed., *Feminism and Politics*. New York: Oxford University Press; Mensbridge, J., (2004). „Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent »Yes««. in: Phillips, A., ed., *Feminism and Politics*. New York: Oxford University Press.

Политичко представљање групе најчешће се разуме као присуство чланова/ца групе у формалним институцијама политике. Укратко, у теоријском смислу то значи да представници раде за групу коју представљају. Међутим, већина представника/ца ради за многе различите групе и већина, такође, покушава да превазиђе групне интересе и да делује за нацију или заједницу којој институција служи. Могуће је претпоставити да ће, на пример, жене посланице радити за своју политичку партију, изборну јединицу, регион, нацију и/или своју расу. Или ће, такође, настојати да избалансирају различите ставове унутар општег разумевања »националног« интереса. Неки аутори кажу да вишедимензионална природа репрезентације компликује аргументе за репрезентацију жена. Неколико деценија у феминистичким истраживањима највећи број дебата о репрезентацији жена у политици био је фокусиран на утврђивање узајамних веза и резултата односа између дескриптивне и субстантивне репрезентације жена, односно на питање – да ли одређено повећање броја женских представница (тада је реч о дескриптивној – „у огледалу“, описној – репрезентацији жена) резултира повећањем заинтересованости за заступањем политичких интереса жена (што је субстантивна – стварна – репрезентација жена). Наиме, после 2000. године истраживачи (већина њих су биле жене) се усредсређују на питања: да ли фокус на женске представнике занемарује важне разлике међу женама и, такође, да ли политички формулисане промене у парламенту ограничавају стварну репрезентацију жена на једну групу учесница и одређени вид политичке репрезентације.⁹ Описна, дескриптивна репрезентација жена често се наслања на субстантивну репрезентацију, наиме, то значи да ако буде изабрано више жена, онда ће јавне политике бити дефинисане у интересу жена. Очекује се да се жене другачије понашају од својих мушких колега, што потврђују и истраживања. Наиме, жене на законодавним местима имају тендецију да подрже јавне политике у интересу жена (Stokes, 2005: 27). Два кључна питања која се тичу политичке репрезентације жена – „Да ли жене заступају жене?“ и „Производе ли жене у политици разлику?“, можемо наћи у корпусу идеја које тврде да само жене могу суштински заступати жене, да се стварно заступање појављује само у изабраним политичким телима и да репрезентација жена захтева да жене буду „различите“ од мушкараца.

9 Више о томе у: Childs, S. (2006). The Complicated Relationship between Sex, Gender and the Substantive Representation of Women. *European Journal of Women's Studies*. 13 (1); Childs, S., Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes. *Politics & Gender*. 4.; Lovenduski, J. (2005). *Feminizing Politics*. Cambridge: Polity Press.

Две теорије које се преклапају и доминирају дебатом о ефектима повећања политичке партиципације и репрезентације жена развијају се у оквиру концепата „критичне масе“ и „политике присуства“. Срж претпоставке ових истраживања је да су са једне стране „бројеви важни“, а са друге да ће раст очигледне, „видљиве“ репрезентације жена у парламентима резултирати повећањем заступања стварних женских политичких интереса. „Теорија критичне масе“, која је претходила „теорији политике присуства“, указује на јаче и суштинскије везе између „бити женско“ и „деловања за жене“. Џ. Ловендаски каже да „присуство“ пружа основе за теорију родне разлике и политичке репрезентације, док је појам критична маса, као дескриптивни индикатор, потребан да се направи субстантивна политичка разлика (Lovenduski, 2005: 141). Данашњи ниво жена представница од око 25% у националним парламентима далеко је од могућег паритета. Такав раст на глобалном нивоу резултат је ширења родних квота, које се ослањају на концепт „критичне масе“. Појам „критичне масе“ у честој је употреби у јавном дискурсу. Сматра се да је квота од 30% онај потребан минимум за жене да би вршиле значајан утицај на политику. Велики број истраживача преспитује ефективност и релевантност система квота за понашање жена у телима политичке репрезентације и један од главних аргумената је да ће применом теорије критичне масе жене направити разлику ако имају бројчану снагу. Примена квота у парламенту заснива се на концепту примене теорије критичне масе у друштвеним наукама и онда се говори о томе да од величине групе зависи природа групних интеракција. Наиме, онда када је једна група изразита мањина у бројчано већем друштву, њене чланице ће настојати да се прилагоде окружењу у складу са преовлађујућим правилима игре. Али, када група достигне одређену величину односи се мењају. Теорија критичне масе објашњава да ће бити квалитативних промена у природи групне интеракције и онда ће некадашња мањинска група почети да се „намеће“. То је пут који показује како се трансформише институционална култура, норме и вредности. Дакле, састав парламента може имати значајан утицај на артикулацију и одбрану групних интереса у оквиру представничке демократије. Присуство жена као изабраних представница сигнализира легитимност њихових проблема и може да донесе и веће признање тих интереса (Krook, 2010).

У књизи „Политика присуства“¹⁰ Ен Филипс говори о два одвојена начина политике: „политика идеја“ и „политика присуства“. За њу „политика идеја“ одговара оним моделима репрезентације где се представљају интереси и где ко те интересе представља или ко треба да буде представљен – није важно. У овом моделу се представљају идеје, а не људи. Други модел је „политика

10 Phillips, A. (1995). *Politics of Presence*. Oxford University Press.

присуства“ и он наглашава – ко! Дакле, нису у питању само интереси који се представљају већ постоји група људи која има те интересе. „Политика присуства“ истиче „искуство и идентитет“ који представљају те интересе и захтева „укључивање припадника таквих група“ (Phillips, 1995: 6). Е. Филипс ипак прихвата мешавину два режима политике, истичући да проблеми настају не онда када се „политика идеја“ практикује већ када се „идеје третирају као потпуно одвојене од људи који их носе... То је у односу између идеје и присуства, где треба да се надамо најбољем, односно праведнијем систему репрезентације, а не лажној опозицији између једне или друге“ (Phillips, 1995: 25). Она сматра да присуство раније искључених сигнализује њихову политичку једнакост и утолико теорија „политике присуства“ указује на то да жене политичарке најбоље представљају интересе жена, што повезује дескриптивну и субстантивну репрезентацију. Е. Филипс свој концепт изграђује из перспективе феминистичке теорије рода и политике која узима у обзир разлику свакодневног живота мушкараца и жена око неге и бриге о деци, образовања, занимања, разлике у плаћеном и неплаћеном раду, изложености насиљу и сексуалном узнемиравању. Чињеница је, како каже, да жене политичарке, бар у извесној мери, деле искуства других жена (Phillips, 1995: 22).

5. Концепт „женских интереса“ у политици

За феминистичку политичку теорију о учешћу жена у политици кључно је питање разграничавања „женских интереса“ и начина на који су виђени односи између дескриптивног и субстанцијалног представљања жена. Л. Вагнерунд каже да теорија политике присуства служи као полазиште. Циљ је да се емпиријски подупре – или да се емпиријски тестира – тврдња да жене политичари, у већој мери него мушкарци политичари, заступају интересе жена. Без обзира на то што је концепт „женских интереса“ дуго присутан и установљен у феминистичким расправама, он је и даље контроверзан. Проблем „женских интереса“ укључује односе између „објективних“ и „субјективних“ интереса, као и односе између рода и осталих социјалних подела као што су раса и класа. Поставља се питање где су границе женских интереса? Дефинисано широко, ако се женски интереси схвате тако да се укључе сва политичка питања у којима мушкарци и жене могу да се не слажу, на пример, у ставовима према распоређивању оружаних снага или заштити животне средине, онда постаје нејасно како дефинисати границе „женских интереса“ (Wängnerud, 2000: 68). П. Норис и Џ. Ловендаски на трагу истраживања које је обавила Л. Вагнерунд, разумеју заједнички интерес жена као процес који се тиче питања која повећавају аутономију жена, и који може да буде третиран кроз одређени број корака у којем

су: 1. жене препознате као социјална категорија, чиме се оспорава родна неутралност политике, 2. признате неједнакости у моћи између полова, и 3. установљене политике које повећавају аутономију жена као грађанки (Lovenduski, Pippa, 2004: 4). Л. Вагнерунд је анализом података добијених у интервјуима са политичарима показала како сваки корак утиче на политички процес и да је, заправо, присуство жена у шведском парламенту (Rigstag) довело до тога да су женски интереси постали централни у политици. Утврдила је да су разлике у ставовима између жена и мушкараца у широком спектру питања довеле до веће осетљивости за женске интересе, а самим тим постале и изазов за политичке промене. Она је установила да је артикулација и мобилизација таквих интереса у шведском Ригстагу рад жена политичара. Процес феминизације парламентарне репрезентације шведског Ригстага је пример добре праксе за остале земље Европске уније, заправо њиховог пута ка родној једнакости у политици. Добра историјска пракса, на примеру Шведске, показује како су се од двадесетих година прошлог века у Шведској жене ангажовале унутар и изван политичких партија да би обезбедиле избор кандидаткиња за парламент. Временом се постепено повећавао удео који свака партија сматра неопходним за адекватну заступљеност жена, и то почев од једне жене на листи, па до једнаког броја жена и мушкараца какав је случај данас. Деведесетих година прошлог века неформалнији циљеви, правци и препоруке су у многим партијама поплочали пут формалнијим политикама квота. Иако су порастом омогућени захваљујући примени изборног система пропорционалне заступљености, партијске стратегије су такође биле од изузетног значаја. Данас скоро све шведске партије прихватају начело наизменичности (или енг. *zippering*) што значи да наизменично ређају мушка и женска имена на партијским листама како би обезбедили не само да жене чине 50% кандидата већ и да скоро 50% њих буде и изабрано. Због тога се ова земља налази на другом месту у свету у погледу заступљености жена са 45% мандата у парламенту (Норис, Крук, 2010: 34).

Како број студија расте, очигледно је да не постоји ниједан универзални однос између процента жена изабраних на политичку функцију и пролаза законодавних иницијатива које су у корист интереса жена као групе. У неким случајевима чини се да су жене способне да ефикасније раде када њихов број расте, али у другим, иако су жене чиниле мањину у законодавним телима, разлика је, понекад, била већа. Како разрешити противречност: треба ли да феминисткиње одустану од критичне масе, или, да ли постоје разлози – теоретски или практични – за задржавање овог концепта у расправама о политичкој заступљености жена (Wängnerud, 2000:68)? Простор јавне дебате у коју су укључене међународне

организације, транснационалне мреже, политичари, женски активисти, па чак и обични грађани, тврде да жене треба да чине 30% свих политичких тела – „магични број“ који су жене законодавци одредиле као основу да би разлика могла да се направи. Рекли бисмо да је ефикасност несумњиво већа када су жене присутне него када их нема у законодавним телима или политичким институцијама. Један од главних аргумената је да више жена посланика и структурно присуство пажње за интересе жена не само да доприносе праведној и демократској политици већ ће побољшати квалитет демократског одлучивања и доношења политика на субстантивном нивоу (Celis, 2009: 98).

Међутим, постоји и један нимало оптимистичан став о могућем институционалном утицају жена и могућностима субстанцијалне репрезентације жена. Наиме, А. Филипс сматра да су очекивања од политичарки да утичу на политику на специфичан начин „луцањ у празно“ (Phillips, 1995 : 83), с обзиром на то да су политичке институције ригидне, односно да парламенти не мењају лако своје обрасце понашања. Слично мисле и С. Чајлд и Џ. Ловендаски за које је искљученост жена из политике свеprisутна. По њима, искљученост жена се успоставља кроз слојеве институција у којима доминирају мушкарци и где су жене изоловане по формалним и неформалним правилима о искључењу. Задачи који су укључени у постизање родног паритета у политичким институцијама су огромни. Не постоји ниједан разуман разлог да жене буду подпредстављене, стога нема једног или једноставног решења. Штавише, није довољно да се обезбеди једноставан паритет присуства у законодавним телима, саме институције морају бити ородњене или бити феминизирани, односно да теже ка оном што се у литератури назива „феминизација политичке елите“ (Childs, Lovenduski, 2012).

6. Завршна разматрања

Када је род постао централна категорија у истраживачким пољима социолога, правника, политиколога, феминистичких теоретичарки и свих осталих који су били заинтересовани за репрезентацију жена, било је јасно да ће таква истраживачка перспектива променити конвенционални приступ студијама политике, мењајући на тај начин метод и концептуални оквир. Дакле, промењени дискурс политичких права жена није био само део промена у теоријским истраживањима политике које смо дотакли у овом прегледу, већ је омогућио даљи друштвени и правни развој, као и динамичну институционалну легитимизацију политичких права жена на међународном и националном нивоу. Од Пекиншке декларације из

1995. године остварен је видљив напредак у учешћу жена у националним парламентима и родни баланс је постао глобална норма. Теоријске дебате у оквиру феминистичке теорије рода и политике које су се развиле на европском академском простору, инсистирале су и на променама институционалног и структурног оквира жена у политици. Наиме, захтеви за политичком једнакошћу мушкараца и жена уграђени су у вишедеценијско изграђивање правног оквира на простору Европске уније. Постојање међународних конвенција, декларација, опционих протокола, стратегија, акционих планова и других препорука за доношење политичких одлука на различитим нивоима власти, довело је до значајног померања ка политичкој равноправности мушкараца и жена у неким државама ЕУ, док су друге земље остале изван токова који иду ка родној равноправности у политици. Консеквентно питање је – зашто је то тако? Пред земље Европске уније, њене нове чланице и оне које су у фази прикључивања, постављају се јасни захтеви активне политике увођења и спровођења политике родне једнакости на местима одлучивања у политици. Развијено законодавство из те области није гаранција ефикасне и ефективне имплементације тих закона, па се догађаја да низак ниво примене закона одржава стварну неједнакост и доводи у питање тешко постигнуте стандарде у заступљености жена у политици у земљама развијене (старе) демократије.

Литература

- Ballington, J., Karam, A. (2005). *Women in Parliament: Beyond Number*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance
- Burns N., Schlozman K. L., and Verba, S., (2001). *The Private Roots of Public Action: Gender, Equality, and Political Participation*. Harvard University Press
- Childs, S., and Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes, *Politics & Gender*. 2 (4)
- Childs, S. and Lovenduski, J. (2012). „Political Representation“. in: Waylen, G., Celis, K., Kantola, J. and Weldon, L. eds. *The Oxford Handbook of Gender and Politics*. Oxford: Oxford University Press. Доступно на: http://www.bbk.ac.uk/politics/our-staff/academic/joni_lovenduski/PoliticalRepresentation.pdf. Приступ: 20. 12. 2012
- Celis, K. (2009). Substantive Representation of Women (and improving it). What is and should it be about? *Comparative European Politics*. 7
- Dahlerup, D., Leyenaar, M. ed. (2013). *Breaking Male Dominance in Old Democracy*. Oxford: Oxford University Press

Грађанке и грађани Србије о родној равноправности. Јавно мњење Србије о родној равноправности. (2010). Београд: Институт друштвених наука – Центар за политиколошка истраживања и јавно мњење

Lovenduski, J. „Introduction: state feminism and political representation of women“. in: Lovenduski, J., ed., (2005). *State Feminism and Political Representation*. Cambridge: Cambridge University Press

Lovenduski, J. (2005). *Feminizing Politics*. Cambridge: Polity Press

Lovenduski, J., Norris, P. (2004). Westminster Women: The Politics of Presence. *Political Studies*. Доступно на: <http://www.hks.harvard.edu/fs/pnorris/Acrobat/Westminster%20women.pdf>. Pristup: 25. 5. 2012

Eagly H. A., Karau, J. S. (2002). Role congruity theory of prejudice toward female leaders

Psychological Review. (109) 3

European Women Lobby. (2014). Dostupno na: <http://womenlobby.org/news/ewl-news/article/open-letter-to-newly-designated-ec?lang=en>. Pristup, 7. 9. 2014

European Commission, National Government. (2014). Dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/politics/national-governments/index_en.htm. Pristup, 15. 7. 2014

Fox, R. L., Lawless, J. L. (2003). Family Structure, Sex-Role Socialization, and the Decision to Run for Office. *Women & Politics*. 24

Inglehart, R., Norris, P. (2003). *Rising Tide: Gender Equality and Cultural Change around the World*. Cambridge: Cambridge University Press

Karen C. (2009). Substantive Representation of Women (and improving it). What is and should it be about? *Comparative European Politics*. 7

Kurki, H. (1986). *Women's Suffrage 80 Years*. Publication of the Council for Gender Equality. 1. Dostupno na: www.aanoikeus.fi/pdf/kurki_en.pdf

Krook, M. L. (2010). *Quotas for Women in Politics: Gender and Candidate Selection Reform Worldwide*. Oxford: Oxford University Press Inc

Krook, M. N., Child, S. ed. (2010). *Women, Gender, and Politics: A Reader*. Oxford: Oxford University Press

Martha, F., Woodward, A., Cabó, A., Barbara, M., Bagilhole, B. M. ed. (2009). *Teaching Intersectionality: Putting Gender at the Centre*. ATHENA3 Advanced Thematic Network in Women's Studies in Europe. University of Utrecht and Centre for Gender Studies. Stockholm University

Muller-Rommel, F., Kubbe, I., Vercesi, M. (2014). *How Women Become Prime Minister in Europe: Pathways to Power*. Paper presented at the ECPR Joint Session

- Workshop on „Gender, Representation and Power in the Executive Branch“. University of Salamanka, Spain. Доступно на: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/878e5764-cd4e-4ce4-925e-3c234fc402b8.pdf>
- Mayer, J. D., Schmidt, H. M. (2004). Gendered political socialization in four contexts: political interest and values among junior high school students in China, Japan, Mexico, and the United States. *The Social Science Journal*“. 41
- Norris, P. ed. (1997). *Women, Media and Politics*. New York: Oxford University Press
- Noris, P., Kruk, M. L. (2010). *Rodna ravnopravnost na izabranim funkcijama: akcioni plan u šest koraka*. Доступно на: <http://www.osce.org/hr/odih/107917?download=true>. Pristup, 10. 5. 2012
- Pitkin, H. F. (1967). *The Concept of Representation*. University of California Press
- Phillips, A. (1995). *Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press
- Phillips, A. (2004). "Democracy and Representation: Or, Why Should it Matter Who our Representative Are"?. in: Phillips, A., ed. *Feminism and Politics*. New York: Oxford University Press
- Rees, T. L. (1998). *Mainstreaming Equality in the European Union: Education, Training and Labour Market Policies*. Routledge
- Russell M., Lovenduski, J., Stephenson, M.A. (2003). *Women's Political Participation in the UK*. The British Council
- Stokes, W. (2005). *Women in Contemporary Politics*. Cambridge: Politiy Press
- Tolleson- Rinehart, S., Josepshon, J. J., (2000). "Introducion. Geneder, Sex, and American Political Life". u: Tolleson-Rinehart, S., and Josepshon, J. J., ed., *Gender and American Politics – Women, Man and The Political Process*. New York: Armonk
- Wängnerud, L. (2000). Testing the Politics of Presence: Women's Representation in the Swedish Riksdag. *Scandinavian Political Studies*. (23) 1
- Wisniewski, R., Kunst, H., eds., (1988) *Handbuch für Frauenfrage: Zur Stellung der Frau in der Gegenwart; Informationen – Analysen – Anregungen*. Stuttgart: Verlag Bonn Aktuell GmbH
- Women in National Parliament*. Situation as of 1st June 2014. Inter Parliamentary Union, IPU. Доступно на: <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm> Pristup: 9. 6. 2014
- Women in decision-making position*. (2011). Special Eurobarometer 376. Report. European Commission. from: ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_376_en.pdf

Natalija Žunić, MA

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

European Union: Gender and Politics

Summary

Political representation is the central issue in contemporary debates on the level of democracy in political institutions and processes in the European Union. Underrepresentation of particular groups in political institutions, decision-making and policy-making processes is perceived as the problem of justice, legitimacy and effectiveness in democratic societies. In this paper, the author analyzes the gender aspects of democratic decision-making processes and political representation of women in the EU member states. The social, historical and political dimension of women's efforts to obtain and promote their civil status and political rights have been the framework for developing the principle of gender equality as one of the founding EU principles. In the past hundred years, one of the most significant trends in politics has been the expansion of formal political representation of women. Yet, even though it has been more than a hundred years since women won their political rights in the 19th and the 20th century (the right to vote and the right to be voted), gender differences in political rights are still a substantial part of debate. Today, women's political representation is still inadequate and their political capacity and power have not been exercised to a sufficient extent (or proportionally) through their actual representation in parliament. In March 2012, the European Commission published a report on gender equality in different areas of social life; the Eurobarometer survey shows that women are generally underrepresented in politics. In national parliaments, only one out of four MPs is a woman. In the European Parliament, three out of ten parliamentarians are women. The statistics shows a huge discrepancy among the EU Member States in terms of women's representation in parliament (44.7% in Sweden as contrasted to 13.3% in Romania). The prevailing view in many studies is that post-industrial democracies are deficient as they have failed to provide for an adequate representation of women's needs and interests. The legal standards on political equality of men and women have been incorporated into the international and regional legal frameworks. Yet, the international conventions, declarations, optional protocols, strategies, action plans and recommendations for policy-makers at different levels have not generated a significant change in the general attitude to political equality of men and women. Why is it so? Women are underrepresented whenever the number of women in the elected bodies of authority is unproportional to the total number of women in the general popu-

lation; such exclusion of women from politics is unjust because it diminishes the quality of political debate and undermines the essence of democratic legitimacy.

For the past ten years, the academic community has been involved in a debate on different aspects of women's political representation. Within the framework of feminist research on gender, politics and state, the discussions have focused on the following issues: what are the benefits of increasing the number of women in politics; will the increase of female MPs in parliament change the nature of politics (given that it may be a chance to articulate women's perspective and discuss women's problems and interests); do women MPs make a difference in political life (and, if so, in what circumstances); and what kind of changes may be expected from their participation in politics? Most discussions have focused on establishing and analyzing the mutual relations between the descriptive and substantive women's representation in politics, primarily concerning the issue whether the increase in the number of female MPs contributes to increasing their interest in representing women's political interests. The quota system, which has been applied in the EU countries as a response to the problem of women's underrepresentation in politics, and the introduction of women's policy agencies (aimed at supporting and promoting the gender equality policy) have proven to be examples of good practice in addressing the "democratic deficit" in the modern Western European societies.

Key words: gender, politics, women's political representation, gender democracy, EU.

Милош Прица,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 502/504"20"

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

О ЦИЉЕВИМА И ЗБИЉСКОЈ УТЕМЕЉЕНОСТИ ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА НА ПОЧЕТКУ 21. ВЕКА**

*„Закони и вршење правосуђа међу нама су само
вештина да се моћник и богаташ закљони
од праведних репресалија сиромаша.“*

Жан Жак Русо

Апстракт: Чланак представља продужетак нашег рада „О појму и правном карактеру одрживог развоја: Да ли постоји еколошко право“, који је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014, стр. 291–318. Наша разматрања овде се усредоточују на питање телеолошке уобличености и збиљске утемељености одрживог развоја на почетку 21. века. У правној књижевности циљ одрживог развоја углавном је истакнут као брана прекомерном трошењу природних ресурса, у циљу међугенерацјске солидарности. Такво поимање телеологије одрживог развоја противречи истини, јер би се у противном дало закључити да је мана постојећих глобалних економских процеса само то да могу угрозити потребе будућих поколења. Заправо, то што се упркос размерама економских, социјалних и еколошких проблема данашњице телеолошко разматрање одрживог развоја углавном своди на циљ међугенерацјске солидарности, очевидно представља одвлачење пажње на погрешну страну. Наше поимање одрживог развоја очитује се у прожимању његове економске, еколошке и социјалне димензије, при чему настојимо да утврдимо етички минимум из којег би извирало и коме би се потчињавало целокупно људско делање. Речју, у сагледавању етичке димензије одрживог развоја ваља поћи од најугроженијих вредности у

*pricamilos@prafak.ni.ac.rs

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

животу садашњих генерација (искорењивања глади и беде, социјалне сигурности, социјалне правде, милосрђа), да би се уопште могло поставити питање међугенерациске солидарности. Имајући то у виду, у чланку је размотрена збиљска утемељеност еколошке, економске и социјалне димензије идеје одрживог развоја у систему неолибералног глобализацијског капитализма (империјализма), са посебним освртом на технику владања тајних властодржаца.

Кључне речи: одрживи развој, човечанство, еколошко право, еколошка политика, правна начела, идеологија, грана правног система, елита крупног финансијског капитала, умеће владања, солидарна правда.

1. Увод: постављање проблема

У чланку „О појму и правном карактеру одрживог развоја: Да ли постоји еколошко право“, изложили смо појам, опсег, легитимитет и правни карактер идеје одрживог развоја. Разматрања о телеологији и збиљској утемељености одрживог развоја захтевају да овде у главним потезима поновимо наша запажања о појму, домашају и правном карактеру идеје одрживог развоја.

Широку познатост одрживи развој стекао је под окриљем политике заштите животне средине, у следству настојања да се обузда махнито разарање природних ресурса настало као последица тежње за остваривањем економског богатства. У овој расправи одрживи развој сагледавамо садржински и циљно, руководећи се, при томе, основним поимањем одрживог развоја под којим подразумевамо благостање (прогрес) човечанства, засновано на дугорочно здравом животном средини и усмерено подједнако ка потребама садашњих и будућих генерација. Поврх тога, садржајна и терминолошка вишезначност идеје одрживог развоја распростиру се од оквира једне засебно посматране друштвене делатности до највише замисливе укупности која се човечанством назива, следствено чему кад год се истакне претензија ка дугорочно организованом и сврховитом људском делању, одрживи развој се појављује као стандард пожељне сразмере између телеологије, ресурса и технике. Имајући то у виду, идеја одрживог развоја по свом опсегу итекако надилази границе еколошке политике и еколошког права, из чега производе извесна ужа и шири значења у односу на предочено основно поимање одрживог развоја (Прица, 2014: 292–293).

За цели мисаони ток наше расправе кључна је мисао о прожимању економске, еколошке и социјалне димензије одрживог развоја, при чему основно значење одрживог развоја може водити чак до појма глобалне

међународне политике у свом тоталитету. Сагласно са тим, веома је важно установити да се социјални супстрат одрживог развоја не читује само у обуздавању неконтролисаног трошења природних ресурса – у циљу заштите интереса будућих поколења. Заправо, у сагледавању идеје одрживог развоја – његове етичке оправданости – треба поћи од најугроженијих вредности у животу садашњих генерација (искорењивања глади и беде, социјалне сигурности, социјалне правде, милосрђа), да би се уопште могло поставити питање међугенерациске солидарности. То уистину значи да је легитимитет одрживог развоја детерминисан вредносном утемељеношћу људског делања, а превасходно етичком заснованошћу технике владања, како у равни државне власти, тако и спрам глобалног међународног политичког поретка. Следствено томе, у трагању за узроцима постојеће свеколике кризе ваља поћи од етике, то јест од чињенице да тренутни плуралистичко-секуларизовани процес глобализације исказује крајњу нетрпељивост према Богу и хришћанском моралу. Имајући то у виду, полазиште и исходиште наших разматрања јесте мисао о моралном и духовном суноврату човечанства, као одређујућем разлогу за буктање глобалне кризе данашњице (Прица, 2014: 293–297).

Околност да идеја одрживог развоја у међународном праву егзистира више од четрдесет година, са пратећим незанемарљивим обимом еколошке правно-књижевне грађе, већ наоко би водила очекивању да ће човечанство у трећи миленијум ући са развијеном еколошком свешћу и етаблираним правним гарантијама здраве животне средине. Ако је тако, како онда објаснити да су на почетку 21. века еколошки проблеми у тој мери нарасли да су човечанству обзнањене драматично неповољне процене о даљем опстанку и развоју? До овог сложеног и суштинског питања правна наука готово да не досеже, напослетку и због заробљености правне мисли простим нормно-функционалним датостима разматраних појмова, што је доказ дубоке кризе у којој се налази правна наука. Белодано је да идеја одрживог развоја на међународном плану није задобила ранг и домаћај правног начела, нити је успостављен систем еколошког права у нормативном смислу, а чињеница да начело одрживог развоја у унутардржавном праву није укореењено у јудикатури нити у правној свести, навела нас је да утврдимо његово својство чисто декларативног – више идеолошког, него правног – начела (Прица, 2014: 296–309). Насупрот постојећем чисто прокламативном својству, збиљски правни карактер одрживог развоја условљен је степеном властите укореењености у јудикатури, што значи да само као постојани елемент и надахнуће јуриспруденције – у оквиру правних схватања која заузимају судови и други државни органи када решавају појединачне правне ствари – одрживи развој може стећи јако

„зрачеће“ дејство на обликовање правне свести и на токове мисли и схватања посленика правне науке и правних практичара. Уз то, одрживи развој са својством правног начела јесте једини легитиман вид испољавања „погледа на свет“ у области права, имајући у виду да – у следу властитог циљног правно-логичког карактера – правна начела дефинишу правну телеологију у систему права. У противном, прокламативни карактер одређених идеја, без њихове јасне и заокружене нормативне садржине у систему права, поуздан је доказ утицаја идеологије на право, што је неспојиво са правном телеологијом правне државе (Прица, 2014: 309–314).

Наша разматрања овде се усредоточују на питање телеолошке уобличености и збиљске утемељености одрживог развоја на почетку 21. века. Како је одрживи развој састављен од еколошке, економске и социјалне компоненте, телеолошка димензија одрживог развоја нужно почива на садејству еколошких, економских и социјалних циљева човечанства, следствено чему је недопустиво телеолошку димензију одрживог ставити само под окриље заштите животне средине. Уз то, вредносно усмеравање циљева одрживог развоја прихватљиво је само у мери у којој води свеколиком прогресу човечанства схваћеном у тоталитету па је самим тим прогрес човечанства тачка у којој се укрштају поменуте димензије и циљеви одрживог развоја. Како институционализација идеје одрживог развоја на међународном плану временски потпуно кореспондира са настанком и развојем процеса тзв. глобализације, путоказна интелектуална мисао овде је остварива само под условом ако се одрживи развој и прогрес човечанства сагледају саобразно збиљским економским, социјалним и еколошким обележјима и циљевима процеса глобализације. Само, парадокс је у томе што ће нас разматрање збиљске утемељености одрживог развоја данашњице навести да се запитамо да ли за човечанство у 21. веку постоји „неки бољи развој од самоуништења“ (Марковић, 2013: 11–13.).

2. Циљеви одрживог развоја: еколошка, економска и социјална димензија одрживог развоја

Еколошка, економска и социјална димензија одрживог развоја јесу различити спратови истог појмовног здања. Но, као да се у правној књижевности поменута неодвојивост не увиђа, дочим је одрживи развој махом истакнут као брана прекомерном трошењу природних ресурса, у циљу међугенерациске солидарности. Да је предочено поимање међугенерациске солидарности једнострано и површно упечатљиво доказују случајеви вештачки одржаваних економија (путем неповољних иностраних кредита) не малог броја постојећих држава, из чега произлази реално очекивање да ће обавеза враћања дотичнога дуга падати на

терет долазећих генерација, што противречи захтеву међугенерациске солидарности. Сагласно са тим, свака генерација нема само задатак и одговорност да сачува природно окружење будућим генерацијама, већ истодобно да било којим својим делањем будућа поколења не доводе у ситуацију да не могу да задовоље сопствене потребе.

Особито је важно имати у виду да телеолошка димензија одрживог развоја умногоме надилази принцип међугенерациске солидарности, јер би се, у супротном, дало закључити да је једина мана постојећих међународних економско-социјалних процеса то што могу угрозити потребе будућих поколења, што би, разуме се, било посве неосновано. Сасвим обрнуто, ако се упркос размерама економских, социјалних и еколошких проблема данашњице телеолошко разматрање одрживог развоја углавном своди на циљ међугенерациске солидарности, очевидно се тиме навлачи завеса којом се настоји сакрити права природа актуелних глобалних економских и политичких токова. Заправо, ако је прогрес човечанства водиља одрживог развоја, онда је одрживи развој оправдан само у мери у којој је прожет настојањем остваривања основних добара човекољубља (искорењивање глади и беде, умањење сиромаштва, социјална солидарност, милосрђе и др.). Саобразно томе, да би истакнуто садејство економске, социјалне и еколошке димензије одрживог развоја доиста било збиљско и оправдано, неопходно је утврдити етички минимум, из којег би извирало и коме би се потчињавало целокупно људско делање. Такав минимум ми видимо у идеји општег добра, под чијим се окриљем, по нашем мишљењу, једино могу прокламовати циљеви одрживог развоја. Одавде даље произлази да су структура и делотворност одрживог развоја итекако условљени хијерархијом еколошких, економских и социјалних циљева човечанства, под којом (хијерархијом) би требало подразумевати режим правног превасходства између еколошке, економске и социјалне димензије одрживог развоја, што је услов за институционализацију одрживог развоја са моралним и социјално-праведним ликом. С друге стране, не може бити говора о успостављању збиљског (регулативног) правног карактера начела одрживог развоја без прописивања примата његове еколошке и социјалне компоненте у односу на његову економску компоненту. У односу на заштиту животне средине, минимум истакнутог примата подразумевао би забрану сваке људске делатности којом се необновљиво троше природни ресурси, јер без тога начело одрживог развоја, како на међународном плану, тако и у унутардржавном праву, правно не може премашити ниво прокламације без јасног правног значења.¹ Да је примат еколошке

¹ Праву слику о томе даје нам правни поредак Европске уније, у коме напоредо егзистирају циљ успостављања и унапређења унутрашњег тржишта, што подразумева потребу што лакшег и бржег пуштања у промет производа, и начело предострожности,

димензије одрживог развоја данас збиља неопходан, белодано произлази из чињенице постојања и развоја људских делатности за које није тешко закључити да грубо и трајно нарушавају животну средину² (Прица, 2014: 307–309). Имајући све ово у виду, разумевање циљева одрживог развоја није могуће без утврђивања основног узрока у условима тзв. ауторитарне глобализације израженог несагласја између важећих економских датости, с једне, и захтева за остваривањем економске и социјалне правде те здраве животне средине, с друге стране.

Кључ одговара на постављено питање ми видимо у чињеници да у основи економске интернационализације, то јест у његовом тоталитарном облику — тзв. ауторитарној глобализацији³, лежи накана елите крупног финансијског капитала да обезбеди несметано и неправедно присвајање туђег рада и ресурса, како би учврстила властити монополски положај у глобализованој структури финансијске, медијске, војне и геополитичке моћи (Деспотовић, Ђурић, 2014: 1). С обзиром на то, да би се видело у којој мери се може данас говорити о економском расту, односно о одрживом економском развоју, ваља приступити анализирању економских трендова унутар постојећих држава и на међународном (универзалном и регионалном) плану.

Но, на путу утврђивања реалних економских процеса данашњице важно је имати у виду дијаметрално супротстављена гледишта о поузданости званичних економских статистичких показатеља, следствено чему се неретко истиче да економска статистика говори једно, а да је збиљско стање економије друго. Томе свакако доприноси чињеница да државе и међународне организације не користе исту методологију праћења

према којем је произвођач дужан да испита могуће штетне ефекте производа на животну средину пре његовог пуштања у промет. Премда предочени циљеви формално-правно не стоје у односу надређености и подређености, однос снага *de facto* увек претегне на страну економског разлога.

2 Примерице, то је случај са привредном употребом нуклеарне енергије; разуме се, због радиоактивног отпада. О сличним таквим делатностима види (Дудаш, 2013: 382).

3 „Жеља владајуће светске финансијске и политичке елите је заробити људску свест и срце у вечитом ишчекивању скорог доласка разних „идеалних“ друштава и социјално „праведних“ (=утопијских) концепција, а свет се константно налази у вртлогу сталних супротности, у ратовима материјалистичких и макијавелистичких философија, у којима човечанство треба држати свезано до краја времена. Нагон за стварањем таквих, духовно обогалених друштава је стар колико и човечанство. То је жеља за новцем (уједно и главним средством за остваривање циља) и апсолутном и неприкосновеном моћи и контролом (као крајњим циљем). Уз злоупотребу информатичких и других техничких достигнућа, све ово карактерише савремену глобализацију – глобализацију безумља“ (Тврдишић, 2010: 12).

и изражавања економских резултата, из чега происходи мноштво најопштијих макроекономских показатеља (агрегата); примерице: БДП (брutto домаћи производ), БНД (брutto национални доходак), БНП (брutto национални производ), ДБП (друштвени брutto производ), ДП (друштвени производ), НД (национални доходак), платни биланс, спољнотрговински биланс, индекс људског развоја и др.

Доиста је уверљиво запажање да економски раст заснован на економској статистици често није доказ пораста општег благостања, о чему упечатљиво сведочи искуство са БДП (брutto домаћим производом) у источноевропским државама чланицама Европске уније (Мировић, 2008: 125; 133; 168; 191; 332).⁴ Исто тако, много чињеница иде у прилог ставу да економски статистички показатељи представљају важно средство технологије власти; примера ради: 1) када реална вредност домаћег новца опада упркос стабилном курсу и контролисаној тзв. базној инфлацији која не прелази пројектовану стопу; 2) ако услед строгих административних услова званични подаци о незапослености не обухватају сва незапослена лица; 3) уколико се приликом утврђивања просечне зараде у једној земљи у обзир узимају само исплаћене зараде, а не, што би било логично, однос између укупних средстава за зараду и укупног броја запослених у једној држави, итд. (Мировић, 2008: 191–212). Ако пођемо од тога да лаички ум по правилу не досеже до тајни економске политике, онда званични економски показатељи несумњиво представљају важно средство за очување социјалног мира. Уосталом, зар најбољи доказ постојања технологије власти у савременој држави није то што владину економску политику пред јавним мњењем заступају наизглед независне снаге цивилног друштва – медији, невладине организације и „јавни аналитичари“. Притом, у поретку савремене правне државе технологија власти не тежи толико томе да одржи на власти политичке странке одређене идеолошке провенијенције, већ пре свега да обезбеди контролу над спровођењем државне политике. Зато не чуди то што савремене демократске политичке системе одликује правило да се политичке странке без ограничења смењују и удружују на власти, али да владина политика – првенствено економска – остаје непромењена.⁵ С тим у вези је Крастев у праву, када каже: „Наша права више

4 „Жељно очекивана демократија и слободно тржиште, код народа бившег комунистичког блока, умјесто слободе и благостања, донијели су овим народима разочарење. Ефекти неолиберализма, са свеобухватном и брзом приватизацијом и дерегулацијом у државама без владавине права, створили су систем свеопште, и од њих легитимисане пљачке државне имовине“ (Марковић, 2013: 17).

5 Овде је знаковита Токвилова мисао: „Моћ јавног мњења гони појединце да више настоје да се прилагођавају условима и околностима свога живота него да их мењају. Целокупан живот појединца претвара се у тежњу да се испуњавање личних интереса

нису заштићена нашом колективном моћи као гласача, већ су подређена логици финансијског тржишта и постојећим уставним уређењима. Гласачи могу да промене владе, али је готово немогуће да промене економску политику. Елите су се ослободиле идеолошких и националних лојалности и постале глобални играчи, остављајући друштво у разломљеној љуштури националне државе“ (Красев, 2013: 11).

Имајући све ово у виду, у разматрању одрживог економског развоја данашњице ваља поћи од чињеница и логике, док се апстракцијама може признати веродостојност само у мери у којој су реално засноване. С те тачке гледишта, под одрживим економским развојем подразумева се унапређење материјалног благостања (јавних финансија и животног стандарда становништва) засновано на реалним економским ресурсима (реалној продукцији) који гарантују дугорочну економску одрживост. Појмовна супротност од одрживог економског развоја јесу дугорочно неодрживе економије, под којим се подразумевају економски системи који се – услед заснованости на необновљивим изворима финансирања и без ослонаца у реалној продукцији и ресурсима – вештачки одржавају.

Само, утицај идеологије на категорију економског раста је у тој мери изражен да засењује али, у значајној мери, и обузима економску науку, из чега, уопште узев, происходи „конфузна“ макроекономска мисао – растргнута између научних и идеолошких формула – о одређујућим глобалним економским процесима. Знаковито је у том погледу поменути „идеолошку формулу о приватизацији као предуслову економског раста“ – конструисану у оквиру тзв. Вашингтонског консензуса – која је као водила економских промена у источноевропским државама, у периоду после распада Совјетског Савеза, јасно показала да циљеви приватизације могу бити скроз-наскроз супротстављени циљу економског благостања земаља које су у питању (Обрадовић, 2012: 66–84).⁶ Ово је само један

и ситних задовољстава усклади са друштвеним и моралним захтевима већине. Овакав начин живота води губљењу личности и страховитом утицају јавног мњења и општеприхваћених вредности“ (Марковић, 2013: 162).

6 Индикативан показатељ пропаганде била је тврдња да ће приватизација довести до изједначавања просечних прихода источноевропских држава са Европском унијом. Обрадовић, с тим у вези, вели: „Према једној процени почетком 90-их година, источноевропским земљама било је потребно 420 милијарди долара годишње да би се изједначили просечни приходи са ЕУ у периоду од десет година. Међутим, у периоду 1991–1995. та сума била је мања од 80 милијарди долара (Обрадовић, 2012: 71). Услед „горких“ последица приватизације у источноевропским државама, данас се чују гласови о збиљским циљевима приватизације у питању. Тако, Раманадхам циљ приватизације у Источној Европи види као „прерастање политичке олигархије ранијег социјализма у финансијску олигархију обновљеног капитализма“, док Обрадовић

доказ да богаћење и сиромашење народа и држава нису условљени само објективним унутардржавним детерминантама економског раста, већ су итекако везани природом и снагом интереса крупног финансијског капитала, у тој мери да (не)развијеност унутардржавних економија може да буде резултат (циљ) пажљиво осмишљеног деловања геополитичких центара моћи.⁷

Било како било, ако се заузме становиште о потреби утврђивања реалног карактера економских кретања данашњице, чини се да су економски раст и одрживи економски развој одлика држава са високо продуктивном (економски реално заснованом) индустријом и држава које располажу богатим ресурсима – у првом реду изворима енергије. С друге стране, данас су знатно заступљеније разорене унутардржавне (националне) економије које се налазе на вештачком одржавању. Та околност да је данас број сиромашних држава значајно надмашио број економски развијених земаља, по себи би била довољна да се постави питање одистинске утемељености идеје о прогресу човечанства, што је претходно питање за анализу проблема одрживог развоја. Јер, у том случају, проблем човечанства није у томе што је развој неодржив, него то што развој не постоји.

тврди да „инсистирање међународних институција ка спровођењу политике масовне приватизације има за циљ прераспделу политичке и економско-финансијске моћи и на међународном и на националном плану, као и остваривање капиталистичке акумулације“ (Обрадовић, 2012: 71).

7 Деспотовић, Ђурић наводе да је индустријализација неопходан услов за постојање успешног економског развоја, а да је, при томе, одлука о томе које ће се земље и региони специјализовати за развој или сиромаштво, у највећем броју случајева одлука геополитичких центара моћи. „Другим речима: индустријализација јача одрживост једне земље. Чињеница да до глади долази само у државама које су скоро искључиво специјализоване за пољопривреду, истиче значај индустрије, поделе рада и синергијских ефеката у стварању благостања“ (Деспотовић, Ђурић, 2014: 12). Спрам овде истакнуте улоге геополитичких центара моћи у погледу планског стварања и одржавања зона богатства и сиромаштва, пажње је заслужна мисао о томе да се у зонама примарног геополитичког интереса богатих стварају тзв. „пивот државе“ којима се омогућава контролисано богаћење и развој, имајући у виду да је њихова улога од стожерног значаја за интересе геополитичких центара моћи (нпр. Турска, Јапан, Јужна Кореја, Сингапур, Тајван, Индонезија, Тајланд и др.). Геополитичка улога „пивот држава“ заправо је у томе да чувају интересе геополитичких центара моћи у одређеним зонама света (Деспотовић, Ђурић, 2014: 9–10; Милановић, 2012: 173). Напоследку, да интереси геополитичких центара моћи итекако могу одредити економску судбину једне земље, белодано показује пример Немачке у периоду након 1945. године, која је прешла пут од „Моргентауовог“ до „Маршаловог плана“ (види о томе: Буквић, 2012: 19–24).

3. Збиљска утемељеност одрживог развоја: одрживи развој и прогрес човечанства

Разматрање постављеног питања о постојању прогреса човечанства ваља повиновати чињеницама с краја 20. и на почетку 21. века – у јеку тзв. ауторитарне глобализације – које речито изражавају суштину постојеће људске цивилизације: 1) Према подацима Светске организације за прехрану и пољопривреду, од 7.23 милијарди људи, колико тренутно живи на земљи, око 0.9 милијарди људи је гладно, а око 4 милиона људи сваке године умре од глади. Притом, 90 % нација које гладују извозе храну развијеним земљама; 2) Сједињене Америчке Државе рат у Ираку кошта 87 милијарди долара, док Уједињене нације процењују да би за мање од половине те суме могли омогућити чисту воду, одговарајућу исхрану, санитарне услуге и основно школство свим људима на свету. Дневни износ потребан да би се нахранили гладни износи 18 милиона америчких долара; 3) Однос прихода једне петине најбогатијих држава наспрам прихода једне петине најсиромашнијих је скочио са 30:1 у 1960. на 74:1 у 1995, са трендом даљег продубљивања до дана-данашњег; 4) Сједињене Америчке Државе су у периоду после пада Берлинског зида извршиле преко двадесет једностраних-директних војних интервенција без основа у међународном праву; 5) На снази је неконтролисано ширење нуклеарног оружја; 6) На почетку 21. века транснационалне компаније контролишу директно или индиректно 2/3 светске производње и трговине и 3/4 међународног трансфера технологије; 7) По подацима Уједињених нација из 1998. године, 225 најбогатијих људи света поседује капитал који је једнак укупном капиталу који поседује две и по милијарде људи сиромашнијег дела планете, док три најбогатија човека поседују капитал у вредности збира бруто друштвених производа 50 најсиромашнијих држава света; 8) Глобална међународна економија је попреште ширења фиктивног капитала неслућених размера, без покрића у реалној производњи или штедњи (о чему више нешто ниже); 9) Пораст глобалне планетарне температуре води климатским променама чије ће последице значајно изменити услове живота на Земљи – у виду суша, поплава, подизања нивоа мора и нестанка биљних и животињских врста – већ око 2100 године; 10) Нафтне компаније безобзирно испумпавају отрове у реке које протичу резерватима са тропским шумама, свесно убијајући људе, животиње и растиње, чинећи геноцид над старим културама; 11) На делу је стални развој информационог друштва, али и развој његовог изопаченог облика – информационог контролисаног друштва.

Наша везаност обимом расправе не дозвољава нам да ближе објаснимо, нити да исцрпно изложимо економске, политичке и вредносне поставке процеса тзв. ауторитарне глобализације (види о томе: Печујлић, 2001: 413–436),

али предочене чињенице послужиће нам као основ за изношење основних премиса о природи данашњих глобалних процеса, у правцу формирања коначне оцене о збиљској утемељености идеје о одрживом развоју. Прво, у периоду након слома Совјетског Савеза међународну геополитичку позорницу континуирано запљускује талас интервенционизма Сједињених Америчких Држава, који очито иде за тим да постигне пуну владавину светом. Следствено постављеном циљу, дотични интервенционизам испојио се као перманентно опсадно стање у виду рата или претње војном силом, са перфидном технологијом и префињеном идеологијом.⁸ Друго, мишљења смо да свеколика криза човечанства извире из тога што се под контролом елите крупног финансијског капитала одвија процес међународне политичке и економске интеграције, замишљен као систем у којем ће дотична елита крупног финансијског капитала владати преко локалних олигархија, мултинационалних корпорација и војне моћи Сједињених Држава (Марковић, 2013: 223). Предузимање корака у правцу етаблирања поменутог система водило је преношењу моћи са држава на мултинационалне корпорације, а преко међународних финансијских институција (ММФ, Светска банка и др.) и под контролом елите крупног финансијског капитала дошло је до безобзирне експлоатације неразвијених и сиромашних земаља („акумулација отимањем“), што је народе неразвијених и сиромашних земаља довело у стање дубоке и дугорочне економске (колонијалне) зависности. Поврх тога, уместо сталног економског раста и, у следству тог раста, подизања животног стандарда свих становника који живе на кугли земаљској, на снази је

8 „Тај тоталитаризам одговора ономе што је бивши председник Домиканске Републике Хуан Бош (Juan Bosch) назвао „пентагонизам“. Изнутра, Сједињене Америчке Државе, због својих хоризонталних и вертикалних подела власти, због својих група за притисак, одају готово идеалну слику нетоталитарног, либералног политичког система. Али, њихова спољна политика фактички је монополисана од стране институција министарства одбране, Пентагона и економских групација које улазе у његов орбит. То је последица околности што војна власт добија знатно већа буџетска средства него цивилна и што војни врх може да се организује – управо захваљујући особеностима америчког либерализма – као засебна интересна група. Тако, по Бошу, Сједињене Америчке Државе представљају политички систем са две владе: са цивилном владом за унутрашњу политику и војном владом за спољну политику. „Средства пентагонизма“, пише Бош у својој краткој, но мислима богатој расправи, „изузетно наликују средствима империјализма;...“Традиционална спољна политика нема више никакво егзистенцијално оправдање. Шефови старе међународне политике, председник и државни секретар, данас имају још само ограничену функцију, која се своди на одобравање планова пентагонизма. А пентагонизам има план: стално одржавати у било ком делу света ратно стање, са циљем да се садашња војна сила подупире и по могућству увећава; речју – да се посредством перманентног рата (!) обезбеђује војно тржиште (подвлачење је моје)“ (Петровић, 1996: 470).

незапамћени јаз између богатих и сиромашних, а нехумани лик постојеће људске цивилизације разоткрива број оних који умиру од глади, као и број људи који живе у беди.⁹

Особито је важно имати у виду да процес тзв. глобализације вероватно представља најсавршеније умеће империјалистичког владања у повести света. Поучена лошим искуством са жигосаним идеологијама 20. века (фашизам и комунизам), елита крупног финансијског капитала сопствену технику владања засновала је на обесмишљавању, а не на порицању основних политичких и правних добара западноевропске цивилизације. Имајући то у виду, елита крупног финансијског капитала формално не тежи поништавању државног суверенитета; баш напротив, јавна дипломатија тајних властодржаца била би потпуно неделотворна без прокламације људских права, демократског политичког система и владавине права. Техника владања која је у питању несумњиво иде за тим да разори правну државу и демократију и да их стави под потпуну контролу елите крупног финансијског капитала,¹⁰ али умеће владања и јесте у томе да, снагом новца обликована „љуштура“ правне државе и демократског политичког система, елити крупног финансијског капитала послужи као идеалан „легитимацијски плашт“. У следству тога, за технику владања у питању веома је важно да појединцу, у светлу његових формално признатих слобода, створи привид о постојању суверености грађанина, бирача и потрошача, с тим што патронажом над државом и демократским политичким системом

9 Продубљивање јаза између богатих и сиромашних изазвало је узнемирујуће гласове упозорења да је на делу стварање „дуалистичког друштва“ на кугли земаљској – друштва „златне милијарде“ и масе која је експлоатисана (види, на пример, Костић, 2011: 271).

10 „Када дифузија државне власти пређе извесне границе, када неформалне власти себи потпуно потчине формалне, када „директне“ власти постану пуко средство „индиректних“, онда правна држава постаје изопачена. Још је Аристотел нормалним типовима државних уређења супротстављао њихове изопачене облике: монархији тиранију, аристократији олигархију, политеји, као ограниченој демократији, охлократију као масовну демократију... Изопачену правну државу називамо политкратијом (подвучено у изворнику). Чим странке узму главну реч у држави, политкратија је ту. ...Зато је идеалан тип политкратије двостраначки систем, у коме се две странке близнакиње смењују на власти, будно пазећи да се не појави нека трећа странка која би угрожавала њихов политички картел. Неопходан чинилац обезбеђења тог картела је политичка полиција, која с тога некада добива пресудну улогу у режиму. Може се, с тим у вези, говорити о политкратском четвороуглу (подвучено у изворнику), чија два угла заузимају укартелисане странке, један јавни и тајни, често и страни, финансијери, и један политичка полиција. Форме правне државе остају и даље, нарочито подела власти, али само као „гола форма“, јер су у довршеној политкратији парламентарни демократски избори трик с трима картама које држе финансијски и полицијски босови (Петровић, Прица, 2014: 30; 74.).

елита крупног финансијског капитала настоји да успостави систем у коме су признате слободе појединца без имало колективне моћи, што доводи до потпуне подређености радника послодавцу, потрошача произвођачу, бирача политичким странкама, те аутономије (приватности) појединца државном интервенционизму. На концу, звучи парадоксално да елите неразвијених и сиромашних земаља за будућност својих земаља узимају пут тржишног (нео)либералног капитализма, што је бесповратан пут у пропаст. Али, то што већ на око представља угаснуће елементарне економске логике, заправо је део технике владања која је у питању и белодано доказује тезу о локалној олигархији као делу дотичне структуре глобализоване економске и политичке моћи.

При свему томе, огледало збиљске утемељености поставке о одрживом развоју човечанства налази се под окриљем глобалне међународне економије, следствено чему реални карактер одрживог развоја у свему одговара могућности у којој се реално може одржати „фиктивни капитал“, који данас запоседа језгро светске економије. Врело „фиктивног капитала“ – капитал који није заснован у реалној продукцији или штедњи – била је немогућност глобалног неолибералног капитализма да остварује профит у реалној привреди, што је довело до преусмеравања економских токова према финансијском сектору, у којем је замишљено стварање виртуелног раста путем махинација од стране банкарских гиганата и хец фондова (Марковић, 2013: 21).

Заправо, стварање међународног економског система са „фиктивним капиталом“ неодвојиво је од англоамеричке доминације, утолико што је из немогућности остваривања профита у реалној привреди произлазила извесност да Сједињене Америчке Државе неће успети да остваре геополитичку доминацију. Уопште узев, „фиктивни капитал“ настаје (седамдесетих година 20. века, а његов акутни облик после распада „совјетског блока“) штампањем новца и хартија од вредности од стране Сједињених Америчких Држава и њиховим пласирањем на светска финансијска тржишта. Развијање дотичног система надаље је значило утемељивање финансијског (банкарског) система у којем су банке издавале кредите без контроле државних банака, из чега ће произаћи и то да ће банке сопствене кредите претварати у хартије од вредности и тако их даље продавати. Надувани балон „фиктивног капитала“, омогућиће Сједињеним Америчким Државама да купују робу других народа и увоз плаћају доларима које централна банка Сједињених Америчких Држава, Федералне резерве, штампа по својој вољи. Последица је тога да је средином деведесетих година тек свака шеста зелена новчаница која је била у оптицају била покривена реалном производњом или штедњом, при

чему је вредност „фиктивног капитала“ 2008. године достигла невероватан износ од укупно 863 билиона долара (Елзесер, 2009: 33; 35). Поврх тога, кредитирање држава у невољи од стране банака под контролом Сједињених Америчких Држава, током седамдесетих и осамдесетих година прошлога века, без сваке сумње било је део технологије рушења „совјетског блока“ и у следству тога корак у правцу успостављања униполарног поретка.

За мисаони ток наше расправе овде се уочава околност од фундаменталног значаја, а наиме да се циркулација „фиктивног капитала“ на светским тржиштима остварује војном силом и на корист индустрије војне. Следствено томе, у основи дотичног „фиктивног капитала“ лежи економски императив рата: „Оно што изгледа као лудост, има прихватљиву основу: долар више није покривен само златом, већ и војном снагом. Сједињене Америчке Државе дају више за своје наоружање од следећих 17 држава (укључујући Русију и Кину) заједно. Због тога влада САД, за разлику од владе сваке друге дужничке државе, може да обећа својим кредиторима да ће сваког у свако доба и на сваком месту војном силом присилити да се, по себи безвредни папири номинирани у доларе, замене робом. Што дубље САД тону у дугове и што очигледнија постаје превара с хартијама од вредности, то очајније покушавају да своје економске промашаје надокнаде војним успесима. И обрнуто, ратове би без „фиктивног капитала“ финансијске индустрије било тешко финансирати. Другим речима: помоћу војне силе САД и њени услужни коалициони партнери спроводе захтеве о праву на посед, са сумом од 863 билиона долара у виду „фиктивног капитала“, којој су дали значај реалне вредности. Овим „конфети“ новцем финансира се велики део америчких ратних амбиција. Како криза напредује, тако се овај чаробни круг све брже окреће“ (Елзесер, 2009: 40–43).

Имајући све ово у виду, белодано је да горући проблеми човечанства на прелазу из другог у трећи миленијум производе из „пентагонизма“, с једне, и доминације крупног финансијског капитала, с друге стране, имајући у виду њихову жеђ за експлоатацијом природних ресурса и поробљавањем човечанства. Само, ваљало би имати у виду да геополитички поредак од униполарног може да задобије мултиполарни карактер, а да се тиме нимало не окрњи моћ крупног финансијског капитала, што само по себи говори да одрживи развој није могућ док се не успостави збиљско преимућство државе над мултинационалним корпорацијама.

Због свега изложеног, у правцу већ раније истакнутог става о неопходности моралног и духовног преображаја човека 21. века – као услову за опстанак човечанства, не треба никако заборавити да су покољи у великим ратовима 20. века, поред осталог, били подстакнути тежњом за освајањем нових

тржишта и природних ресурса. Одавде се сасвим основано може говорити о економском покретачу фашизма, као главном, и национализму, као покренутом покретачу фашизма, што врело фашизма од националног враћа ка економском разлогу. Елзесер је, с тим у вези, сасвим у праву, када каже: „Антифашизам је дефинисан као главна осовина левичарске политике, и то не из неких разлога из прошлости, већ и зато што се приликом заоштравања капиталистичке кризе јавио страх од повратка фашизма. Ова мисао апсолутно је тачна, проблем је само што су по правилу левичари погрешно дефинисали појам фашизма. Он се погрешно схвата као у корену идеолошка појава, као разбуктали национализам са антисемитизмом као главним моментом. Тако се феноменолошки долази до немачког нацизма, али да би се прича о сингуларитету једном озбиљно схватила, у овом облику неће се вратити. Јер, национализам је за капитал постао дисфункционалан у свету у којем профит може да реализује само онај национални капитал који се подреди глобалној команди америчког империјализма. Немачка привреда, кад се ради о извозу, зависи од доларског простора, а вредност америчког долара који више није ни покривен реалном продукцијом зависи од способности америчке војске да контролише светско тржиште (пре свега изворе енергије). ...Због тога је умесније да се фашизам не дефинише као примарно феноменолошки, већ као економски, дакле да се врати ознаци коју је Коминтерна увела на свом 7. Светском конгресу 1935. године под вођством Георгија Димитрова – као „диктатура углавном реакционарних, шовинистичких и империјалистичких елемената финансијског капитала“. Ови елементи су пре 75 година били највише заступљени у Немачкој, а данас се срећу у САД; у оба случаја дотични капитал на слободном светском тржишту више није био конкурентан и морало је да дође до бежања ка напред, ка војном овладавању светским тржиштем“ (Елзесер, 2009: 49–51). Изложеном се нема шта одузети, зато на крају само додајмо да одистинска институционализација одрживог развоја није могућа без развлашћивања елите крупног финансијског капитала.

4. Уместо закључка

Јако је знаковито да постанак и уобличавање идеје одрживог развоја на међународном плану временски потпуно кореспондира са настанком и развојем процеса тзв. глобализације. У тој чињеници – мада је наизглед нелогично – ми видимо одговор на питање зашто институционализација идеје одрживог развоја на међународном плану није допринела усмеравању глобализације ка основним људским вредностима. Да су водеће државе почетком 70-их година 20. века доиста имале свест о потреби обуздавања економије екологијом, одрживи развој би на почетку 21. века засигурно

досегао збиљски правни карактер, са чврстом и јасном рефлексијом на економска и социјална кретања човечанства. Околност да државе нису, никако не значи да су покретачи институционализације одрживог развоја били научни посленици и јавно мњење, јер је њихова улога на међународном плану и касније изгледала као „грудвање са мењавом“. То што еколошки проблеми почетком 70-их година 20. века наједном добивају велики међународни публицитет, као и то што доцније није остварена правна институционализација идеје одрживог развоја, дају нам право да се запитамо да ли је, као и у случају глобализације, одистински покретач и контролор идеје одрживог развоја била елита крупног финансијског капитала.

Јер то што наоко изгледа нелогично, у ствари може да изражава блиставо умеће владања тајних властодржаца. Као што су демократија, људска права и заштита „слободног света“ Сједињеним Америчким Државама послужили као параван за утемељивање властитог империјализма, тако се иза завесе међународне институционализације одрживог развоја припремало преношење економске и политичке моћи са држава на мултинационалне корпорације, а уједно се еколошким проблемима оправдавала потреба преношења суверенитета са држава на глобалне међународне институције. Уосталом, зар поимање о техници владања у овом случају не потврђује чињеница да се и данас о одрживом развоју највећма говори као о проблему међугенерациске солидарности, чиме се очевидно одвлачи пажња на погрешну страну. Утемељитељи глобализацијског неолибералног капитализма не поричу потребу одрживог развоја, као што уосталом не оспоравају ни демократију нити правну државу. Али, техника владања елите крупног капитала није утолико у порицању основних вредности западноевропске цивилизације, колико је у њиховом обесмишљавању. Изуми дотичне технике обесмишљавања данас јесу одрживи развој без правог значења, људска права без збиљске слободе, страначка представничка демократија без демократског друштва и владавина закона без владавине права.

Имајући све ово у виду, ми не мислимо да је одрживи развој исто што и равнотежа глобалне моћи великих сила на геополитичкој позорници. Конституисање мултиполарног света и реформа међународног права у том погледу представљају важан, али не и довољан услов за целовиту институционализацију одрживог развоја. Заправо, да би одрживи развој збиља задобио својство основне вредносне поставке човечанства, а уједно и за опстанак човечанства у 21. веку, неопходно је развлашћивање елите крупног финансијског капитала и напуштање материјалистичко-потрошачке философије савременог човека, у правцу образовања система

са моралним и социјално праведним ликом. Штавише, развлашћивање крупног финансијског капитала је нужно и због враћања легитимитета владавини права и демократском политичком систему.

Литература

Бжежински, Збигњев (1999), Велика шаховска табла, Подгорица, ЦИД
Бребан, Ги (2002), *Административно право Француске*, Подгорица, ЦИД
Буквић, Рајко (2012), *Вашингтонски консензус и деиндустријализација источне и југоисточне Европе*, Нова српска политичка мисао, бр. 1–2, стр. 7–28

Велимировић, Николај (2001), *Земља Недођија*, Пирот, Pi Press

Вукадин, Емилија (2011), *Економска политика у условима глобализације*, Зборник радова: Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније, Београд, стр. 42–57

Вучић, Михајло (2013), *Начело одрживог развоја као основна норма савременог међународноправног поретка*, Зборник радова: Basic Concepts of Public International Law, Београд, стр. 359–372

Деспотовић, Љубиша, Ђурић, Живојин (2014), *Геополитика сиромаштва – економски идентитет националне државе у процесима њене деиндустријализације и пауперизације*, Култура полиса, бр. 23, стр. 1–14

Дудаш, Атила (2013), *Начела политике заштите животне средине у праву Европске уније*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, стр. 377–390

Елзесер, Јирген (2009), *Национална држава и феномен глобализације*, Београд, Јасен

Костић, Александар (2011), *Управљање глобализацијом и национални идентитети (правни и политичко-социолошки аспекти)*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу

Красев, Иван (2013), *С вером у неповерење – Може ли демократија да опстане када не верујемо својим лидерима*, Београд, СЛЮ

Лилић, Стеван, у сарадњи са Мирјаном Дреновак (2010), *Еколошко право*, Правни факултет Универзитета у Београду

Марковић, Саша (2013), *Манифест против империје*, Сремски Карловци-Нови Сад, Издавачка књижевница Зорана Стојановића

Милановић, Бранко (2012), *Богаташи и сиромаси*, Београд, Службени гласник

Мировић, Дејан (2008), *Аргументи против Европске уније*, Београд, Српски сабор Двери

Николић, Душан (2012), *Правна заштита животне средине и одрживи развој: цивилизација на погрешном путу*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 12, стр. 781–789

Обрадовић, Марија (2012), *Циљеви приватизације: економски раст или профит?*, Нова српска политичка мисао, бр. 1–2, стр. 65–92

Палачковић, Душица (1998), „*Одрживи развој*“ – *Савремена правна регулатива и значење*, Србија и европско право, књига 3, Крагујевац, стр. 264–277

Петровић, Милан (1996), *Појам тоталитаризма (тоталитаризам као перманентно опсадно стање и као перманентна револуција одозго)*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1–3, стр. 463–471

Петровић, Милан, у сарадњи са Милошем Прицом (2013), *Увод у велике правне и управне системе*, Ниш, Свен

Петровић, Милан, у сарадњи са Милошем Прицом (2014), *Посебно управно право с међународним управним правом*, Ниш, Свен

Печујлић, Мирослав (2001), *Лавиринти политичке глобализације*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1–4, стр. 413–436

Прица, Милош (2014), *О појму и правном карактеру одрживог развоја: Да ли постоји еколошко право*“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67, стр. 291–318

Салма, Јозеф (1995), *Начела и систем еколошког права*, Правни живот, бр. 9, стр. 267–280

Салма, Јозеф (2011), *Смернице и уредбе Европске уније о животној средини*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, стр. 29–44

Тврдишић, Данило (2010), *Глобализација безумља*, Београд, Српски сабор Двери

Тубић, Бојан (2013), *Начело одрживог развоја у међународним правним актима и пракси међународног суда*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, стр. 391–411

Miloš Prica, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

On the Objectives and the Factual Basis of Sustainable Development in the early 21st Century

Summary

It is highly indicative that the genesis and development of the principle of sustainable development on the international scale fully corresponds (time-wise) with the genesis and development of the so-called globalization process. As illogical as it may sound, this fact may provide an answer to the question why the institutionalization of the idea of sustainable development at the international level has not contributed to guiding the globalization process towards the basic human values. Had the leading states in the early 1970s been really aware of the need to control the global economy via ecology, the legal nature of sustainable development at the beginning of the 21st century would have its definite and clear reflection on the economic and social developments of humankind. The fact that the states had no such awareness certainly does not entail that the institutionalization of sustainable development was initiated by scholars and the general public, primarily because their role on the international scene has always been perceived as “having a snowball fight with a blizzard”. Considering the fact that environmental issues were suddenly given a huge international publicity in the early 1970s, as well as the fact that the idea of sustainable development was not legally institutionalized at a later stage, we are fully entitled to explore the following issue: whether the idea of sustainable development (just like the idea of globalization) was actually initiated and controlled by the corporate elite in possession of huge financial capital.

For, what appears to be illogical may actually be an expression of the brilliant art of ruling demonstrated by the covert power-holders. Just as democracy, human rights and protection of the “free world” have been employed by the United States as a screen for establishing their own imperialisms, the transfer of economic and political power from the state level to the domain of multinational corporations has ensued behind the shroud of international institutionalization of sustainable development; concurrently, environmental issues have been put into the service of justifying the need to transfer the sovereignty from the state to global international institutions. After all, such an understanding of this ruling method is indeed confirmed by the fact that the issue of sustainable development is nowadays largely regarded as a problem of intergenerational solidarity, which

is an obvious distraction that leads us off track. The founders of the global neo-liberal capitalism do not dispute the need for sustainable development, just as they do not dispute either democracy or the rule of law. Yet, the ruling method employed by the corporate capital elite is not so much exemplified in the denial of the fundamental values of the Western civilization as it is embodied in making these values inconsequential. The latest developments underlying this method today are the sustainable development without a substantial meaning, human rights without actual freedom, the system of representative democracy without a democratic society, and the rule of regulations without the rule of law.

Bearing all this in mind, sustainable development may not be equated with the balance of global power of the leading forces on the geo-political scene. The creation of a multi-polar world and the international law reform are important but insufficient conditions for a comprehensive institutionalization of sustainable development. Actually, in order to ensure the capacity of sustainable development as a value-based cornerstone for the survival and development of mankind in the 21st century, it is necessary to disempower the corporate capital elite, encourage the modern man to abandon the materialistic consumption-oriented viewpoint, and move towards creating a system based on ethics and social justice. Moreover, the disempowerment of the corporate capital elite is a necessary precondition for restoring the legitimacy of the rule of law and democracy.

Key words: sustainable development, humankind, environmental law, environmental policy, legal principles, ideology, a branch of law, corporate capital elite, art of ruling, social justice.

ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕСИЈА

Rodna Zivkovska, LL.D.*

Full professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Sts Cyril and Methodius" Skopje, Macedonia

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347(497.7)

Tina Przeska, LL.D.**

Assistant professor,

Faculty of Law "Iustinianus Primus",

University "Sts Cyril and Methodius" Skopje, Macedonia

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

CODIFICATION OF THE CIVIL LAW IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Abstract: *This paper analyses the process of codification in Europe in 19th century and its influence on the codification of civil law in post-socialistic countries. In light of the analysis of the codification process in post-socialistic countries, the paper puts the accent on the ongoing process of codification of the civil law in Republic of Macedonia.*

The idea for codification of Macedonian civil law was introduced for the first time in a project prepared by the Ministry of Justice in 2009. However, the first official activities in regard of the codification started in 2011 when a Commission for drafting the Civil Code of Republic of Macedonia was instated by decision of the Government of the Republic of Macedonia. During 2012 the Commission held a meeting where the main point of discussion was the systematization and content of the Civil Code. It was concluded that the pandect system should be accepted regarding the draft of the code. After the meetings separate working groups started with the preparation (the draft) of three parts of the code - property, obligations and succession. At the moment the process of drafting the property law is still ongoing.

Key words: *civil law, civil codes, codification, obligations, property law, successions.*

* r.zivkovska@yahoo.com

** comunicationperpetua@yahoo.com

1. Introduction

In Europe today there are two different legal traditions Common Law and the Civil Law (continental). Scholars point out that these two legal traditions have crucial differences as a result of different conditions in which Common Law and the Civil Law system have emerged and developed in the past. The crucial differences between the common law and the civil law system, according to civil doctrine, are found in their structure, the manner that legal statutes are classified, the basic principle of the legal systems and the legal terminology (Pejović, 2001:819–820).

The common law legal system has started developing during the 11-th century in England. The development of this legal system was a result of political changes that followed in the period after 1066 (the Norman conquest of England). In the legal history of England this period is marked as time when the central authority of the king has been very strong. As governing authority, the king issued royal orders that functioned as laws. However, the courts found the royal orders to rigid and inapplicable in certain cases especially regarding the achievement of the principle of justice. That was the reason why courts have began to apply the principles of equity in their judgments derived from Roman law or natural law. In time the decisions of the higher courts were regarded as precedents and as such were followed in the courts legal practice, creating the so called “precedent law”. The existence of precedent law as legal source is one of the main characteristics of the common law legal system that differ it from the civil law legal systems based on written law. However, as scholars point out, the common law legal system, besides the precedent law is partly based on statute law passed by the Parliament (Hale, 1971: 11; Pejović, 2001: 820; O’Connor, 2012: 11).

The civil law (continental) legal tradition is considered as dominant type of legal system in Europe since it was accepted in most European countries. This legal tradition has developed by reception and modernization of Roman law. According to historians this process has began in the period of the 11th century in the Italian city-states (Merryman, 1985:10). By accepting the Roman law in the period of the 11th until 15th century the European countries gradually abandoned the customs that served as law, and oriented towards written law – legal statutes that in certain degree incorporated the customs from that time period (Glenn, 2004: 135).

The main characteristic of civil law traditions is the written law that contains abstract legal rules (articles) that can be applied in different legal situations (cases). The role of the courts in countries that have accepted civil law legal tradition is not to pass law, only to apply the written law.

Other important characteristic of civil law legal tradition is the tendency for the written law to be systematically classified in one integral legal text – codification. The process of codification of civil law in European countries, according to historians began during the 18th and 19th century when the so called “modern codifications” have emerged¹. Among the first codifications of civil law in these period are: the Prussian Code from 1794; the French Civil Code from 1804, the Austrian Civil Code from 1811, the German Civil Code from 1896 (that came into force in 1900), the Swiss Civil Code from 1907, the Italian Civil Code from 1942, the Serbian Civil Code from 1944, the Greek Civil Code from 1946 and others. As most important and influential civil codes in legal history are considered to be the French Civil Code, the Austrian Civil Code and the German Civil Code (Murillo, 2001: 5–6)². The French Civil Code, according to civil doctrine had significant influence during the draft of the Italian Civil Code, the Portuguese Civil Code and the Spanish Civil Code. The Austrian Civil Code influenced the draft of the Serbian Civil Code. And the influence of the German Civil Code is recognized in the draft of the Greek Civil Code and the Swiss Civil Code. The German Civil Code is considered to have influenced the revision of the Austrian Civil Code.

In counties from Western Europe the process of codification of civil law become a pressing issue during the 19th century, however in 20th century the economic and political development of countries in the European Union demanded the harmonization and unification of laws in the European Union. The need for harmonization in the European Union brought on a process of de-codification, creation of international law, and necessity for re-codification of civil law. The process of de-codification, according to scholars, resulted from social, economical and political changes during the 20th in the European Union. All the changes on social, economical and political level demanded regulation that was enforced by passing special laws to regulate the new legal relations. These special laws are enforced together with the enforcement of the civil codes, and they usually refer to matters not regulated by the civil codes. The creation of international laws in the European Union, or more precisely European laws such as: conventions, covenants, international agreements, directive and other legal documents that bind the European countries also influenced the application of the existing

1 Historians point out that the term “codex” in the past was used to express law written in wooden tables. Although, historians consider that the codification of civil law is a process that started in the period of 18th and 19th century, they point out that in history of law early codifications are known such as the Hammurabi Codex, Codex Theodosianus and others (Zimmerman, 2012).

2 Some authors consider that the draft of the German Civil Code is inspired by the French Civil Code regardless of the fact that the two codes are different in their content, the approach in regulating civil law relations, and the manner of regulation of certain civil law institutes (Murillo, 2001: 5)

civil codes (Murillo, 2001:12–13). The changes in the legislation of European countries lead to the process of re-codification of civil law. According to civil doctrine, the process of re-codification is a process that provides new legal solutions (the modernization of law) that need to be implemented in existing civil codes dating from the 19th century. The process of re-codification will ensure the modernization of the law by taking articles from recently passed special laws and incorporating such articles in the civil codes³.

Although, the process of codification in Western Europe is considered as finished, and the European countries now-days face the challenges of de-codification, creation of international laws and re-codification, the civil doctrine notes that for some European countries the process of codification is just starting. Therefore, the issues regarding codification are still in the spot light in legal theory and practice, especially in the legal system of the countries from East Europe (post-socialistic countries). Most of the East European countries, due to the changes (transitions) in their economic and political system have not codified the civil law in the past, and have only recently started the process of codification of civil law (Zimmermann, 2003: 21).

The codification of civil law in the so called post-socialistic countries, as some authors have noted, is one stage during the transition process that involves more than codification. It is pointed out that transitions process also includes crucial changes in economic development, legal regulations, politics and other areas. Some of the most significant changes deriving from the process of transition are the acceptance of parliamentary democracy, civil society, political pluralism, free market and etc. The codification of civil law is the next logical step in the process of transition where all of these crucial changes will reflect directly or indirectly in the structure and content of the new civil codes in these countries. In legal system of countries in transition the changes in legislation during the process of transition are in some degree inspired by the aspirations of these countries for membership in the European Union. Regarding the pos-socialistic countries that are already member of the European Union, it is pointed out that their primary goal is to harmonize their national laws with the legislation of the European Union⁴.

In some countries in transition such as Estonia, Poland and the Czech Republic the codification of the civil law was done by revision and restatement of civil

3 The process of re-codification, according to some author, already began in countries such as France, Italy, Germany and others. These countries have made changes in the civil codes relating personal rights, property relations and family law. Ibid,14.

4 More on the process of harmonization, and its effects in legal system of post-socialistic countries see: P. Cserne, (2011) at <http://www.propublicobono.hu/pdf/Cserne%20P%20Tamop%201.pdf>.

codes from the past. Other countries such as Latvia and Romania have promulgated the old civil codes without any revision (Cserne, 2011). The countries from the former Socialistic Federal Republic of Yugoslavia, have also gone forward with the process of transition, some already become member of the European Union – Slovenia since 2004 and Croatia since 2013. However, the process of codification of civil law in the present moment is officially started only in Republic of Macedonia⁵ (candidate for EU membership) and Republic of Serbia⁶ (also candidate for EU membership).

2. The Process of Codification in the Republic of Macedonia

The idea for drafting a Civil Code of Republic of Macedonia was initially presented in 2009 in the Project for Drafting the Civil Code of Republic of Macedonia prepared by the Ministry of Justice of the Republic of Macedonia. However, almost 3 years have passed since the idea for codification of Macedonian civil law was first presented, until the Government undertook decisive steps in direction of its realization. In 2011 a Commission for drafting the Civil Code was promulgated with Decision of the Government of Republic of Macedonia. The first meetings of the Commission were held in 2012. These meetings were dedicated to discussions regarding the systematization of the Civil Code of Republic of Macedonia, and there were also discussions regarding the content of the Civil Code.

The discussion regarding the systematization of the Civil Code ended with the conclusion that the Macedonian Civil Code will be drafted according to the pandect system rather than the institutional system. This conclusion is derived from the fact that in Republic of Macedonia the pandect system is already accepted in the drafting of laws. For example the pandect system was followed during the drafting of the Macedonian Law of Ownership and Other Real Rights (1999–2001)⁷. This Law was drafted following the example of the Croatian Law of Ownership and Other Real Rights from 1996⁸, and the Croatian Law of Ownership and Other Rights was drafted following the pandect system evident in the German Civil Code from 1896.

5 Decision for constituting a Commission for drafting the Civil Code of Republic of Macedonia (Одлука за формирање на комисија за изготвување на граѓански законик на Република Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 4/2011).

6 Decision for constituting a Commission for drafting the Civil Code (Odluka o obrazovanju Komisije za izradu Građanjskog zakonika, Službeni glasnik 104/06).

7 The Law of Ownership and Other Real Right after a three year drafting period was passed by the Parliament of Republic of Macedonia on the 20th of February 2001, and came into force after a six month vacation legis.

8 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine», broj 91/96.

The other important issue subject to discussion in the meetings of the Commission in 2012 was regarding the content of the Civil Code of Republic of Macedonia. The Discussion showed that there are many different opinions regarding the question what parts should constitute the future civil code. There was a consensus among the working groups that the future civil code should consist of general part, property law, obligations and successions. However, suggestions were given that family law and commercial law should also be integrated in the Civil Code. These suggestions were given mainly by working groups consisted of professors and experts in the area of family law and commercial law. The civil law professors, among whom professor Rodna Zivkovska (one of the authors of this paper) considered that the suggestions for incorporating family law and commercial law in the Civil Code will burden the content of the Civil Code. Incorporation of family law and commercial law in the civil Code will mean that the first part of the code (the general part) should be supplemented with articles regulating these independent areas of the law. If such articles found their place in the general provisions, they would not be fully applicable regarding property, obligations and successions since the family law and commercial law are governed by different principles of regulation that are not completely compatible with the principles for regulating civil law (property, obligations and successions).

Considering the fact that family law in Republic of Macedonia is already regulated by single integral law – the Law of Family⁹ most of the professors in the working groups opposed the idea for family law to be incorporated in the Civil Code. In their arguments they pointed out that the Law of Family already codifies (to some extent) the family law in Republic of Macedonia. The Law of Family use to contain articles regarding the marital property but those articles were taken out of the Law of Family and incorporated in the Law of Ownership and Other Real Rights during its drafting. If family law is to become a part of the Civil Code that will mean reversing this process and putting those articles back in the Law of Family. Such action will undoubtedly cause confusion in the legal practice. The professors also advised that the Law of Family regulates the civil procedure regarding family disputes (parental rights, divorce etc.) which, if family law is incorporated in the Civil Code, will become part of the Civil Code. The possibility for incorporation of articles regulating civil procedure in the Civil Code was opposed by civil procedure professors who also consider that family law should remain as it is now – regulated by the Law of Family as special law.

Regarding commercial law the majority of members of the working groups took the stand that it also should not be integrated in the civil code mainly because commercial law regulates relations between juridical persons, and civil

9 Службен весник на РМ, бр. 80/92, 9/96, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12 и 38/14.

law regulates relations between natural persons, or relations between natural persons on one side and juridical persons on the other. It was recommended that commercial law should be codified but in Commercial Code of Republic of Macedonia separate from the Civil Code of Republic of Macedonia.

2.1. The General Part of the Civil Code of Republic of Macedonia

The working group authorized for drafting the General Part of the Civil Code of Republic of Macedonia is intended to start on the draft after the drafts of the special parts of the Civil Code (property, obligations and successions) are finished. However, in spite of that the working group has undertaken some preparatory work such as comparative analysis of the modern civil law legislation in order to determine the content of general part in the existing civil codes. It was decided that the comparative analysis should involve the civil codes with significant influence in the process of codification in Europe such as the German Civil Code (drafted according to the pandect system) and the French Civil Code (drafted according to the institutional system). The working group considered that in the comparative analysis it would be beneficiary to take in consideration a civil code drafted in a former socialistic country which is why the Russian Civil Code was also analyzed. Civil Codes from neighboring countries such as the Greek Civil Code and the Albanian Civil Code were also a part of the comparative analysis made by the working group.

1. The analysis of the GERMAN CIVIL CODE, as main representative of the pandect system, is showing that the articles from the General Part are placed in BOOK I of the code. The General part consists of seven divisions: Persons (division 1); Things and animals (division 2); Legal transactions (division 3) Periods of time and fixed dates (division 4); Limitation (division 5); Exercise of rights, self-defense, self-help (division 6); Provision of security (division 7).

As the analysis has shown the general part of the German Civil Code regulates the presumptions for civil law relations (the persons, the object and the legal facts). Also, as it can be concluded, the general part of the German Civil Code regulates the exercise of rights and limitation.

2. The FRENCH CIVIL CODE consists of four books: BOOK I - Of persons; BOOK II- Of Property and of the various modifications of ownership; BOOK III - Of the various ways how ownership is acquired; BOOK IV - Of securities.

The analysis of the French Civil Code (as representative of the institutional system) has shown that this code does not contain civil law articles like those found in the German Civil Code. However, it is notable that BOOK I – Of persons contains some general provisions divided in 11 titles: TITLE I - Of civil rights;

TITLE II- Of records of civil status; TITLE III - Of domicile; TITLE IV- OF Absentees; TITLE V- Of marriage; TITLE VI - Of divorce; TITLE VII - Of parent and child; TITLE VIII - Of adoption; TITLE IX - Of parent and child; TITLE X - Of minority, of guardianship and of emancipation; TITLE XI - Of majority and of adults who are protected by the law.

It may be concluded that the French Civil Code contains general provisions regarding civil rights and civil status.

3. THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION as an example of civil code drafted in former socialistic country is consisted of three parts, and the general provisions are in the first part of the civil code. The First part of the code is divided into three sections: SECTION I - The general provisions; SECTION II - The right of ownership and the other rights of estate; SECTION III - The general part of the law of obligation.

It was noted that the Civil Code of the Russian Federation has one distinguishing feature – the first section named General provisions contains articles regulating: persons (natural and juridical), objects of civil law relations; legal transactions, period of time and limitation. The code also contains articles regulating property and general provisions regarding obligation which is also specific when compared with the German Civil Code¹⁰.

4. The GREEK CIVIL CODE, as a civil code from a neighbor country contains general provisions found in BOOK I of the Code. The general provisions regulate international private law, natural and juridical persons, representations, limitation and abuse of rights. The systematization of the Greek Civil Code shows that the general provisions primarily regulate personhood and realization of civil rights.

5. The ALBANIAN CIVIL CODE as another civil code of a neighbor country also contains general provisions found in BOOK I of the code, and it is consisted of four titles: TITLE 1 - Subjects; TITLE 2 - Representation; TITLE 3 - Legal transactions and TITLE 4 – Prescription.

It can be concluded that the Albanian Civil Code in the general provisions regulates personhood, also legal transactions and prescription.

The analysis of the content of civil codes shows that the civil codes contain general part – general provision that regulate: personhood, exercise of rights, limitation, representation, and in certain cases object of civil law relations (primarily things). Taking in consideration the present state of the civil legislation in Republic of Macedonia it is imperative that the Civil Code contains general

¹⁰ The contracts are regulated in the Second part of the Civil Code of the Russian Federation.

part – general provisions. The question emerging from this conclusion is: What should be regulated by the general provisions of the Civil Code?

The working group authorized for the draft of the general part of the Civil Code, after evaluating the results of the comparative analysis, made their suggestion regarding the possible content of the general part of the Civil Code. The opinion of the working group is that the general provisions should regulate personhood (of natural and juridical persons), exercise of rights, representation, limitation, preclusion and legal transactions. In the legal system of Republic of Macedonia provisions regulating personhood, representation, preclusion and legal transaction are regulated in different laws, mostly in the Law of Obligations¹¹, but relevant provisions are found and other special laws as well. The working group considers that the codification in this part will require to some extent incorporation of some articles from the Law of Obligations. Since the Law of Obligation regulates special types of civil law relations the incorporation of some articles from the Law of Obligation in the general part of the Civil Code will require change and adaptation of those articles so they may serve as general provision regarding all legal transactions not just obligations. Regarding the content of the Civil Code, the working group also considered the possibility for incorporation of general provisions in each part of the code (property, obligations and succession). Such general provisions would relate to the specific nature of different civil law relations (the property relations, the obligations and the succession).

In respect of the draft of the general part of the Civil Code of Republic of Macedonia the question remains should a small number of articles regulating juridical persons from the Law of Commercial Juridical Persons¹² so that the personhood of juridical persons may be precisely defined in the general provisions.

2.2. Property Law in the Civil Code of the Republic of Macedonia

During the process for drafting the Civil Code of the Republic of Macedonia it was undisputed that the Civil Code should regulate property law. The same conclusion could also be derived by comparative analysis of the existing civil codes (regardless whether they accepted the institutional or pandect system) because they all regulate property law.

1. The GERMAN CIVIL CODE regulates property relations in BOOK III of the code. The BOOK III consists of eight divisions Possession (Division 1); General provisions on rights in land (Division 2); Ownership (Division 3); Servitudes

11 Службен весник на РМ, бр. 18/01, 4/02, 84/08 и 161/09.

12 Службен весник на РМ, бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010, 48/2010, 24/2011, 166/2012, 70/2013, 119/2013, 120/2013 и 27/14.

(Division 4); Right of preemption (Division 5); Charges on land (Division 6); Mortgage, land charge, annuity land charge (Division 7) and Pledge of movable things and over rights (Division 8).

2. The FRENCH CIVIL CODE regulates property relations in BOOK II - OF PROPERTY AND OF THE VARIOUS MODIFICATIONS OF OWNERSHIP and BOOK III - OF THE VARIOUS WAYS HOW OWNERSHIP IS ACQUIRED. The second book of the civil code is consisted of four titles: Of the various kinds of property (Title 1); Of ownership (Title 2); Of usufruct, of use and of habitation (Title 3) and Of servitudes or land services (Title 4). The third book regulates the ways for acquiring ownership by succession, by legal transaction (contract, will) and on the bases of law. This part of the code also regulates possession.

3. The right of ownership and other real rights are regulated in the first part of the CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION, more precisely in SECTION II - THE RIGHT OF OWNERSHIP AND THE OTHER RIGHTS OF ESTATE.

4. The GREEK CIVIL CODE regulates right of ownership and other real rights in BOOK III of the Code named – PROPERTY LAW. This part of the code regulates: right of ownership, other real rights, servitudes and pledge.

5. In the ALBANIAN CIVIL CODE regulates property in BOOK II - OWNERSHIP AND PROPERTY. This part of the Code consists of eight titles: Definitions of Property (Title 1); Ownership (Title 2); Co-ownership (Title 3); Usufruct (Rights to beneficial possessions of

non-owned property) (Title 4); Usage and Habitation Rights (Title 5); Servitudes (Title 6); Remedies for ownership (Title 7) and Beneficial Possession (Title 8).

Codifying property law in the legal system of Republic of Macedonia would be a difficult process considering the present state of the legislation regulating property relations.

The working group authorized to draft the part – Property Law of the Civil Code of the Republic of Macedonia has started the first phase in the process of codification by drafting a new Law of Ownership and Other Real Rights. In this phase of the codification process the working group took up a task to harmonize the new Law of Ownership and Other Real Rights with the vast number of special laws regulating property law that were passed after the enforcement of the Law of Ownership and Other Real Rights from 2001. Some of the laws that will be taken into account during the harmonization process are: the Law

of Construction Grounds from 2011¹³, Law of Construction from 2009¹⁴; Law of Agricultural Land from 2007¹⁵, Law of Real-estate Cadastre from 2013¹⁶. The harmonization process between the new Law of Ownership and Other Real Rights and the special laws involves incorporation of articles from the special laws in the new Law of Ownership and Other Real Rights¹⁷. The incorporation of articles from the special laws in the new Law of Ownership and Other Real Rights is accompanied with modification of such articles which is necessary for their adjustment as an integral part of the property law, and also for harmonization with the laws in the European Union.

During the draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights the working group found it necessary to supplement the part of the general provisions of the law with new principles for property relations that are not found in the present Law of Ownership and Other Real Rights such as the principle of superficies solo cedit, priority and other. Also there are changes in the legal terminology. The term “ownership and other (limited) real right” is abandoned, and instead the term “real rights” is used. It is considered that the term “real rights” is a general term that relates to ownership and other real rights as well.

In the process of drafting the new Law of Ownership and Other Real Rights changes are also made in regard of the regulation of things as object of property relations. The changes involve reformulation of present articles, and incorporation of new articles that regulate legal regime of future things, buildings, infrastructural objects, temporary objects, urban equipment and etc.

The draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights contains novelties regarding regulation of the right of ownership and other real right. Also contemporary articles are incorporated in the regulation relating to neighbors rights.

13 Службен весник на РМ, бр. 17/11, 53/11, 144/12, 25/2013, 137/2013 и 163/13.

14 Службен весник на РМ, бр. 130/09, 124/10, У.бр. 262/2009, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/2013, 137/13, 163/13, 27/14 и 28/14.

15 Службен весник на РМ, бр. 135/07, 18/11 и 42/11 – Исправка, 148/11, 95/12, 79/13, 87/13, 106/13 и 164/13.

16 Службен весник на РМ, бр. 55/13.

17 At the beginning of the codification process of civil law in Republic of Macedonia, the author of this paper professor Rodna Ziviovaska stated that in the current state of Macedonian property law the more rational approach in the process of codification would be to first harmonize the property law. Professor Rodna Zivkovska, also suggested that in the process of gradual harmonization of property law it may be possible for smaller codes to be drafted in certain areas of property law such as urbanism, agriculture and etc. However, this issue was not debated during the first discussions regarding the draft of the Civil Code of the Republic of Macedonia.

Important novelty in the draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights is abandonment of the present concept where the right of ownership had main (private ownership, ownership of the state and ownership of municipalities) and sub-types (co-ownership, joint ownership and condominium) of ownership. In this regard the concept of the Croatian Law of Ownership and Other Real Rights was followed. According to the Croatian Law of Ownership and Other Real Rights ownership is indivisible category, and the right may be acquired by natural and juridical persons (and in sense of the law the term “juridical persons” involves the state and the municipalities).

Changes are drafted regarding co-ownership, joint ownership and condominium. As it was said before, ownership is considered as indivisible category, so co-ownership, joint ownership and condominium are not considered as sub-types of ownership, instead they are considered as situations when the right of ownership is acquired by several persons together. The working group, considering the need for harmonization, proposed changes in the manner of acquiring ownership. In this regard the Law of Real-estate Cadastre must be taken into account because it prescribes that the ownership of real-estate is acquired in the moment of its registration in the real-estate cadastre (art.143).

Regarding other real rights in the new Law of Ownership and Other Real Rights, the working group considers that all real right should be regulated by the Law of Ownership and Other Real Right and not by special laws. That means that the new Law of Ownership and Other Real Right besides the servitudes, pledge and real charges should also regulate the right of long-term lease presently regulated by the Law of Construction Ground. This will ensure the full implementation of the principle – numerus clausus. The working group also decided that the real right presently know as long-term lease should be renamed as right of construction (on land owned by some else) in order to avoid the confusion between this real right and the right of long-term lease regulated in the Law for Privatization and Lease of Construction Ground Ownership of the State from 2005¹⁸ which is an obligation by its nature¹⁹.

In the process of drafting the new Law of Ownership and Other Real Rights the working group planes to incorporate more articles regulating servitudes and

18 Службен весник на РМ, бр. 4/05, 13/07, 156/08, 146/09, 18/11, 51/11 и 27 /14.

19 Mean vile, the right of long-term lease regulated by the Law of Privatization and Lease of Construction Grounds Ownership of the State also underwent some changes and the right of long-term lease was renamed as right of lease with the same purpose – avoiding confusion between the obligation and the real right. See: The Law for Amendment and Supplementation of the Law for Privatization and Lease of Construction Grounds Ownership of the State (Службен весник на РМ, бр. 27/14).

especially the right of pledge since so few articles regulate pledge in the present Law of Ownership and Other Real Rights.

The draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights, as the first phase in the process of codification of property law, is ongoing at the moment. The goal of the working group authorized to draft the new Law of Ownership and Other Real Rights, (whose members are the authors of this paper) is primarily concentrated in harmonization of all law regulating property in the legal system of the Republic of Macedonia. In the same time, another goal of the working group is to modernize the Macedonian property law so it could respond to the changes in civil law relations. The termination of the first phase of the codification of property law is a condition for starting the second phase of the codification – merging the property law, obligations and successions in integral legal text.

In the same time the working groups authorized to draft the other two parts of the Civil Code – obligations and successions submitted their proposals regarding the existing regulation. The proposals given by the working groups regarding obligation and successions should be taken into consideration during the draft of the new Law of Ownership and Other Real Rights so there are no inconsistencies in the regulation. However, during the incorporation of all parts of the civil code in one integral text further revisions might be needed.

References

Cserne, P. *Drafting Civil Codes un Central and Eastern Europe a Case Study on the Role of Legal Scholarship In Law-Making*. <http://www.propublicobono.hu/pdf/Cserne%20P%20Tamop%201.pdf>

Glenn, H. P. (2004). *Legal Traditions of the World*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 135

Hale, M. (1971). *The History of the Common Law in England*. University of Chicago Press

Merryman, J.H. (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press. 10

Murillo, M. (2001). *Evolution of Codification*. J. Transnational Law & Policy, Vol. 11:1.5–6.12–13

O'Connor, V. (2012). *Practitioner's guide: Common Law and Civil Law Traditions*. INPROL - International Network to Promote the Rule of Law. 11. 1–35

http://inprol.org/sites/default/files/publications/2012/common_law_civil_law_pg_final.pdf

Pejovic, C. (2001). *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*. VUWLR, Vol. 32. 819–820. 817–842

Zimmermann, R. (2003). *The Civil Law in European Codes*, Regional Private Laws and Codification in Europe, Cambridge: University Press. 21

Zimmermann, R. (2012). *Codification, The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, Congress of the International Academy of Comparative Law, Taiwan, 24 May 2–5

Др Родна Живковска,

Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј, Скопље

Др Тина Пржеска,

Доцент Правног факултета „Јустинијан Први“,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј, Скопље

Кодификација грађанског права

Резиме

Предмет овог рада су становишта у вези начина кодификације општег дела и стварноправног дела Грађанског законика Републике Македоније, који је у фази израде. Аутори овог рада сматрају да у Републици Македонији и даље треба задржити традицију пандектног система на терену уређивања грађанскоправних односа. У том контексту, аутори сматрају да, осим Општег дела законика, његови саставни делови треба да буду: Стварноправни део, Облигације и Наслеђивање.

1. У погледу Општег дела Грађанског законика, аутори овог рада износе своје становиште да већи број општих одредаба из постојећег Закона о облигационим односима треба преузети у Општи део Грађанског законика. Реч је о издвајању најопштих карактеристика следећих института: способности, заступање, општи појам правног посла, класификације, општа разматрања о услову и року, мане воље, форма уговора, обезбеђење, застарелост, преклузија, тумачење и њихово „пресељење“ у Општи део Грађанског законика. При томе аутори се залажу за праву меру у ком обиму ове институте треба обрадити у Општем делу, а у ком обиму у делу који се односи на облигационе односе. У погледу израдне Кодекса све радне групе, као и аутори овог рада, сматрају да Општи део треба израдити након израде посебних делова Кодекса.

2. У погледу израде Стварноправног дела Грађанског кодекса, у овом раду аутори се залажу да друга књига насловљена „Стварноправни односи“ треба да садржи следеће главе: ствари, државина, право својине, службености, залог, реалне гаранције, грађење на туђем земљишту и стварна права страних лица. Аутори овог рада приказују да у Републици Македонији од 2001. године (од доношења Закона о својини и другим стварним правима) до данас је донет огроман број специјалних закона који уређују стварноправне односе (у вези ствари од општег интереса, заложног права, дуготрајног закупа грађевинског земљишта и други). Кодификација,

према ауторима, треба остваривати на начин да опште одредбе садржане у овим специјалним законима треба „преселити“ у другу књигу законика (стварноправни део), а део њих треба и даље да остане у специјалним законима (с обзиром да транзициони период који још траје).

Аутори (као творци новог Закона о својини и другим стварним правима), исто тако сматрају да треба допунити листу основних начела која се односе на стварноправне односе. У овом погледу аутори подижу принцип савесности, принцип *superficies solo cedit* и принцип уписивања стварних права на ниво основних начела Стварноправног дела законика. Аутори указују да у време доношења Закона о својини и другим стварним правима није било детаљно уређено право залоге, право грађења и етажна својина па је зато и у овом погледу потребно унети детаљне одредбе. Произлази да ће Закон о својини и другим стварним правима, тј. Стварноправни део Грађанског законика садржати дупло већи број одредаба у поређењу са бројем одредаба у постојећем Закону о својини и другим стварним правима.

На крају, аутори указују на чињеницу да се у Републици Македонији истовремено ради на изради књиге из области Облигација и Налеђивања које су интергрални део Грађанског законика.

Кључне речи: грађанско право, грађански кодекс, кодификација, облигације, право својине.

Др Ивана Симоновић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

Др Мирослав Лазич,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.5

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА ЛИЧНОСТИ

Апстракт: Напуштање догме о имовинском карактеру чинидбе омогућило је примену грађанскоправне санкције и ради заштите права личности као неимовинских права. Грађанскоправна заштита је усмерена на титулара повређеног права, а њени методи такви да се учинци остваре у његовој сфери (имовинској и неимовинској) ради успостављања пређашњег стања или давања одговарајућег задовољења. Анализирана је одштетна одговорност због повреде личних права коју аутори, заједно са одговорношћу из неоснованог обogaћења, називају општом грађанскоправном заштитом. Она је део шире, приватноправне заштите личних права спроводиве и по посебним прописима који се дотичу одређених аспеката личних права (нпр. права пацијената) или установљавају нове облике њихове заштите (нпр. заштита запослених од мобинга). Општи и посебан режим заштите повезују циљеви њихових метода (спречавање повреде, ако је заштита предупредујућа, или отклањање последица повреде, ако је она накнадна) и чињеница да су у највећем броју случајева предмет њиховог уређења правни односи засновани на класичним начелима грађанског права.

Кључне речи: права личности, приватноправна и грађанскоправна заштита, имовинска санкција, надокнада штете, неосновано обogaћење, реституција.

* ivana@prafak.ni.ac.rs

* lazic@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Грађанско право, кроз рухо субјективних права, традиционално, још од римског права¹, штити претежно имовинске интересе правних субјеката. Признањем личних права као нових грађанских субјективних права у буржоаским европским кодификацијама грађанског права 19. и 20. века створени су услови да за повреду неимовинског интереса правних субјеката, поред већ успостављење заштите у области јавног права – уставног, кривичног и управног, настане и облигационоправна одговорност, пре свега за проузроковану штету. У новијем праву догма о имовинском карактеру чинидбе², владајућа и у пандектном праву, у значајној мери бива напуштена, тако да се средином 20. века најпре пробија, а затим успоставља и стално развија заштита неимовинских интереса и личних добара као објеката грађанскоправних односа.

Признањем субјективних права појединцима, као ентитету – физичком лицу, и као организацији – правном лицу, правни поредак им одређују круг слободе и сферу приватноправне власти, слободан простор у коме треба да су заштићени од недопуштеног утицаја свих трећих лица, укључујући и државу, која располаже сувереном силом и влашћу. Личним субјективним правом се гарантује одређено понашање поводом правног објекта – личног добра (живот, телесни интегритет, духовни интегритет, слободе, част и углед итд.), а, уколико је потребно, и санкцијом осигурава.

Идеја о личним правима и њиховој заштити произлази из схватања о постојању универзалних вредности, просторно и временски неусловљених, припадајућих сваком појединцу као људском бићу, и стара је готово као и човечанство. Шта је предмет заштите најстаријих моралних вредности и Божјих заповести до заштита живота и интегритета човека, најпре

1 Клицу грађанскоправне заштите личних права ипак можемо наћи и у римском праву, у институту *iniuriae* из Законика XII таблица (VIII, 2). Њиме је првобитно било санкционисано насиље на телу другог човека ради заштите његовог телесног интегритета (реална *iniuriae*), а касније, увођењем вербалне *iniuriae*, бивају санкционисане и повреде части и слободе. Телесна повреда била је кажњавана талионом или новчаном откупнином. Преторским едиктом је уведена тужба *actio iniuriarum aestimatoria*, по којој су судије утврђивале новчану казну, а осуда је као додатну казну повлачила и инфамију. (Stojčević, 1983: 284–285; Horvat, 1973: 306)

2 Заснована на тези о постојању имовинског интереса повериоца који жели да оствари у свакој чинидби уговораној са дужником. Уколико таквог интереса нема или је он неимовински, није било могуће остварити га уговором. Са једне стране, имовински интерес постаје критеријум раздвајања облигационоправних од других врста правних односа, а са друге – искључује одштетну одговорност због повреде неимовинских интереса повериоца. Такав интерес не може бити предмет уговора, нити заштићен одговорношћу за штету. (Klarić, 2003: 232)

исконски, а касније и правно уобличена. Те универзалне вредности³ у савременом праву (уставном и међународном пре свега) означавамо термином основна људска права и слободе, и дефинисана су у највишим правним документима: међународним, регионалним и унутрашњим. Уставом гарантована права и основне слободе (људска права и слободе) треба да су уставна гаранција заштите појединца од власти и њеног неоправданог задирања у сферу гарантоване му слободе. На непосреднијем правном нивоу од уставног, правним субјектима се поводом ових права признају и кривичноправна, управноправна и грађанскоправна заштита. Ниједна од њих није апсолутна гаранција неповредивости људске личности, али се чини да грађанскоправна правила могу у томе најдаље отићи.

Тема нашег рада је указивање на карактеристике и облике грађанскоправне заштите личних права правних субјеката, превентивно и реактивно, од последица повреде личних добара и гарантованих личних субјективних права; указивање на упоредну предност грађанскоправне заштите и разрада првенствено одштетне грађанскоправне заштите.

2. Врсте и облици правне заштите права личности

У систему субјективних права права личности или лична права (*Persönlichkeitsrechte, droits de la personnalité, personality rights*) су најмлађа грађанска субјективна права, чијим се признањем у традиционално имовински оквир грађанског права уводи нова категорија права, насталих поводом неимовинских – личних добара (живота, здравља, достојанства, угледа, имена, лика, приватности). Наиме, повреда личних добара може проузроковати последице изразиве у новцу, што их чини подесним објектом заштите по правилима грађанскоправне одговорности и њене (имовинске) санкције. Међутим, повреда личних добара проузрокује и последице које се не могу изразити у новцу (физички и душевни бол, страх), па се временом, посебно у другој половини 20. века, најубојитије оруђе грађанскоправне санкције – имовинска одговорност, почело примењивати и ради њиховог отклањања.

Заштита права личности је комплексна. Поред јавноправне, постоји и приватноправна и, као један од њених облика – грађанскоправна заштита.

³ Реч је о нематеријалним добрима чије је очување услов постојања човека као биолошког и културног бића. Термином вредност, у који је учитана морално-етичка компонента, желимо истаћи важност њиховог поштовања и успостављања ваљане (правне) заштите.

Јавноправна заштита се обезбеђује према јавној власти (у односу грађанин – држава), у коме она иступа као носилац империјума, као *potentior persona*, али и у правним односима субјеката приватног права (међусобни односи физичких и правних лица), штитећи појединца као грађанина од неоснованог уплива јавне власти или другог лица у његово уставом и законом гарантовано подручје слободе и личне власти.⁴ Уређена је нормама јавног права (устава, кривичноправним и управноправним прописима, или комбинацијом прописа, нпр. о заштити података о личности, који су комбинација управних и грађанскоправних прописа), и на том терену се остварује. Овде се не ради непосредно о заштити личних права као посебне врсте грађанских субјективних права већ пре свега о заштити уставом гарантованих људских права и слобода. (Riemer, 1995: 119)

У савременој теорији права истиче се и тзв. посредно дејство јавноправних норми – дејство према трећим лицима у приватноправним односима. Засновано је на идеји о применљивости уставних јемстава неповредивости људске личности и достојанства као ваљаног темеља правне заштите личних права и у грађанским судским поступцима (грађанскоправним споровима).⁵ Таква свеобухватна заштита нарочито је важна у системима у којима право личности није гарантовано као опште право већ у форми појединих личних права.⁶ Захваљујући овим јемствима, сва лична добра

4 Заштита по правилима јавног права, „с обзиром на начела и састав којима располаже, нема превише интереса за заштиту личности“ већ се примењеном санкцијом истовремено обраћа и прекршиоцу норме (индивидуална превенција) и осталим члановима заједнице (општа превенција). (Dropulić, 2002: 4)

5 Долази нам из праксе Савезног уставног суда Немачке. Широм интерпретацијом чл. 1. (неприкосновеност људског достојанства) и чл. 2. (право на слободан развој личности) Основног закона, Суд је надоместио непостојање у BGB-у грађанскоправне основе за заштиту оних личних права која нису уређена ни њиме ни посебним законом (закоником је гарантовано право на име и облигационоправна заштита само оних личних права и личних добара у њему побројаних; KunstUrhGesetz уређује заштиту ауторских и проналазачких права). Мада опште право личности у Законику није изричито наведено као субјективно право (попут права својине), темељем таквог тумачења, постаје могуће његову грађанскоправну заштиту извести непосредно из уставних гаранција достојанства и слободе личности. (Више: Rösler, 2008: 168 и Gajin, 2012: 81–125)

6 Идеје о посредном дејству уставних норми има и у швајцарској правној књижевности (тако Riemer: 119), мада чл. 28 тамошњег грађанског законика гарантује опште право личности (од противправног деловања личност субјекта је заштићена на општи начин, и у свим аспектима свога испољавања). Као да њене обресе можемо наћи и код наших теоретичара (Сigoј, 1980: 430) критички настројених према у Закону о облигационим односима преуском одређењу појма нематеријалне штете (о чему више у наставку). Могућност заштите личности и када последице њене повреде нису физички и душевни бол и страх, већ другачија трпљења они изводе из одредаба

постају подесан објекат заштите, свеједно да ли су поводом њих призната посебна лична права.

Непосредан објекат заштите јесу живот, телесни интегритет, тајна и интимна сфера, част и здравље човека.

Грађанскоправна заштита заснована је на правним гаранцијама грађанских субјективних права признатих физичким и правним лицима, што омогућава успостављање грађанскоправне имовинске санкције као средства њихове заштите. Ова заштита се примењује и код повреде личних субјективних права. Субјектима заштите личних добара на располагању стоје средства превентивне и репресивне грађанскоправне заштите.

Превентивна (предупређујућа) заштита остварује се захтевима за пропуштање радње од које прети опасност повреде (1) и за окончање оне која је у току, или је већ извршена али прети да буде поновљена (2). У овом последњем случају превентивно усмерење захтева остварено је уколико се окончањем актуелне радње повреде спречи увећање (или погоршање) последица, тј. ако се отклони реална опасност од понављања повреде која је већ створила последице.

Накнадна – поствентивна, реактивна заштита, пружа се по окончању повреде и наступању последица ради њиховог уклањања и, у мери у којој је могуће, успостављања пређашњег стања. Остварује се захтевима за надокнаду штете (материјалне или нематеријалне), натуралним и новчаним средствима, и захтевом за враћање неосновано стечене користи.

Грађанскоправна заштита, за разлику од јавноправне, првенствено је усмерена ка приватноправној заштити појединца; у поређењу са другим облицима заштите, показује предности за самог оштећеног, јер својом садржином треба да заштити интересе прикраћеног субјекта, у чијој је имовини исход примењене санкције грађанског права управо и видљив. Могући имовински учинак јавноправне заштите (одузимањем имовинске користи, изрицањем новчане казне и сл.) остварује се у буџету заједнице као јавни приход.

Обе наведене врсте правне заштите, како сматра теорија, могу бити део јединствене заштите личности, посебне – за свако поједино лично право, и опште – гарантоване осталим субјективним правима.⁷

(тадашњег Устава) о неповредивости људске личности и гаранције заштите њених права и слобода, непосредно на основу Устава, па и грађанскоправном санкцијом. На ослањање грађанскоправне заштите непосредно на уставне одредбе било је пледирано и много пре него што је донет 300 (Finžgar, 1964: 5–6).

7 Хубман као средства заштите наводи: тужбу ради накнаде штете, тужбу за пропуштање, захтев због неоснованог обогаћења, захтев за саможртвовање и захтев

Полазећи од важећих правних извора у српском праву и њиховог међусобног односа, могли бисмо одредбе о правној заштити права личности – грађанскоправној и другим врстама које је допуњују или на њу упућују – поделити на опште и посебне. Сматрамо да би се обе врсте могле објединити називом *приватноправна заштита*⁸.

Општим одредбама се установљава правни оквир заштите подесан за њено пружање сваком угроженом или повређеном личном праву. Оне су садржане у Закону о облигационим односима⁹, пре свега у одељцима о проузроковању штете и њеној надокнади (чл. 154–209), али су овде применљиве и друге његове норме, попут оних о стицању без основа (чл. 210–219), које неће бити предмет анализе у овом раду. Свакако, овим изворима припадају и виши општи акти од закона, попут Устава РС¹⁰, чије је јемство неотуђивих права и слобода полазиште и исходиште свих облика правне заштите личних права, па и грађанскоправне. Такође, наднационални прописи, попут Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹¹, Универзалне декларације о људским правима из 1949. г. и читавог низа међународних и регионалних докумената, зато што су њима утврђени стандарди и општеприхваћена начела гаранције универзалних вредности каква су лична права правних субјеката.

Посебна правна заштита права личности настаје под утицајем нових закона (и међународних докумената) којима се у корист личности установљавају нова права или се постојећа детаљније уређују у вези са оним ситуацијама чије је регулисање основни предмет тих прописа. Посебно значајним за права личности сматрамо прописе о јавном информисању; о заштити података о личности; о забрани дискриминације; прописе из области здравствене заштите и, у оквиру њих – о правима пацијената и заштити

на одговор. (Hubmann, 1984: 349–375, цит. по Dropulić, 2002: 195) Проф. Водинелић наводи: тужбу за пропуштање, за уклањање (која обухвата и тужбу за опозив тврдње и исправку информације), утврђивање, повраћај неоснованог обогаћења, накнаду штете и тужбу за симболичну накнаду неимовинске штете. (Vodinelic, 1978: 926–936)

8 Осим Закона о заштити података о личности (*Сл. гласник РС*, бр. 97/08, 104/09, 68/012, 107/012), којим је прописана правна заштита по правилима управног поступка и управног спора.

9 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93.

10 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.

11 За нашу тему значајна су тумачења конвенцијских чланова о праву на живот (чл. 2), на достојанство (гарантовано је посредно, забраном мучења, ропског односа и принудног рада (чл. 3 и 4), на суђење у разумном року (чл. 6), праву на поштовање личног и породичног живота (чл. 8), на слободу изражавања (чл. 10) и о забрани дискриминације (чл. 14).

особа са менталним сметњама; о трансплантацији органа, ткива и ћелија; о зачећу уз биомедицинску помоћ, којима се омогућава остварење репродуктивних права и особама које их не могу остварити природним путем; напослетку, важни су и прописи о заштити животне средине, јер њено стање и очуваност непосредно утичу на квалитет остварења права на живот и развој. Ова правила су увек *lex specialis* у односу на општи грађанскоправни режим заштите.

У савременом праву примећујемо тенденцију ширења посебне приватноправне заштите изражене у повећању броја закона који се дотичу права личности, уређивању посебних поступака њихове заштите и субјеката задужених да их штите (попут Повереника за заштиту података о личности, овлашћеног да штити права на приватност, тајност личних података и приватне преписке грађана у ситуацијама у којима се о њима прикупљају и обрађују подаци о личности) или осветљавањем појединих њихових аспеката (попут пацијентових права). То је и последица ширења могућих опасности по права личности које са собом носи научно-технолошки развој, а на које право (па ни грађанско право) својим класичним инструментима правне заштите није увек у стању да одговарајуће реагује.¹²

Општи и посебни прописи међусобно се не искључују, тако да је могуће да претходна примена посебних правила буде услов општој грађанскоправној заштити (однос супсидијарности), као што је могуће и кумулирање ових, различитим прописима уређених правозащитних захтева.

3. Општа грађанскоправна заштита права личности

У нашем је праву општа грађанскоправна заштита права личности уређена Законом о облигационим односима, услед чега јој се често додаје атрибут *облигационоправна заштита* (На пример, Vodinelić, 1989: 127–148). У оквиру опште заштите, анализирамо право на накнаду штете (одштетноправна одговорност), док други њен облик – одговорност по правилима о стицању без основа, овде не анализирамо. Рећи ћемо само да се њоме санкционише неовлашћена и повредиоцу корисна употреба туђег личног права, ради враћања користи његовом титулару (Симоновић, 2014: 426, 440).

12 Генетски инжењеринг, развој трансплантационих технологија, доступност података на интернету, где се губи граница између приватног и јавног, употреба лекова ради моралног побољшања човека, само су неке опасности по основне вредности на којима је систем права личности устројен.

3.1. Одштетноправна одговорност због повреде права личности

Према Закону о облигационим односима средства заштите од или због проузроковања штете, па и штете настале повредом личних права, могу се употребити превентивно, ради предупредбе повреде отклањањем извора опасности, или поствентивно – репресивно, за отклањање последица повреде, понекад и спречавање њеног понављања, па ћемо их тако и разматрати.

3.1.1. Превентивна – предупредбујућа заштита права личности

Сврстана у одељак *Проузроковање штете*, средства превентивне заштите у чл. 156. и 157. 300 наводе на закључак да се имају применити под општим условима деликтног права, у ситуацијама када је повреда личног права исходила штетом.¹³ Ипак, њихово тумачење (и у чл. 157. 300 изричито помињање интегритета људске личности) казује нам да је личност заштићена и од опасности настанка штете или њеног увећања захтевима за уклањање извора опасности и пропуштање могуће повређујуће делатности (чл. 156. 300), као и захтевом за престанак повређујуће радње (чл. 157. 300).

Усвајањем ових квазинегаторних захтева суд пружа превентивну заштиту у два различита ситуацијама, али ради постизања истоветног циља – осујећења настанка штете и спречавања понављања радње којом се угрожавају туђа лична добра.

а) Захтев да се уклони опасност штете, по чл. 156. 300, иако права личности нису изричито поменути, такође може послужити њиховој заштити. (Vodinić, 1989: 136–137; Nikolić, 1992: 2055)

Захтевима из чл. 156. 300 првенствено је намењена улога заштите од имисија,¹⁴ јер законодавац не говори само о опасности од штете већ и о узнемиравању, дакле о неугодностима неквалификованих увек као штета.¹⁵ Законска формулација ипак не своди ову превентивну заштиту

13 Чл. 155. 300: „Штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и доношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета)“.

14 У теорији су ове одредбе оцењене као значајно проширење заштите личности од имисија, до тада сведене на суседскоправне односе и засноване на теорији о забрани злоупотребе права својине. (Salma, 1989: 33–35) Увођењем облигационоправне заштите од опасности од штете, омогућено је да се заштита пружи на самом зачетку или у току настанка имисија свим грађанским субјективним правима (класична, стварноправна имисиона заштита обухвата стварна права на земљишту), па и човековом психичком интегритету и животној средини.

15 Класичном стварноправном имисионом заштитом тежимо омогућавању сврсисходног коришћења непокретности, уклањањем неповољних утицаја који је

искључиво на објекте стварних права, чиме се и омогућава заштита од угрожености личних добара.

Ималац је заштићен од угрожавања својих личних права установљавањем права на превентивно деловање, оствариво захтевима да се уклони извор опасности од знатније штете или забрани делатност од које произлази узнемиравање или опасност од штете. Овим захтевима могу се штитити не само властита лична добра већ и она других особа изложених шкодљивом утицају (нпр. свих који се снабдевају водом из загађеног извора), чиме они добијају обележја популарне тужбе (*actio popularis*). За реализацију захтева да се уклони извор опасности штете (коју не би требало свести искључиво на њено законско одређење, посебно појма нематеријалне штете) довољно би било указати на опасност од повреде неког личног права, која – непредупређена – може довести до знатније повреде неког неимовинског интереса.¹⁶ Тако схваћена опасност могла би задовољити потребне услове за примену чл. 156. 300. Да ова норма није искључиво одштетноправна¹⁷, види се и по томе што је већ и узнемиравање довољно за превентивно деловање (Vodinelić, 1989: 136). Обухваћене су радње чије се последице уопште не могу изразити као штета (материјална или нематеријална), али нису ништа мање тегобне за онога ко их подноси и од којих има право да се штити (Vodinelić, 1989: 136). Правнорелевантно узнемиравање ствар је оцене суда, па би шире тумачење појма омогућило заштиту од свакојаким неповољних утицаја на човекову личност, тело, здравље, психу, интиму.¹⁸

Угроженим личним добрима заштита се пружа уклањањем извора опасности од знатније штете или налогом потенцијалном починиоцу да се уздржи од радње којом ствара опасност од штете за друге или их њоме

ремете, претерано отежавајући њену употребу или проузрокујући јој знатнију штету.

16 Начело превенције, у основу одговорности за опасност од штете, тако остварује своју функцију заштите и када до штете није дошло, али је степен угрожавања такав да прети њено наступање. (Salma, 1989: 31)

17 Одступило се од захтева за испуњеност свих услова грађанскоправне одговорности за штету, посебно да је штета већ наступила; измене су претрпели и други важни појмови, попут противправности, а промењен је и редослед примене средстава санкције. Да би норма имала превентивно дејство, услов, па и основ одговорности постаје опасност од штете, дакле, угрожавање, које се отклања друштвено оправданим мерама за спречавање штете. Надокнада штете, као основно средство реализације одговорности, у први план избија тек ако ове мере не даду резултате, па се оствари опасност штете. (Salma, 1989: 29–32)

18 У литератури је предложено да се уз „штету“ и „узнемиравање“, у чл. 156. 300 унесе и „повређивање личних добара“, чиме би се обухватиле и радње које их повређују или угрожавају, а да не стварају ни штету ни узнемиравање. (Vodinelić, 1989: 136)

узнемирава (чл. 156. ст. 1. 300). Примена ових мера требало би да буде супсидијарна – уколико друге предузете мере не буду дале резултате или уколико других мера нема.¹⁹

б) *Захтев да се престане са повредом права личности* из чл. 157. 300, који усмерен на престанак већ започете повређујуће радње такође спада у превентивно средство заштите. Особа која сматра да се туђом радњом повређује њен интегритет, лични и породични живот, али и сва остала лична права, може захтевати од суда или другог надлежног органа да наложи престанак такве радње како би се окончало стање повреде и спречило увећање штете.

Ради правилне и смисаоне примене члана 157. 300 није потребно да је штета, и то у свом законском одређењу, већ настала, у супротном – ова одредба не би могла да одигра своју предупређујућу улогу. Захтев из овог члана није одштетноправни; њиме се не тражи надокнада, пре свега нематеријалне штете, иначе би суд морао испитати да ли повређујућа радња изазива физички или душевни бол или страх, интензитета и трајања довољних да учине оправданим досуђивање правичне новчане надокнаде (Crnić, u saradnji sa Matić, 2008: 43). Нагласак је на другачијој врсти последице – на самој повреди интегритета личности и њених личних права, довољној да учини основаним захтев да се прекине радња која их повређује. Суд ће се бавити само чињеницом да ли означена радња повређује или не повређује неко лично право тужиоца, а овај, уколико трпи и нематеријалну штету, може тражити да му буде надокнађена доказујући испуњеност услова из чл. 200. 300. Ова два захтева се међусобно не искључују (Crnić et al., 2008: 43).

3.1.2. Накнадна – реактивна заштита права личности

Правозаштитни захтеви из ове групе јесу негаторни и реститутивни – њима се тражи уклањање или ублажавање последица повреде. Повреда личног права на коју се надовезала правнорелевантна штета отклониће се њеном надокнадом, ради репарације (материјалне штете) или сатисфакције (ако је причињена нематеријална штета). Средства надокнаде су натурална или новчана. Захтеви за накнадну заштиту права личности су или одштетноправни или кондикциони – за враћање користи прибављене правно неоснованим задирањем у туђу личну сферу (Симоновић, 2014: 427). У наставку, бавимо се захтевима за надокнаду штете – материјалне (имовинске) и нематеријалне (неимовинске).

¹⁹ На то упућује редослед по коме су наведене у ст. 2. чл. 156, 300 и суду дато овлашћење да их нареди о трошку делатника, тј. држаоца извора опасности. Тако и: Vodinić, 1989: 135, и Crnić, u saradnji sa Matić, 2008: 33.

а) *Новчана надокнада материјалне штете*. Према чл. 155. 300 материјална штета је умањење нечије имовине (обична, стварна или позитивна штета, *damnum emergens*) или изостанак њеног, по редовном току ствари или нарочитим околностима, оправдано очекиваног увећања (измакла корист, изгубљена или пропуштена добит, *lucrum cessans*), који ће се надокнадити по правилима чл. 185–198. 300. Законодавац је посебним одредбама уредио питања у вези са надокнадом материјалне штете услед смрти, телесне повреде и оштећења здравља (чл. 193–198 300). Физички и психички бол у каснијим одредбама означен као душевни, и страх, правно су релевантни облици испољавања нематеријалне штете, надокнадиве по правилима чл. 200–205. 300. У бити овог појма јесте имовински карактер интереса чијом повредом настаје штета.²⁰

Видови материјалне штете зависе од врсте повређеног личног добра, те су тако и законом уређени – посебно због повреде права на живот, права на телесни интегритет и здравље, а посебно због повреде достојанства, части и угледа физичког лица. Чини се да правна лица нису обухваћена појмом оштећеног, што не одговара стварности: и њихова имовина може бити умањена повредом права на пословни углед, име (фирму) или нелојалном конкуренцијом, као пандана правима физичких лица на углед, част и на име, па нема разлога да не буде надокнађена сходном применом ових правила.

Осим категорије непосредно оштећеног (чије је лично добро повређено), законодавац овде, као и код нематеријалне штете, препознаје и посредно оштећене субјекте: особе које је оштећени издржавао, био дужан издржавати или их је редовно помагао.²¹ Губитак који они трпе, иако последица повреде туђег личног права, директно се одражава у њиховој имовини. Он се надокнађује новчаном рентом²², чији се износ одмерава

20 „Рећи имовински интерес значи рећи – интерес изразив у новцу.“ (Станковић, 1972: 23)

21 Нематеријална штета за претрпљене душевне болове због смрти или нарочито тешког инвалидитета може се надокнадити трећим лицима у блиском сродству са умрлим или повређеним: брачном супружнику, родитељима, деци, а ванбрачном супружнику - само ако је између њега и погинулог/телесно повређеног постојала трајнија заједница живота. Исти додатни услов предвиђен је и за браћу и сестре, који могу постати повериоци надокнаде једино због смрти (свога брата или сестре). В., чл. 201. 300.

22 Новчана рента је карактеристичан облик надокнаде материјалне штете у случају смрти, телесне повреде и оштећења здравља, чије се све последице не могу сагледати у време проузроковања или одлучивања о њима. Зато што се не може предвидети тренутак наступања последица и њихово трајање, рентом се омогућава доживотно или (према трајању последица) временски ограничено збрињавање оштећеног, по

према околностима случаја, али не виши од оног што би погинули, да је поживео, њима заиста давао.

Материјални издаци надокнадиви као имовинска штета проузрокована непосредно оштећеном условљени су, дакле, врстом повређеног личног добра и насталим последицама (чл. 193–198. 300).

У случају смрти надокнађују се: уобичајени трошкови сахране – оном ко се побринуо за сахрану погинулог, трошкови лечења од задобијених повреда, други потребни трошкови у вези са лечењем и зарада изгубљена због привремене неспособности за рад – уколико је смрти претходило лечење²³.

У случају телесне повреде или оштећења здравља надокнађују се: трошкови лечења и у вези са лечењем од задобијених повреда и зарада изгубљена због привремене неспособности за рад. Они се надокнађују у једнократном износу, јер је ова штета позната у време пресуђења.

Другачије је са губитком у заради као последици потпуне или делимичне неспособности повређеног за рад, трајног повећања његових потреба, уништења или смањења могућности да напредује и развија се. Овај губитак је измакла корист, манифестована у немогућности повећања имовине, и то вероватног, одређеног према редовном току ствари или посебним околностима и стварне намере оштећеног да стиче корист својим радом. Узима се у обзир сваки облик зараде који би оштећени остварио радом у радном односу или допунским радом, под условом да га је остваривао до повреде или би га остваривао да му повредом није умањена радна способност. Надокнађује се периодичном исплатом новчане ренте, јер обухвата изгубљену зараду од момента пресуђења па за будуће. Изгубљена зарада од окончања лечења до доношења судске одлуке јесте стварна штета, суду позната у време пресуђења, па ће се надокнадити као и трошкови лечења, једнократно (Petrović, 1992: 1393–1394; Čolić, 1992: 1400–1403).

Умањење имовине настало као последица повреде части (увредом) или угледа (клеветом – изношењем или преношењем неистинитих навода о прошлости, знању, способности другог), јесте правнорелевантна материјална штета, надокнадива по правилима чл. 198. 300. За настанак обавезе надокнаде битно је да су повређујући наводи неистинити, да је штетник то знао или је морао знати, да никаквог интереса да их другоме

правилу периодичном исплатом истих новчаних износа. Применом клаузуле *rebus sic stantibus* висина ренте ће се прилагођавати променама околности на основу којих је првобитно била одређена (чл. 196 300). (Toroman, 1980: 512–514)

²³ Уколико је повређени платио трошкове лечења, повериоци накнаде су његови наследници.

саопшти није имао ни он, нити онај коме их је саопштио²⁴, и да је тим наводима повређен неки материјални интерес оштећеног (нпр. губитак зараде због отказа, смањење добити због губитка клијената). Обим штете се процењује и њена надокнада одмерава по принципима важећим и за остале случајеве надокнаде материјалне штете.

б) *Новчана надокнада нематеријалне штете*. Одређивање појма нематеријалне штете, за разлику од материјалне, теже је и није јединствено, али је од прворазредног значаја за схватање њене правне природе, услова под којима се има надокнадити, средстава којима се надокнађује и циља који се жели остварити пружањем надокнаде.²⁵

Иако нема сагласности о оправданости новчане надокнаде нематеријалне штете, има сагласности, макар међу њеним присталицама, о циљу који треба постићи: по природи ствари, то може бити само сатисфакција (задовољење), не и репарација. Оштећеном треба омогућити да од добијене новчане надокнаде прибави добра и угодности која би му донекле повратила нарушену психичку равнотежу и изгубљено задовољство живљења, и помогла да лакше поднесе душевну кризу проузроковану штетном радњом (Dedijer, 1992: 1447; Crnić et al., 2008: 642).

Законодавац је појам нематеријалне штете одредио прилично уско. Прихваћена је субјективна концепција, па се правнорелевантном штетом не сматра повреда (губитак или оштећење) личног добра (тзв. примарна штета), већ њене последице – физички и душевни бол и страх (секундарна штета) неопходни за основаност захтева за надокнаду (чл. 200. 300).

О последицама повреде личних права као конститутивном елементу правног појма штете изјаснила се и судска пракса²⁶ и значајан део правне теорије (Станковић, 1972: 26; Klarić, 2003: 358²⁷; Pešić, 1992: 1483–1484).

24 Добра вера штетника у погледу изнетих навода (искључиво ако *није знао* да су неистинити) и његов озбиљан интерес да их саопшти (или оног коме су саопштени) искључују одговорност за проузроковану штету, и њу, напослетку, мора да поднесе сâм оштећени.

25 Упућујемо на проф. Станковића, чија је монографија *Новчана накнада неимовинске штете* неизбежно штиво за сваког ко се жели позабавити било којим аспектом нематеријалне штете. Посебно упућујемо на упоредноправни преглед дефиниција, на странама 23–26.

26 Видети важећи Закључак Саветовања представника Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете од 15. и 16. октобра 1986. који је судовима разрешио дилеме о правно признатој и правно непризнатој нематеријалној штети.

27 Супротну интерпретацију, прилагођену хрватском ЗОО из 2005, аутор даје у: *Naknada neimovinske štete* (2005: 30–31).

Тако проф. О. Станковић битним види субјективно трпљење оштећеног, искључиво испољено као бол (физички и психички) и страх, а другачије неугодности које он трпи или је трпео нису довољне за обештећење. Другачијег је мишљења проф. Цигој, јер сваку повреду личних права сматра *надокнадивом* (под. аут.) нематеријалном штетом, без обзира на даље последице иначе важне за избор метода њиховог отклањања. Повреду ових права праћену боловима и страхом, наводи, могуће је санкционисати и правичном новчаном надокнадом и неновчаним средствима (чл. 199. и 200. ЗОО); другачије исказано трпљење и неугодности отклоњиве су искључиво средствима натуралне реституције из чл. 199. ЗОО (извињењем, повлачењем увредљиве или клеветничке изјаве, објављивањем пресуде) (Cigoj, 1980: 430–431, 535, 536–538 и др.).

Одређивање нематеријалне штете у чл. 155. ЗОО, макар у вези са повредом права личности, није потпуно, и то се види у наредним законским одредбама којима су уређени начини да се ова повреда отклони.²⁸

Указали смо да је законска дефиниција нематеријалне штете наношење другогме физичког или психичког (душевног) бола или страха. У делу одредаба о надокнади штете ови њени видови помињу се само у вези са правичном новчаном надокнадом, коју суд може досудити уколико сматра да је оправдавају околности случаја, посебно јачина болова и страха и њихово трајање (чл. 200. ст. 1 ЗОО), значај повређеног добра, циљ коме она служи и непогодавање тежњама неспојивим са природом и друштвеном сврхом новчаног задовољења (чл. 200. ст. 2 ЗОО). Употребу типичне грађанскоправне – имовинске санкције, због неимовинске природе оштећених добара, морају да оправдају додатни, јачи разлози. Управо овде видимо значај бола и страха (одговорајућег интензитета и трајања), јер су они ти јачи разлози.

У чл. 199. ЗОО, којим су уређена нека од средстава натуралне сатисфакције, секундарне последице се не помињу. Сама повреда права личности довољна је да суд наложи да се штетник извини, повуче повређујућу изјаву, да се о његовом трошку објави пресуда или исправка или да се учини нешто друго чиме се може остварити сврха која се постиже надокнадом. Овакво

²⁸ Већ је у првим коментарима ЗОО-а указано да свођење нематеријалне штете на болове и страх јесте уско тумачење овог појма, посебно ако се имају у виду одредбе (тадашњег) устава о неповредивости интегритета људске личности и гаранцијама људских права и слобода, која могу да се штите непосредно на основу устава, па утолико пре и грађанскоправном санкцијом. (Cigoj, 1980: 430). Подсетимо на то да је и у Немачкој за ширење грађанскоправне заштите права личности заслужна пракса Савезног уставног суда у тумачењу чл. 1. и 2. Основног закона о неприкосновености личности и њеног достојанства.

објективизирање појма нематеријалне штете отвара пут за санкционисање сваке повреде права личности.

Сврха надокнаде штете јесте отклањање штетних последица. Услед специфичне, неимовинске природе повређених личних права и интереса, њихова потпуна реинтеграција није могућа, али јесте ублажавање трпљења оштећеног. На моралном плану то се постиже, нпр. извињењем или другим обликом неновчаног задовољења, које основаним чини већ повреда личних права оштећеног – стање њихове повређености, без испитивања постојања других последица. Досуђивањем новчане надокнаде (или кумулирањем са натуралним средствима) могу се ублажити последице штетног догађаја – бол и страх, одговарајуће јачине и трајања.

Објективна концепција појма нематеријалне штете важна је новина хрватског одштетног права. Правни појам нематеријалне (неимовинске) штете чини повреда права особности; некадашњи њени конститутивни елементи – физички и душевни бол и страх – овде су изгубили значај, али су га задржали при избору начина поправљања штете, посебно ако се жели досудити правична новчана надокнада.²⁹ Повреда личних права, као објективна чињеница, иако увек значи штету, не подразумева да ће оштећени априори имати право на њено поправљање. У складу са претпоставкама из чл. 1099. ЗОО (неновчани облик поправљања штете) и чл. 1100–1102. ЗОО (правична новчана надокнада), повреда права личности као нематеријална штета је довољна за примену неновчаних средстава (за објављивање пресуде или исправке, извињење, повлачење повређујуће изјаве). За досуђивање новчане надокнаде потребне су додатне квалификаторне околности из којих суд закључује да својом врстом (физички и душевни бол, страх), трајањем и интензитетом оправдавају једно неконвенционално - новчано средство заштите моралних добара правних субјеката. (Crnić at al., 2008: 556, 643–644³⁰)

Мерило одређивања висине новчане надокнаде изражено је правним стандардом *правична новчана надокнада*, којим се објашњава и њена сврха: надокнада нипошто није еквивалент повређеног добра и последичних трпљења, јер се ни претрпљени бол и доживљени страх не могу проценити

29 Видети чл. 1046. (појам штете) и 1100. (правична новчана надокнада) *Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine*, br. 35/05.

30 Указује да нова законска дефиниција нематеријалне штете није сасвим у духу одштетног права. Одштетом би требало поправити или умањити учинке штетне радње или дати сатисфакцију за настале последице - претрпљени бол и доживљени страх. Мишљења је да ће ново уређење нематеријалне штете, у коме правни основ надокнаде представља већ сама повреда личних права, бити велики изазов за хрватску судску праксу (стр. 557–559).

објективним (тржишним) мерилима. Њихова описна квантификација, ако и могућа (нпр. болови средњег или јаког интензитета, забринутост, панични страх, стид, траума), немају еквивалент у новцу, иако помажу код одређивања висине износа надокнаде. Определивши се да штету отклони новчаном надокнадом и одређујући њену висину, суд ће водити рачуна о трима важним околностима: јачини и трајању болова и страха, значају повређеног добра и сврси надокнаде.³¹

Надокнада будуће нематеријалне штете досудиће се на захтев оштећеног уколико је по редовном току ствари извесно њено трајање и сукцесивно увећање или тек настајање у будућности (али из већ постојећег зачетка штете). Ова штета није евентуална, нити је неизвесна, иначе не би могла да буде укључена у износ правичне новчане надокнаде који суд одређује на основу чињеница и околности у време пресуђења (дан пресуђења). Будућа штета је она која ће вероватно наступити и признаје се у складу са одредбом из чл. 203. 300.³²

Свакако, висина накнаде се одређује са важним ограничењем, да она не сме погодovati тежњама неспојивим са природом и друштвеном сврхом надокнаде. У супротном послужила би неетичкој комерцијализацији најважнијих човекових вредности: живота, здравља, достојанства, интегритета, угледа, слободе, и дала за право онима који јој оспоравају моралну утемељеност.

в) *Отклањање повреде права личности неновчаним средствима.* Судаћи по законској одредби из чл. 199. 300, за отклањање штетних последица неновчаним средствима довољна је повреда права личности – примарна штета.

Чини се да је законодавац, сврставши и повреду права личности под наслов „Накнада *нематеријалне штете*“ (под. аут.), ову већ видео као нематеријалну штету, мада отклоњиву искључиво *in naturam*, не и у новцу. На основу средстава натуралног обештећења наведених у чл. 199. 300 – објављивање пресуде или исправке, повлачење изјаве којом је повреда учињена, закључујемо да се за њима најчешће посеже ако су увредом или клеветом повређени част, углед или достојанство оштећеног. Осим ових, суд може наложити да штетник (или да се о његовом трошку) учини и што

31 Болови због лаке телесне повреде се надокнађују само ако су били јаког или средњег интензитета или су дуже трајали. Претпрљени страх треба да је интензиван и трајан. Мање интензивна непријатна осећања, попут зебње или плашње, очигледно не испуњавају овај захтев. (Pešić, 1992: 1484, 1489–1490)

32 „Суд ће на захтев оштећеног досудити накнаду и за будућу нематеријалну штету ако је по редовном току ствари извесно да ће она трајати и у будућности.“, чл. 203. 300.

друго, подесно за остваривање сврхе која се надокнадом постиже. Уз овај захтев, оштећени може затражити и новчану надокнаду нематеријалне штете, јер се ова два вида надокнаде међусобно не искључују.³³

Увреда или клевета учињене у средствима јавног информисања санкционишу се по посебним правилима из Закона о јавном информисању и медијима³⁴ – правом на одговор, деманти, извињење, али, уколико они повреду не отклањају у потпуности – и досуђивањем новчане надокнаде, по правилима из овог закона. Овим одредбама се употпуњује заштита постојећих личних права, посебно права на идентитет (аутентичност), приватност, лик и глас, у нарочитој ситуацији у којој она долазе у додир са јавношћу путем средстава јавног информисања. Имајући у виду друштвени утицај медија и ширину публике којој се обраћају, већина земаља (укључујући и Србију) сматра неопходним да посебним прописима додатно нагласи одговорност медија и обавезу поштовања права личности особа о којима извештавају.

4. Закључак

Правна заштита права личности изводи се из сазревања схватања да се човек не своди само на своју биолошку појавност, већ да је као припадник друштвене заједнице и социјално биће. Ради опстанка и духовног развоја човека, као друштвеног и културног бића, неопходно му је гарантовати одређена права, пре свега право на достојанство и неповредивост личности, из које гаранције се затим изводе и сва остала лична права. Она су апсолутна по дејству, тако су и заштићена – према држави и према сваком трећем лицу. Очигледно је да лична права једног лица ограничавају права свих осталих, јер делују *erga omnes*, али је узајамна и обавеза поштовања личних права других. Овакво дејство свих апсолутних права ствара систем повезаности људи и њихове међузависности.

Лична права су грађанска субјективна права новијег датума признања; у сталном су превирању и развоју, посебно њихова заштита, њен предмет и облици. Динамичан научно-технолошки развој је заштиту права

33 „Када је оштећени због повреде права личности (угледа, части, слободе и других права личности) трпео душевне болове, суд му, поред санкција из чл. 199. 300, може досудити и правичну новчану накнаду када због околности случаја само на тај начин може дати оштећеном пуну сатисфакцију у складу са циљем којем накнада нематеријалне штете служи.“, Закључак Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986: „О могућности кумулативног изрицања више санкција за исту нематеријалну штету“, нав. према: Andrejević, Milutinović, Petrović, 2008: 279.

34 *Службени гласник РС*, бр. 83/014.

личности учинио толико сложеном да су јој, ради усаглашеног уређења и ефикасности, неопходни мултидисциплинаран приступ и сарадња, не само правника из различитих области права, већ и свих осталих који се баве човеком и неким аспектом његовог постојања. Правна гаранција и заштита права личности јесу правна питања кроз која се преламају разноврсни чиниоци и интереси, неретко, међусобно супротстављени. Мало је области друштвеног и правног живота које тако често налажу законодавцу и примениоцима права да изаберу коме ће од конкуришућих интереса дати предност – заштити права личности или другом, некада претежнијем интересу, попут слободе говора, слободе штампе, академских слобода, слободе окупљања и сличних (такође уставних) гаранција, као неопходних елемената у сваком демократском друштву.

Грађанскоправна заштита личности јесте израз напуштања догме о имовинском карактеру грађанскоправне санкције која се усредсређује на заштиту човекове имовине, остављајући незаштићеном личност њеног титулара. Дуго се сматрало да је јавноправна заштита (у области уставног, кривичног и управног права) сасвим довољна за очување неповредивости људске личности, пре свега у односу према јавној власти, иако ова заштита (исходом – казна и превенција) није искључиво усредсређена на личност чија права и интересе штити. Супротно томе, грађанскоправна норма је усмерена на титулара повређеног личног права, а понуђени методи заштите такви да се учинци остваре у његовој сфери (имовинској и неимовинској), не би ли се успоставило пређашње стање или дало одговарајуће задовољење. Отуда нам се намеће закључак да је она најпримеренија карактеру повреде и да њену жртву најбоље могуће збрињава.

Најчешћи модел грађанскоправне заштите јесте одговорност за проузроковану штету, материјалну и нематеријалну. Облигационоправној одговорности припада и реститутивна накнада из неоправданог обогаћења којом се нисмо бавили у овом раду – и обе смо назвали општом грађанскоправном заштитом права личности. Ова заштита је одувек трпела утицај других закона који се дотичу личних права, било њиховом конкретизацијом у ситуацијама у којима је опасност повреде већа или могуће последице теже отклоњиве или неотклоњиве, било уређењем облика заштите који употпуњују грађанскоправну. Све те прописе – опште и посебне – можемо посматрати као делове шире, приватноправне заштите личних права као грађанских субјективних права. У највећем броју случајева предмет њиховог уређења јесу правни односи засновани на класичним начелима грађанског права. Изузетак представља заштита података о личности, која се спроводи по правилима управног као јавног права.

Повезујућу нит општег и посебног режима заштите чине и циљеви њихових метода: спречавање повреде, што је циљ превентивне (предупређујуће) заштите, или отклањање последица повреде, ако је заштита реактивна (накнадна). Накнадна заштита има и своје уже усмерење, одређено према могућности отклањања последице у целости (а ову условљавају врста и карактеристике последице), па ће оно бити или успостављање стања какво је било пре повреде или би требало да буде (репарација или реституција), или омогућавање повређеном да себи прибави неку радост и задовољство за које сматра да ће му највише помоћи у ублажавању претрпљених последица (задовољење, сатисфакција).

Литература

Andrejević, S., Milutinović, Lj., Petrović, Z. (2008). Promene stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete. U R. Vukadinović (prir.) *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda* (str. 273–299). Kragujevac: Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH. Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma. Jugoslovenski pregled

Vodinelic, V. (1989). Obligacionopravna zaštita ličnosti (Decenija ZOO: malo ali dobro?). *Pravni život. Tematski broj Zakon o obligacionim odnosima 1978–1988. Prouzrokovanje štete i sticanje bez osnova*. 1 (XXXIX). 127–148

Vodinelic, V. (1978). Lično pravo. U *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (str. 926–936). Beograd: NIU Službeni list SFRJ

Gajin, S. (2012). *Ljudska prava, pravno-sistemska okvir*. Drugo izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union. Centar za unapređenje pravnih studija. Institut za uporedno pravo

Dedijer, M. (1992). Nenovčana i novčana naknada nematerijalne štete. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9–10 (XLII). 1475–1481

Dropulić, J. (2002). *Pravo na privatni život i duševni integritet*. Zagreb: Vizura

Закључак Саветовања представника Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете од 15. и 16. октобра 1986. Nav. prema: Andrejević, S., Milutinović, Lj., Petrović, Z. (2008). Promene stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete. U R. Vukadinović (prir.) *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda*. (str. 273–299). Kragujevac: Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ) GmbH. Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma. Jugoslovenski pregled

Закон о заштити података о личности. *Сл. гласник РС*. Бр. 97(2008), 104(2009), 68(2012), 107(2012)

Закон о јавном информисању и медијима. *Сл. гласник РС*. Бр. 83(2014)

Закон о обвезним односима. *Narodne novine*. Бр. 35(2005)

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29(78), 39(85), 45(89) и 57(89), *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31(1993)

Klarić, P. (2003). *Odštetno pravo*, Zagreb: Narodne novine

Klarić, P. (2005). Naknada neimovinske štete. U M. Kuzmić, A. Šumelj (ur.). *Zakon o obveznim odnosima, najznačajnije izmjene, novi instituti* (str. 27–49). Zagreb: Inženjerski biro d. d.

Nikolić, D. (1992). Pravnorelevantne povrede časti i ugleda. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9–10 (XLII). 2054–2064

Petrović, D. (1992). Novčana naknada materijalne štete prouzrokovane smrću ili povredom tela. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9-10 (XLII). 1384–1394

Pešić, N. (1992). Odmeravanje novčane naknade nematerijalne štete za telesnu povredu. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9-10 (XLII). 1482–1497

Riemer, H. M. (1995). *Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis*. Bern: Verlag Stämpfli+Cie AG

Rösler, H. (2008). Dignitarian posthumous personality rights – an analysis of US and German constitutional and tort law. *Berkeley J. Int'l. L.* (vol. 26). (Electronic version). Retrieved 17, July 2013, from <http://heinonline.org>

Salma, J. (1989). Odgovornost za opasnost od štete (obligacionopravna zaštita čovekove sredine). *Pravni život. Tematski broj Zakon o obligacionim odnosima 1978-1988. Prouzrokovanje štete i sticanje bez osnova*. 1 (XXXIX). 27–38

Симоновић, И. (2014). Враћање неосновано стеченог повредом личних права. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу. Тематски број Усклађивање права Србије са правом ЕУ*. 423–446

Станковић, О. (1972). *Новчана накнада неимовинске штете*. Књига прва. Београд

Stojčević, D. (1983). *Rimsko privatno pravo*. Trinaesto izdanje. Beograd: Savremena administracija

Toroman, M. (1980). Naknada u obliku novčane rente. U B. Blagojević i V. Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (str. 512–514). Beograd: Savremena administracija

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 98(2006)

Finžgar, A. (1964). Zaštita ličnosti u građanskom pravu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. 1-2 (L). 1-15

Horvat, M. (1973). *Rimsko pravo*. Zagreb

Hubmann, H. (1984). *Das Persönlichkeitsrecht*. Köln–Graz. Цит. по: Dropulić, J. (2002). *Pravo na privatni život i duševni integritet*. Zagreb: Vizura, str. 195

Cigoj, S. (1980). Pojam neimovinske štete u ZOO. U B. Blagojević i V. Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (str. 430–431). Beograd: Savremena administracija

Cigoj, S. (1980). Naknada nematerijalne štete. U B. Blagojević i V. Krulj (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (str. 534–544). Beograd: Savremena administracija

Crnić, I. (u saradnji sa J. Matić). (2008). *Odštetno pravo. Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljanju štete s napomenama i propisima*. Zagreb: Zgombić & Partneri, d. o. o.

Čolić, B. (1992). Naknada štete u obliku novčane rente i uticaj promjenjenjih okolnosti na visinu novčane rente. *Pravni život. Tematski broj Šteta i njena naknada*. I tom. 9–10 (XLII). 1395–1407

Ivana Simonović, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Protection of Personality Rights in Civil Law

Summary

Personality rights have long been described as the youngest member of the civil law family of absolute subjective (individual) civil rights. By establishing these rights, an individual is guaranteed full and direct legal authority and control over one's personal assets, which include the most important human values such as: life, integrity, dignity and privacy. The ultimate importance of these personal assets is supported by appropriate legal protection of personality rights, which have been guaranteed in numerous provisions of constitutional law, civil law, criminal law and administrative law.

The legal protection of personality rights stems from the understanding that a human being cannot be reduced to a biological entity; being part of the community, man is also a social being. Taking into account constant interactions and mutual relations between members of the society, man should be guaranteed certain rights. It primarily implies the guaranteed right to inviolability of one's personality, which is the basis for generating other personality rights. These rights are inherent, inalienable and absolute in terms of their effects; as such, they provide protection from the interference of the state and any third party. Focusing on the rules of civil law, the authors have explored the potentials and the scope of legal protection of personality rights provided by awarding a civil sanction. Although civil sanction is basically monetary sanction, it is deemed to be quite appropriate for the protection of personal (non-patrimonial) assets.

Key words: personal rights, protection in private and civil law, civil sanction, damage liability, unjustified enrichment, restitution.

Др Раденка Цветић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.5:502/504

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ОДРЖИВИ РАЗВОЈ И ЕКОЛОШКА ШТЕТА**

Апстракт: У раду се полази од става да је наглашеност јавног интереса за заштиту животне средине довела до развоја права на здраву животну средину у правцу његове трансформације у обавезу заштите и стављања у фокус самог заштитног објекта. Аутор истиче опшност и неодређеност појма одрживог развоја и упућује на особеност и комплексност разлога који доводе до различитих приступа у његовом постизању. Затим се разматра појам еколошке штете, која подразумева третирање животне средине као непосредног заштитног објекта и постојање одговорности и у одсуству повреде нечијег субјективног права или приватног захтева за накнаду штете. Након тога, у раду се чини осврт на правни оквир одговорности за еколошку штету.

Кључне речи: животна средина, одрживи развој, еколошка штета, повреда приватног интереса, правни оквир.

1. Увод

Опстанак човечанства, већ дуже времена, посматра се неизбежно из угла очувања здраве животне средине. Међутим, у не тако давној прошлости, нагласак се стављао на право на здраву животну средину, као једно од основних људских права. Животна средина није третирана као непосредни

* rcvetic@pf.uns.ac.rs

** Овај чланак садржи резултате истраживања у оквиру пројекта који финансира Министарство за науку и технолошки развој, са темом *Биомедицина, заштита животне средине и право* (број пројекта 179079).

заштитни објект, већ је посредно штићена кроз заштиту овог права.¹ То је било тако док нису постале очигледне могуће размере опасности која прети од нарушавања, загађења и оштећења животне средине, те у том смислу, пре свега, јавни интерес да се врши њена заштита.

У последњих двадесетак година овој теми придаје се прворазредни значај како у медијима, тако и у сфери регулисања друштвених односа на националном, регионалном и глобалном нивоу. Узрок томе је спознаја до које мере је животна средина, а посебно неки њени сегменти, угрожена галопирајућим привредним развојем. Када се друштво суочило на крајње драматичан начин са ситуацијом да оно што је општекорисно може имати катастрофалне последице, са декларација прешло се на забране и наредбе, у потрази за ефикасном заштитом природе од човека, која неће бити кочица даљег развоја. Обезбедити усклађеност интереса заштите животне средине и интереса економског развоја, управо је императив који проистиче из начела одрживог развоја.

2. Одрживи развој

Термин или, прецизније речено, синтагма *одрживи развој* (*sustainable development*) лансиран је 1987. године,² од када постаје неизоставни део политичких расправа, продирући након тога у све струке, а све више и у свакодневни говор. Након почетне површне сагласности о значењу овог појма, његов развој је текао у правцу паралелних дистинктивних расправа о одрживости (Redclift, 2005: 212).

До крајњих граница симплификовано одређење појма одрживог развоја као "...развоја који задовољава потребе садашњих генерација без угрожавања могућности будућих да задовоље своје сопствене потребе" (*The Brundtland's Report*, 1987) јесте "...варљиво и заклања наглашену комплексност и контрадикторност" (Redclift, 2005: 213).

Сам развој и разликовање потреба међу генерацијама (садашњим и будућим), као и различити приоритети у различитим срединама (културама, државама, регијама), са истог полазишта воде различитим закључцима и саобразним активностима. У том смислу, врло је тешко помирити потребе и мишљења оних чији је приоритет свеж ваздух и

1 О еволуцији уставне гаранције права на здраву животну средину, видети више у: Цветић, 2013: 118–120.

2 Те године публикован је *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* (conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf), познатији као *The Brundtland's Report*, назван по Гро Харлем Брундтланд, која је била на челу Комисије током трогодишње припреме Извештаја.

оних који стреме материјалним богатствима и по цену загађења (Redclift, 2005: 213–214). На сличан начин могу се супроставити ставови богатих и сиромашних држава. Први могу стављати нагласак на потребу заштите озонског омотача, атмосфере, биодиверзитета, океана, док други воде борбу за искорењивање сиромаштва, смањење неписмености и изградњу инфраструктуре (Stone, 2010: 115–116).

Све наведено указује да је неопходан висок ниво апстраховања да би се дошло до општег појма одрживог развоја који подразумева усклађеност свих активности у укупном развоју, заснованих на таквом односу према животној средини који обезбеђује да се сачува и унапреди њен квалитет за садашње и будуће генерације.³ С друге стране, таква (неопходна) почетна општост довела је до различитог поимања одрживог развоја и различитих концепата његовог спровођења.⁴ Бројност разлога различитог приступа, сама за себе чини сложеним одговор на питање шта је одрживи развој и како га обезбедити. Када се томе дода још увек веома низак ниво свести о значају животне средине, као последица најразличитијих разлога смештених између две крајности, немаштине и похлепе,⁵ јасно је да ту почиње зачарани круг.

3. Еколошка штета

Развој права на здраву животну средину ишао је у правцу трансформације у обавезу њене заштите и довео до стављања у фокус самог заштитног објекта (Stone, 1972: 450–501),⁶ као и до битно другачијег начелног при-

3 О комплексности самог појма и концепцијама одрживог развоја, те бројним питањима која се могу поставити у погледу адекватности термина и дефинисању суштинских елемената одрживог развоја, видети: Тодић, 2007: 429–443; о бројности, природи и домаћају одредаба о одрживом развоју у праву о заштити животне средине у Републици Србији, аутор говори на стр. 437–441.

4 Као адекватно поређење, подсећамо на Платонов став да је општост највећа вредност закона, али уједно и његова битна слабост, будући да између особености сваког конкретног случаја и општости законске норме под коју се он подводи, постоји непрестана напетост.

5 Николић, 2009: 14: „... веома је важно да у друштву постоји адекватан ниво еколошке и правне свести.. ... Нажалост, човечанство је далеко од тог идеала. Расположиви ресурси су недовољни за задовољавање потреба свих људи на Планети. Осим тога, они су неравномерно распоређени. У условима материјалне оскудице, сиромашни народи жртвују принципе одрживог развоја и заштите животне средине, ради голог опстанка. Богати то често чине због тежње за већим профитом.“

6 Овај чланак је у основи збирке есеја од истог аутора: *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*, Third Edition, Oxford University Press, 2010. У наведеном раду, пре више од четрдесет година, на оригиналан начин се приступило нарастајућем

ступа питању одговорности за штету причињену самој животној средини. Насупрот антропоцентричном концепту, по којем је повреда човековог окружења релевантна само ако се тиме вређа право човека на здраву животну средину, „савремено право животне средине је засновано на екоцентричном приступу. Забрањени су поступци којима се наноси *штета самом окружењу* угрожавањем или повређивањем заштићених добара“ (Николић, 2009: 51).⁷ Стога, надлежни државни органи треба да пруже заштиту животној средини и у одсуству приватноправног захтева за накнаду штете. Другачије речено, наглашени јавни интерес очувања животне средине оправдава пружање заштите самој животној средини од стране надлежних државних органа и у одсуству повреде нечијег субјективног права. Присутност јавног интереса у наведеној мери захтева да се заштита не препушта приватној иницијативи, односно да њено остваривање не зависи од приватноправног захтева за накнаду штете.

Третирање животне средине као добра које ужива самосталну правну заштиту засновано је на начелу „загађивач плаћа“ (*polluter-pays principle*) и „корисник плаћа.“ Кроз накнаде за загађивање животне средине и за коришћење природних вредности, формирају се посебни наменски фондови. Средства фондова се користе за финансирање превентивних или реститутивних мера усмерених на спречавање наступања или отклањање штетних последица насталих због оптерећења или загађења животне средине, односно за санацију или рекултивацију природне средине у циљу одрживог развоја и заштите животне средине (Николић, 2009: 52).⁸

проблему заштите животне средине. Наиме, уочавајући недовољност посредне заштите животне средине кроз заштиту интереса правних субјеката, тј. њено третирање као заштитног објекта, дат је предлог да се животној средини као таквој призна својство имаоца права. Треба истаћи да није само оригиналан приступ овог аутора проблему заштите животне средине, већ и околности под којима је дошао на такву идеју. Покушавајући да одржи пажњу судената на уводном часу из стварног права, објашњавајући како су промене у правној регулативи доводиле до промена у друштвеној свести, гласно се запитао какве би промене изазвало признавање права природи. Овај његов рад је настао у тражењу одговора на постављено питање, приоритетно у намери да поврати свој кредибилитет. По речима аутора, било је мукотрпно, али се показало као почетак нечег новог и великог. Видети веома интересантан Увод у издању из 2010. године, стр. XI–XII.

7 Аутор као једно од начела права животне средине (стр. 50–52) наводи и *начело забране наношења штете животној средини*.

8 За правно уређење ових питања видети чл. 83–101. Закона о заштити животне средине (прописани су економски инструменти за финансирање заштите животне средине: накнаде које плаћају корисници и загађивачи, средства буџета и међународне финансијске помоћи, фонд за заштиту животне средине и економске подстицајне мере).

3.1. Законски оквир заштите животне средине у Републици Србији

Општи законски оквир заштите животне средине у Републици Србији чине четири закона, усвојена 14. децембра 2004. године:⁹ *Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину*,¹⁰ *Закон о процени утицаја на животну средину*,¹¹ *Закон о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине* и *Закон о заштити животне средине*.¹² Поред ових, на снази су бројни закони који уређују употребу и заштиту појединих добара (Николић, 2009: 59–60; Попов, 2013: 140).

Законом о заштити животне средине уређен је интегрални систем заштите животне средине као скуп мера, услова и инструмената за одрживо управљање природним вредностима и спречавање, контролу, смањивање и санацију свих облика загађивања животне средине. Међу једанаест изричито прописаних основних начела на којима се темељи заштита животне средине, за превенцију и отклањање штетних последица, најзначајнија су следећа: начело превенције и предострожности, начело „загађивач плаћа“,¹³ начело „корисник плаћа“,¹⁴ начело одговорности загађивача и његовог правног следбеника и начело супсидијарне одговорности државних органа.¹⁵ Сама начела и бројна правила заснована на њима, усмерена су на обезбеђивање адекватних мера заштите животне средине да до штете не дође (превентивно деловање и предострожност), а ако дође, да се њено отклањање учини ефикасним и сигурним (Караникић Мирић, 2007: 455–479). Додатни корак се састоји и у предвиђању механизма заштите животне средине када њено оштећење не значи истовремено и повреду

9 Сва четири Закона објављена су у *Сл. гласнику РС*, бр. 135/2004.

10 Измене и допуне Закона, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2010.

11 Измене и допуне Закона, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2009.

12 Измене и допуне Закона, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2009, 36/2009-др. закон, 72/2009-др. закон, 43/2011-одлука Уставног суда Србије.

13 У Закону о заштити животне средине оно је одређено на следећи начин: „Загађивач плаћа накнаду за загађивање животне средине када својим активностима проузрокује или може проузроковати оптерећење животне средине, односно ако производи, користи или ставља у промет сировину, полупроизвод или производ који садржи штетне материје по животну средину. Загађивач у складу са прописима, сноси укупне трошкове мера за спречавање и смањивање загађивања који укључују трошкове ризика по животну средину и трошкове уклањања штете нанете животnoj средини“ (чл. 9, т. 6).

14 У Закону о заштити животне средине оно је одређено на следећи начин: „Свако ко користи природне вредности дужан је да плати релну цену за њихово коришћење и рекултивацију простора“ (чл. 9, т.7).

15 Начела су одређена чл. 9 Закона о заштити животне средине. Више о начелима права животне средине, видети: Николић, 2009: 50–52; Попов, 2013: 141–145.

приватноправног интереса (тзв. еколошка штета). Комплексност питања видљива је из чињенице да из једног фактички оствареног понашања противно прописима о заштити животне средине, могу настати различите квалификације које треба на одговарајући начин разрешити, применом правила традиционално различитих грана права.

3.2. Међународни оквир одговорности за еколошку штету

На начелу „загађивач плаћа“ заснована су три међународна акта, који су у великој мери, сваки на свој начин, допринели да се на националном нивоу развије регулатива која се односи на питања одговорности за штету нанету животној средини или грађанскоправну одговорност за штету проузроковану другоме утицајима на животну средину. Хронолошки, то су: Конвенција Савета Европе о грађанској одговорности за штету проузроковану активностима опасним по животну средину,¹⁶ Бела књига Комисије Европских заједница о одговорности за еколошку штету из 2000. године¹⁷ и Директива Европске уније о одговорности за еколошку штету из 2004. године.¹⁸

Конвенција Савета Европе о грађанској одговорности за штету проузроковану активностима опасним по животну средину из 1993. године, иако није ступила на снагу,¹⁹ значајна је због прописивања објективне одговорности лица која обављају или контролишу опасну делатност (оператор), засноване на ризику наступања штете обављањем такве делатности. Због чињенице да загађења животне средине не знају за државну границу, униформно поступање на националном нивоу било би вишеструко корисно, и у смислу одвраћања загађивача од аката којима се може проузроковати

16 *Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment*, CETS No.: 150; извор: <http://conventions.coe.int>. Конвенција је донета 1993. године у Лугану.

17 *White paper on Environmental Liability* COM (2000) 66 final, 9 February 2000; извор: <http://ec.europa.eu>.

18 Директива о еколошкој одговорности у вези са превенцијом и отклањањем еколошке штете; *Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*, донета 21. априла 2004. године; извор: <http://eur-lex.europa.eu>. Детаљније о режиму који је установљен овом Директивом у Европској унији и њеној имплементацији у појединим државама чланицама (Немачка, Француска, Велика Британија, Шпанија), видети: Пајтић, 2011: 520–530.

19 Конвенцију је потписало девет држава (Кипар, Финска, Грчка, Исланд, Италија, Лихтенштајн, Луксембург, Холандија и Португалија) 1993. године (изузев Португалије која је то учинила 1997. године), али ниједна није извршила ратификацију. Будући да су, као услов за ступање на снагу, неопходне 3 ратификације, Конвенција није ступила на снагу. Извор: <http://conventions.coe.int>, преузето 30.09.2014.).

штета или ангажовања да се она избегне или редукује, и у смислу обезбеђивања механизма одговорности за насталу штету, уз што мањи терет доказивања на страни оштећеног.²⁰

Бела књига Комисије Европских заједница о одговорности за еколошку штету из 2000. године, имала је за сврху да се истражи како принцип „загађивач плаћа“ може најбоље служити остваривању циљева које је Заједница определила у политици заштите животне средине, имајући на уму да је основни циљ те политике избегавање еколошке штете.²¹ Остварење жељеног дејства овог принципа засновано је на економским аспектима заштите животне средине. Наиме, укључивање трошкова заштите животне средине у развој, пре свега, индустрије, а тиме и економије у ширем смислу, доводи до тога да се кроз обавезу плаћања тих трошкова подстичу потенцијални загађивачи да смање загађење или да траже нове методе који ће до тога довести (Pozzo, 2001, стр. 17, 19. и стр. 15 Беле књиге).

Директива Европске уније о одговорности за еколошку штету из 2004. године,²² је скуп правила усмерених на превенцију и санацију «штете на животној средини, насупротив традиционалној штети која се у овом контексту манифестује као штета од (загађене) животне средине» (Караникић Мирић, 2007: 465). Ово разликовање засновано је на спознаји да се заштита животне средине не сме везивати за заштиту приватног интереса, јер се она на тај начин не може довољно заштитити. Не мање значајан разлог је и тај што се средства остварена по принципу „загађивач плаћа“ строго наменски усмеравају док је „оштећеник слободан да износ који је примио на име накнаде штете потроши онако како сам жели“ (Караникић Мирић, 2007: 465). Обезбеђење превенције и репарације еколошке штете превазилази националне интересе и због тога је предмет регулативе ове Директиве.²³ Државама чланицама се, с друге стране, препушта самостално

20 Видети Преамбулу Конвенције, нарочито ст. 6 и 10. О правилима садржаним у Конвенцији детаљније у: Арсић, 2014: 91–103.

21 Бела књига је била показатељ тренда, и на националном и на међународном нивоу, усмереног на поновну процену грађанске одговорности као инструмента превенције штета које настају загађивањем, а које су потенцијално опасне за човечанство и животну средину. Као добар пример наводи се решење немачког законодавства које предвиђа објективну одговорност за еколошку штету и могућност њеног утицаја на потенцијалног загађивача да предузме неопходне мере ради избегавања наступања штете или барем њеног ограничавања колико год је то могуће. Видети: Pozzo, 2001: 1 и 9–10.

22 Директивом је уређена одговорност за штету нанету заштићеним врстама и стаништима и одговорност за загађење воде и земљишта (чл. 2. ст. 1 Директиве).

23 Пајтић, 2011: 521: „Директива има за циљ да установи неке опште оквире који би се тицали загађивања околине, како би спречила предузетнике да своје послове

уређење грађанскоправне одговорности штете схваћене у традиционалном смислу (Караникић Мирић, 2007: 463).

3.4. Законски оквир одговорности за еколошку штету у Републици Србији

У Закону о заштити животне средине Републике Србије усвојено је разликовање загађивања животне средине, као штете по себи,²⁴ од штетних последица загађења које се манифестују као повреда грађанских субјективних права. То се види из посебног регулисања *одговорности за загађивање* и *одговорности за штету од загађења* (односи се на штету која је нанета животној средини), од *обавезе накнаде штете* коју од загађивача може тражити свако ко је штету претрпео.

Физичка и правна лица дужна су да при вршењу својих активности обезбеде заштиту животне средине поштујући законске обавезе.²⁵ Обавезе су прописане на начин да њихово испуњавање треба да омогући превентивно деловање, свођење ризика на неопходну меру коју претпоставља одрживи развој, отклањање последица када до загађивања дође, као и предостројност, која подразумева праћење потенцијално опасних процеса и обавештавање надлежних органа, ради правовременог и адекватног деловања.

Загађивач који проузрокује загађење животне средине, одговоран је по начелу објективне одговорности.²⁶ То значи да за заснивање одговорности постојање или непостојање кривице није правно релевантно, као ни чињеница да ли је то последица противправног или неправилног деловања одговорног лица. Утврђивање да ли је деловање одређеног субјекта незаконито или неправилно релевантно је само када се поставља питање одговорности за омогућавање или допуштање загађивања животне средине.

Када до загађивања дође, приоритетно је успостављање ранијег стања, а када оно није могуће или не отклања штету у потпуности, одговорност се проширује на обавезу новчане накнаде штете.²⁷ Шта све треба да обухвати

дислоцирају – селе у друге државе чланице зато што су тамо законске одредбе које се тичу животне средине флексибилније или не постоје.“

24 О недоследности законодавца у разликовању загађивања животне средине од проузроковања штетних последица по животну средину и здравље људи, видети више: Караникић Мирић, 2007: 459–460.

25 Члан 102. Закона о заштити животне средине.

26 Члан 103. Закона и у вези с њим чл. 104. који уређује обавезу загађивача који проузрокује загађивање животне средине.

27 О примарној, комплементарној и компензаторној накнади, у смислу Директиве Европске уније о одговорности за еколошку штету из 2004. године, видети више:

новчана накнада штете (трошкови процене штете и њеног уклањања) предвиђено је самим Законом о заштити животне средине.²⁸

Поред заштите саме животне средине, изричито је регулисана и заштита субјеката који трпе штету у вези са загађењем животне средине.²⁹

4. Закључак

Веома је тешко рећи нешто ново о заштити животне средине у условима вишегодишњег интензивног расправљања о свим релевантним питањима и њиховог свеобухватног регулисања. Сви су већ одавно учили опасност која нам прети ако не нађемо адекватан начин да се супроставимо начину живота којим угрожавамо и уништавамо природно окружење, уз нужно прилагођавање природи.³⁰ Намеће се питање, шта нас спречава да то заиста и учинимо? Можда је одговор у чињеници да стицање одговарајуће свести и смиривање савести нису комплементарни процеси. Када знамо да даљи развој друштва носи опасност од урушавања, онда излаз тражимо у одрживом развоју, а да при томе не водимо превише рачуна да адекватан израз и елаборација теме, сами по себи неће ништа променити. Када утврђујемо одређена правила понашања не водимо довољно рачуна о њиховој спроводљивости и онда нам се као бумеранг врати неефикасан правни систем. У том контексту, тежиште треба преbacити на деловање у постављеном нормативном оквиру, односно на ефикасно спровођење постојећих правила, уз неопходне измене условљене развојем друштвених односа и друштвене свести.³¹

Караникић Мирић, 2007: 467–468.

28 Члан 105. Закона уређује одговорност за штету нанету животной средини и простору, прописујући које све трошкове у том случају сноси загађивач и његову дужност да пружи гаранције за обезбеђење плаћања тих трошкова.

29 Члан 107. Закона. У вез с њим и чл. 106. којим је предвиђена обавеза осигурања од одговорности за случај штете причињене трећим лицима услед удеса. Такву обавезу има загађивач чије постројење или активност представља висок степен опасности по здравље људи и животну средину. На сва питања о одговорности за штете нанете животной средини, која нису посебно уређена Законом о заштити животне средине, примењују се општа правила Закона о облигационим односима (чл. 108. Закона о заштити животне средине).

30 О неизбежном редефинисању права својине у будућности, ради прилагођавања климатским променама, видети више: Николић, 2013: 61–80.

31 Николић, 2013: 62: „Да би се постигао виши степен друштвене кохезије у кризним ситуацијама, правна регулатива би морала да буде у већој мери усаглашена са моралним правилима. Друштво ће морати да ствара праведније право, а појединци да га остварују уз више узајамног разумевања и солидарности.“

Посебан проблем у Републици Србији постоји због чињенице да се већина активности усмерених на заштиту животне средине завршава на правно-политичком и регулативном нивоу. Показатељ недомаћинског односа је и недоследност у организацији овог сегмента на нивоу извршне власти. При томе, непрестано премештање надлежности за заштиту животне средине из једног у друго министарство, више личи на премештање проблема, него на тражење одговарајућег решења.³²

Литература

Арсић, З. (2014). Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед делатности опасних по животну средину. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1. 91–103

Directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, Retrieved 30, September 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>

Караникић Мирић, М. (2007). Одговорност за загађивање животне средине. *Правни живот*. 9. 455–479

Николић, Д. (2013). Климатске промене и грађанско право (Елементи за стратегију прилагођавања). *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 4. 61–80

Основе права животне средине. (2009). Нови Сад: Универзитет у Новом Саду – Правни факултет; колективно ауторство, редактор Душан Николић

32 Ради илустрације наведеног, скрећемо пажњу да према важећем Закону о министарствима (*Сл. гласник РС*, 44/2014) постоји Министарство пољопривреде и заштите животне средине, док је од 2012 до 2014. године (Закон о министарствима, *Сл. гласник РС*, 72/2012) постојало Министарство енергетике, развоја и заштите животне средине. Пре тога ((Закон о министарствима, *Сл. гласник РС*, 16/2011) имали смо Министарство животне средине, рударства и просторног планирања, пре тога (Закон о министарствима, *Сл. гласник РС*, 65/2008) Министарство животне средине и просторног планирања, пре тога ((Закон о министарствима, *Сл. гласник РС*, 43/2007) Министарство заштите животне средине ... Није без значаја истаћи чињеницу да смо посебно Министарство заштите животне средине имали 1991. године. Агенција за заштиту животне средине образована је као стручна служба Владе РС 2003. године (Уредба о допуни Уредбе о Генералном секретаријату и другим службама Владе РС, *Сл. гласник РС*, 130/2003). Према важећем Закону о министарствима (члан 5), Агенција за заштиту животне средине је орган управе у саставу Министарства пољопривреде и заштите животне средине, са својством правног лица и законом прописном надлежношћу ради заштите животне средине.

Пајтић, Б. (2011). Еколошка одговорност. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 517–531

Pozzo, V. (2001). Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe: the “White Paper” of the Commission of the European Communities. *Global Jurist Topics*. (vol.1). (article 2). 2. 1–34

Попов, Д. (2013). Начела заштите животне средине у документима Уједињених нација, Европске уније и Закона о заштити животне средине Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2. 131–146

Redclift, M. (2005). Sustainable Development (1987-2005): An Oxymoron Comes of Age, 212-227 [Electronic version]. Retrieved 30, September 2014, from <http://www.homepages.ucl.ac.uk/~ucessjb/S3%20Reading/redclift%202005.pdf>

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Retrieved 30, September 2014, from conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf

Stone, C. D. (3rd ed.) (2010). *Should Trees Have Standing? Law, Morality and the Environment*. Oxford University Press

Stone, C. D. (1972). Should Trees Have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects, *Southern California Law Review*. 2. 450–501

Тодић, Д. (2007). Одрживи развој и принципи политике и права животне средине. *Правни живот*. 9. 429–443

Цветић, Р. (2013). Заштита животне средине – померање тежишта ка заштитном објекту. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 4. 117–129

Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment, Retrieved 30, September 2014, from <http://conventions.coe.int>

White paper on Environmental Liability, Retrieved 30, September 2014, from <http://ec.europa.eu>

Radenka Cvetić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

Sustainable Development and Environmental damage

Summary

The system of environmental protection which enables sustainable development primarily rests on the prevention in order to remove or reduce probability of damage as well as on the strict liability of the polluter for environmental damage even in the absence of private claims for damages. Environment is perceived as a good that *per se* enjoys legal protection through the *polluter pays* principle. Environmental legislation in the Republic of Serbia should provide for adequate measures of environmental protection in order to prevent any harm, and in case of environmental damage to provide for an efficient and secure removal of its consequences. In line with the set standards, there is a special mechanism of environmental protection for environmental harm which can be triggered even in the absence of private claims for damages (so-called environmental damage).

Key words: environment, sustainable development, environmental damage, private claims, legal frame.

Др Невена Петрушић,*
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.921.2(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

КОЛЕКТИВНА ПРАВНА ЗАШТИТА: ЕВРОПСКИ ПРИСТУП**

Апстракт: У раду су размотрени заједнички европски принципи који се тичу механизма колективне правне заштите у случајевима масовних повреда права. Изложена су и критички анализирана решења садржана у Препоруци о заједничким принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама, која се тичу повреде права гарантованих прописима Уније (2013/396/EU) из 2013. године. Циљеви, поље примене и садржина препорука сагледана је у контексту активности које се у ЕУ предузимају у циљу обезбеђивања једнакости у приступу правди и стварања услова за ефикасно и економично решавање прекограничних спорова. Централни део рада посвећен је принципима установљеним Препоруком, који чине актуелни европски хоризонтални оквир за развој националних механизма намењених колективној заштити права. Анализирана су решења која се односе на поступак по тужбама за пропуштање/забрану и поступак по тужбама за обештећење. Размотрени су активна процесна легитимација, начин дистрибуције информација, сношење трошкова поступка, као и специфични принципи који се тичу алтернативних метода за решавање колективних спорова.

Кључне речи: колективна заштита права, поступак по колективној тужби за забрану, поступак по колективној тужби за накнаду штете.

* nevena.petrusic@gmail.com

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

1. Уводна разматрања

Компанија за дистрибуцију електричне енергије обрачунавала је потрошачима утрошак електричне енергије по цени већој од оне утврђене тарифом; У продајним објектима на подручју седам држава ЕУ једна трговинска фирма продала је седам хиљада телефона са техничком грешком; Фабрика боја и лакова, због застарелости опреме за пречишћавање, пуне три године емитовала је штетне супстанце изнад дозвољеног максимума, што је угрозило здравље људи са контаминираног подручја; Компанија за израду софтвера са седиштем у Немачкој, која има експозитуре у седам држава, објавила је интерни оглас за посао директора, којим је немачко држављанство кандидата предвиђено као један од услова.

Наведени примери незаконитог поступања веома су различити. Разликују се по томе у којој су сфери правних односа настали, која су правна добра повређена, који захтеви припадају оштећеним лицима, шта је основ одговорности за насталу штету, по томе да ли је дошло до повреде само приватних или и јавног интереса итд. Упркос свим овим разликама, наведене примере повезује једно заједничко обележје по којем се могу сврстати у исту категорију - ради се о масовним повредама права, тј. о повредама права великог броја лица до којих је дошло противправним поступањем једног истог правног субјекта.

У наведеним примерима сваком оштећеном лицу на располагању су процесни инструменти намењени индивидуалној заштити права. Искуство је, међутим, показало да ови инструменти, креирани према моделу индивидуалног грађанскоправног спора, нису сасвим адекватни јер, због великог дисбаланса у моћи и ресурсима којима стране располажу, ова индивидуална „борба за право“, често наликује борби Давида и Голијата. Разлог томе су, пре свега, бројне тешкоће са којима се оштећена лица суочавају – недостају им информације, немају финансијских средстава, нити времена за вођење скупих и дуготрајних судских поступака, а због велике несразмере између висине одштетног захтева и трошкова поступка, као и због страха од последица евентуалног губитка парнице, најчешће и не траже судску заштиту.

Све ове околности утицале су да у разним деловима света законодавци трагају за механизмима заштите који би омогућили да се већи број истоврсних захтева који се заснивају на истим или сличним чињеницама оствари у једном поступку. У земљама *common law*-а решење је пронађено у механизму класне тужбе (*class action*).¹ У државама континенталног права развијени су различити типови групних тужби (*Group actions*),

1 О класним и групним тужбама, шире: The International Comparative Legal Guide, 2013; Dika, 2011: 52/53; Јанићијевић, 2006: 109–122; Yeazell, 1977: 866–896; Andrews, 2001: 249–268.

репрезентативних тужби (*Representative actions*), специјалне процедуре за тестирање (*Test-case procedures*), процедуре за одузимање профита у случајевима нелојалне конкуренције (*Procedures for skimming off profits*) и слични механизми намењени колективној заштити права (*Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008: 6–9*).

У неким државама колективни правозаштитни механизми имају дугу традицију, какав је случај са Америком, Канадом, или, на пример, са Аустријом, у којој је још 1923. године организацијама за заштиту потрошача признато овлашћење да подносе тужбе за колективно обештећење. У другим државама, као што су Холандија, Шведска, Шпанија, Данска и Бугарска, инструменти намењени колективној заштити права из појединих сектора друштвених односа релативно су нови. Увођење неких од ових инструмената имало је карактер „легислативног експеримента“ чији су резултати послужили за коначно нормативно уобличавање колективних правозаштитних механизма (*Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, 2008: 6–9*).

На подручју Европске уније, која од ступања на снагу Амстердамског уговора,² убрзано гради европски простор слободе, сигурности и правде, овако велике разлике међу правним системима држава чланица представљале су очигледну препреку за остваривање једнакости у приступу правди и делотворну правну заштиту права признатих правом ЕУ у случајевима њихових масовних повреда. С друге стране, иако су многе државе ЕУ увеле механизме за колективну заштиту права, не постоје задовољавајућа решења када су у питању прекогранични случајеви масовних повреда.

Бројне студије и анализе показале су да су за делотворну и ефикасну заштиту права гарантованих законима ЕУ од кључне важности колективни правозаштитни механизми (Voet, 2014: 97–128). Важан корак у стварању услова за брзу и ефикасну заштиту права у случајевима масовних повреда представља *Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама, које се тичу повреде права гарантованих прописима Уније*, коју је Европска комисија усвојила јуна 2013. године.³

2 *Treaty of Amsterdam*, потписан је 2. октобра 1997. године, а ступио је на снагу 1. маја 1999. године. Један од посебних циљева утврђених уговором јесте изградња европског простора слободе, безбедности и правде (чл. 61. и 69. Уговора), који се остварује хармонизацијом цивилне процедуре и мерама на плану правосудне сарадње у грађанскоправним стварима са прекограничним импликацијама.

3 *Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of*

Србији, која је недавно стекла статус кандидата за чланство у ЕУ⁴ и обавезала се да своје право хармонизује са правом ЕУ и обезбеди његову доследну примену, предстоји поновно успостављање правног оквира за судску колективну заштиту права, будћи да је Уставни суд Републике Србије прогласио неуставним⁵ одредбе садржане у чл. 494–505. Закона о парничном поступку, којима је био регулисан „Поступак за заштиту колективних права и интереса грађана“, као један од посебних парничних поступака (Петрушић, Симоновић, 2011: 890–903).⁶ Због тога постоји потреба да се Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите ближе размотри и критички анализирају принципи који се њоме промовишу.

2. Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите

2.1. Преглед рада на припреми Препоруке

На подручју ЕУ унапређивање приступа правди остварује се реализацијом низа активности утврђених оквирним програмима и акционим плановима у области слободе, безбедности и правде, које је ЕУ у континуитету усвајала почев од 1998. године. Реализациојом *Бечког акционог плана*,⁷ *Програма*

rights granted under Union Law (2013/396/EU), Official Journal L 201/60, 26/7/2013. скр. «*Colective Redress Recommendation*», [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=uriserv:OJ.L.2013.201.01.0060.01.ENG>. У даљем тексту “Препорука” и “Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите”.

4 Септембра 2013. године, ступањем на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању, Република Србија је стекла статус државе придружене ЕУ. (Национални програм за усвајање правних тековина Европске уније, 2014: 1-3).

5 Одлука Уставног суда Републике Србије, IVз-51/2012 од 23. 05. 2013, „Службени гласник РС“, бр. 49/2013.

6 На исти начин овај поступак је регулисан и у хрватском праву, Видети: (Дика, 2011: 52–53).

7 *Акцион план од 3. децембра 1998. о томе како најбоље имплементирати одредбе Амстердамског уговора о креирању простора слободе, безбедности и правде (Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice - «Vienna Action Plan»)*, 3 December 1998, 1999/C 19/01, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from http://europa.eu/legislation_summaries/other/133080_en.htm. Акциони план је први пут представљен на Cardiff summit-у одржаном јуна 1998. године. Садржи 51 специфичан циљ, чије је остваривање орочено на две до пет година. Детаљно: McClean, 2002: 21-57.

Тампере 1999–2004. година,⁸ *Хашког програма: јачање слободе, безбедности и правде у ЕУ*⁹ (Петрушић, 2009: 10–124) и актуелног *Штохолмског програма – отворена и сигурна Европа за грађане* из 2009. године,¹⁰ знатно је унапређен капацитет ЕУ и држава чланица да у решавању прекограничних спорова правним субјектима гарантују основна процесна права и делотворан приступ правди, уз поштовање стандарда правичног суђења. Томе су допринели хоризонтална хармонизација појединих сектора цивилне процедуре и ојачана институционална сарадња држава чланица у области цивилног правосуђа, као и низ европских процесних механизма (Петрушић, 2009: 101–124). Повећању ефикасности у решавању спорова допринеле су и бројне директиве у области заштите права потрошача,¹¹ вансудског решавања потрошачких¹² и других грађанско-правних спорова путем медијације (Галич, 2009: 685–699; Петрушић, 2011: 751–770).¹³ Значајни резултати постигнути су и на плану ојачавања и поједностављивања институционалне сарадње држава чланица у области цивилног правосуђа кроз успостављање интернет мрежа и сервиса, укључујући и инструменте за *online* решавање спорова¹⁴ (Цветковић, 2010: 201–224).

8 *Tampere Summit Conclusions*, 15–16 October 1999. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.html.

9 *The Hague programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*, (2005/C 53/01), Official Journal of the European Union C 53/1, 3/3/2005, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF>.

10 *The Stockholm Programme — an open and secure Europe serving and protecting citizens* (2010/C 115/01, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504%2801%29>.

11 Видети напомену бр. 8.

12 Galič, A., *Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova – sa primjerima iz zemalja članica EU*, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from www.zap-serbia.com; Howells, G., *Access to justice for consumers*, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from iaclaw.web.its.manchester.ac.uk/Research.../ecaccesstojustice.pdf.

13 Видети *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Official Journal of the European Union L 136, 24/5/2008. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.

14 Видети: P7_TA(2013)0066 *Alternative consumer dispute resolution*, Committee on the Internal Market and Consumer Protection PE487.749 *European Parliament legislative resolution of 12 March 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) (COM(2011)0793 – C7-0454/2011– 2011/0373(COD))*.

Ипак, упркос позитивним помацама, међу државама чланицама још увек постоји велики јаз у погледу могућности приступа суду и степена ефикасности у решавању грађанско-правних спорова (“*justice gap*”), а као један од разлога наводи се недостатак јасне визије о функцији коју грађанско процесно право има у европском правном поретку (Vernadaki, 2013: 297–312). Евидентне су и разлике међу националним системима у погледу решавања колективних спорова, које отежавају остваривање једнакости у приступу правди и пружање делотворне правне заштите у случајевима масовних повреда права.

Идеја о увођењу колективних правозаштитних механизма у право ЕУ постоји већ више од две деценије (Hodges, 2008: 155–184), а кључну улогу у њеном промовисању има Европски економски и социјални комитет.¹⁵ У међувремену, низом директива у области заштите права потрошача (Hodges, 2008:165),¹⁶ заштите конкуренције, пружања финансијских услуга, заштите животне средине и др., установљени су заједнички европски принципи на којима државе чланице нормативно уобличавају националне механизме за колективну заштиту права у појединим областима.

Доношењу Препоруке претходиле су обимне активности, које јасно илуструју у којој је мери приступ био студиозан и озбиљан како би се

15 Видети: *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final*, Official Journal C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank Von Fürstenwerth [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.170.01.0068.01.ENG

16 *Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising*, Official Journal L 250, 19/09/1984; *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, Official Journal L 095, 21/04/1993; *Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent*, Official Journal L 144, 04/06/1997; *Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, Official Journal L 271/16, 9/10/2002, *Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests*, Official Journal L 110/30, 1/5/2009 и др. О теоријским и практичним проблемима који се тичу механизма за колективну заштиту потрошача, видети: Hodges, C., Current discussions on consumer redress: collective redress and ADR, Annual conference on European consumer law, Trier, 13 October 2011, [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/1109TrierCOLLECTIVEREDRESSANDADR.pdf>.

пронашла адекватна и избалансирана решења. Припрема Препоруке започела је октобра 2010. године, објављивањем заједничког саопштења три европска комесара о планираним корацима у изградњи кохерентног европског оквира за колективну заштиту.¹⁷ Од фебруара до априла 2011. године спроведена је широка јавна консултација,¹⁸ а фебруара 2012. године Европски парламент усвојио је *Резолуцију „Ка кохерентном европском приступу за колективну заштиту“*.¹⁹ У Резолуцији је изражен став да сви предлози у области колективног обештећења треба да буду усмерени „ка стварању хоризонталног оквира кроз скуп заједничких принципа који обезбеђују једнакост у приступу правди у оквиру ЕУ“. Посебно је апострофирано да ЕУ треба да се суздржи од увођења колективних правозаштитних механизма по америчком моделу, који, по оцени Европског парламента, пружа широк простор за злоупотребе,²⁰ те да је потребно „узети у обзир правну традицију и правни поредак држава чланица и обезбедити координацију добрих пракси међу државама чланицама“.²¹

17 *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps*. Саопштење су објавили Европски комесар за заштиту потрошача, Европски комесар за правду и Европски комесар за конкуренцију. Видети: *SEC (2010) 1192 (Oct. 5, 2010)*. [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2011/ec_redress.pdf.

18 У јавној дискусији учествовало је 310 заинтересованих субјеката, који су дали своје коментаре одговарајући на питања из посебног упитника, а на јавном слушању 5. априла 2011. године учествовало је 300 људи. Поред тога, пристигло је и 19 000 одговора грађана, углавном из Француске и Немачке. Подаци преузети из *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress'*, Strasbourg, 11. 6. 2013 COM(2013) 401 final, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/consumers/archive/redresscons/docs/com_2013_401_en.pdf.

19 European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress' (2011/2089(INI)) [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//EN>.

20 Видети: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress'*, COM(2013) 401 final, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf. Слично мишљење изразила је и Комисија за заштиту конкуренције Међународне привредне коморе. Видети: *ICC Commission on Competition Comments in response to the Commission's study of the general principles applying to collective redress*, Document No. 225/678 – 30 April 2011, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/Comments-in-response-to-the-Commission%E2%80%99s-study-of-the-general-principles-applying-to-collective-redress/>.

21 Видети тач. М ст. 2. Преамбуле пар. 15. и 16. документа.

Јуна 2013. године Европска комисија усвојила је Препоруку о заједничким принципима за механизме колективне заштите и објавила је заједно са документом „*Ка европском хоризонталном оквиру за колективну заштиту*“,²² у којем се заједнички принципи детаљно образлажу и разјашњавају.

2.2. Циљеви и поље примене Препоруке

Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите из 2013. године представља правно необавезујући документ, чијим је доношењем Европска комисија преузела иницијативу у унапређивању националних механизма намењених колективној заштити права која ЕУ гарантује правним субјектима.

Препорука је донета са циљем да се на подручју ЕУ правним субјектима олакша приступ правди жртвама масовних повреда права, обезбеде инструменти за спречавање и сузбијање незаконитих пракси и створе услови за делотворно обештећење. Смисао Препоруке није у томе да се изврши унификација националних прописа о колективној заштити права већ да се успостави европски хоризонтални правни оквир за развој националних колективних правозаштитних механизма. Од држава чланица, чија се правна традиција у пуној мери уважава, очекује се да нормативно уобличи механизме за колективну заштиту права, који ће обезбедити равноправност страна, бити правични, брзи и не превише скупи²³ и омогућити ефикасно решавање прекограничних случајева масовне повреде права.

Садржина препоруке показује да је она резултат добро избалансираног приступа. Њоме се, с једне стране, обезбеђују процесни механизми који омогућавају да се у једном поступку оствари већи број одштетних захтева, што је посебно значајно када је појединачна штета тако ниска да оштећена лица нису мотивисана за покретање појединачних поступака. Сама могућност примене колективних механизама заштите ојачава преговарачку моћ оштећених лица и доприноси ефикаснијем спровођењу правде у случајевима масовних повреда права. С друге стране, Препорука нуди решења која треба да спрече подношење спекулативних и очигледно неосновних тужби чији је циљ нарушавање угледа и репутације туженог, као и друге могуће злоупотребе у остваривању судске заштите.²⁴

22 *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress', COM(2013) 401 final, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf.*

23 Так 2. Препоруке.

24 Чл. 1. Препоруке.

У консултацијама које су током припреме Препоруке спроведене, Европски економски и социјални комитет изразио је резерву у погледу могућности да се инструментом необавезујућег карактера, какав је Препорука, обезбеди неопходна уједначена имплементација заједничких принципа у државама чланицама, посебно имајући у виду велику разноликост националних колективних правозаштитних механизма. Због тога што би, по мишљењу Комитета, само директива могла да пружи стварни основ за усклађивање, остављајући државама чланицама могућност да сагледају посебности својих националних правних система.²⁵ Иако Европска комисија није одустала од свог опредељења, ипак је очигледно да је и сама имала извесну дозу сумње у погледу потенцијала Препоруке да обезбеди имплементацију заједничких принципа. Зато је Препоруком утврђен рок од две године током кога државе треба да уграде заједничка начела у своје националне системе, с тим што је предвиђено да ће у року од четири године од усвајања Препорука Европска комисија размотрити потребу за додатним нормативним мерама.²⁶

Препорука о заједничким принципима за механизме колективне заштите ослања се на правне тековине ЕУ у домену колективне заштите права из појединих сектора друштвених односа, пре свега, у области заштите потрошача. Препорука се, међутим, односи на механизме колективне заштите у ситуацијама масовних повреда права у свим областима друштвених односа, укључујући права у области заштите потрошача, заштите конкуренције, очувања животне средине, заштите личних података, заштите од дискриминације, пружања финансијских услуга, инвестиција и др. „Ситуација масовне повреде права“ дефинисана је као „ситуација у којој два или више физичких или правних лица претендују да су претрпели повреду незаконитим деловањем једног или више физичких или правних лица“.²⁷ Позитивна страна оваквог приступа јесте да чини непотребним доношење вишеструких регулатива и олакшава примену

25 Видети шире: *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress* COM(2013) 401 final 2014/C 170/11. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013AE5439&from=EN>.

26 Чл. 41. Препоруке.

27 Одељак II, тач. 3 б) Препоруке. У време јавне расправе Европски правни институт је изразио резерву у погледу ове дефиниције, указујући да она не обухвата случајеве активности које су законите али изазивају опасност, као што су случајеви складиштења или коришћења опасних производа. Видети *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, [Electronic version]. Retrieved 14 April

права. С друге стране, Препорука је универзалног карактера јер су њоме утврђени принципи који се односе како на судске, тако и на вансудске (алтернативне) механизме колективне заштите.

Препорука не нуди принципе у погледу судске надлежности и меродавног права у случајевима масовних повреда права. С обзиром да постоји паралелна надлежност националних судова и да су национални механизми колективне заштите различити, отворен је велики простор за опортунистички избор јурисдикције (тзв. *forum-shopping*) што је требало избећи прописивањем одговарајућих правила,²⁸ како би се спречила појава "*magnet jurisdictions*", тј. подношење тужби судовима оних држава које имају најатрактивнија правила о откривању доказа пре парнице (*pre-trial discovery*) и који у пракси досуђују највеће износе накнада (Comments in response to the Commission's study of the general principles applying to collective redress, 2011:4).

3. Видови колективних правозащитних механизма

Два су основна процесна механизма чије се увођење препоручује: колективна тужба за пропуштање/забрану (*injunctive collective action*) и колективна тужба за накнаду штете (*compensatory collective action*).

Колективна тужба за пропуштање/забрану представља посебан вид кондемпнаторне тужбе, која је усмерена на спречавање, односно престанак недозвољеног поступања. Њоме се тражи да се туженом забрани да предузме радњу од које прети опасност од повреде, односно да понови радњу којом је повређено право већег броја субјеката, тако да је она усмерена на остваривање превентивне заштите.

Колективна тужба за накнаду штете је инструмент који пружа могућност да већи број лица оштећених истом незаконитом радњом у једном судском поступку оствари накнаду штете, што је посебно значајно када постоји велика несразмера између висине штете и трошкова поступка, која демотивише правне субјекте да траже судску заштиту.

2014 from http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/General_Assembly/2014/Draft_Statement_on_Collective_Redress_Competition_Damages_Claims.pdf.

28 О проблемима која Препорука отвара на терену међународног приватног права, видети: Stadler, A. Focus on Collective Redress, Cross-border Problems, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems>.

4. Процесна легитимација

У Препоруци је изражен став да државе чланице треба да регулишу које су организације и под којим условима овлашћене на подношење тзв. репрезентативних тужби, тј. тужби које се подносе у име и за рачун два или више лица која претендују да су изложена ризику од повреде или да су њихова права повређена у ситуацији масовне повреде, с тим што сама та лица нису странке у судском поступку.²⁹

Препоруком су утврђени минимални услови које организације треба да испуне да би биле сертификоване као репрезентативне организације. Пре свега, организација мора имати непрофитне циљеве деловања, а између циљева организације и права поводом чије се повреде тужба подноси мора да постоји непосредна веза. Поред тога, организација мора имати довољно финансијских средстава и људских ресурса, као и искуство у правној експертизи како би могла да представља оштећена лица у њиховом најбољем интересу. Од држава чланица очекује се да својим прописима гарантују да ће организација изгубити статус репрезентативне организације ако више не испуњава прописане услове.

У вези услова за стицање статуса репрезентативне организације евидентно је да су критеријуми који се тичу финансијских и људских ресурса и правне стручности веома строги, што је и оцена Европског економског и социјалног комитета,³⁰ те да, с друге стране, не постоје јасна мерила на основу којих би се могло објективно проценити да ли су ови услови испуњени. Због тога остаје да се види како ће државе чланице тумачити услове за сертификацију.

Препоруком је државама сугерисано да својим прописима омогуће стицање статуса репрезентативне организације сертификацијом пред националним органом јавне власти или *ad hoc* сертификацијом, по процедури коју спроводи суд.

У поступку по колективним тужбама тужилац мора имати статус репрезентативне организације јер је то једна од процесних претпоставки. Ради спречавања могућих злоупотреба, препоручено је да се провера испуњености ове претпоставке врши по службеној дужности, у најранијој

29 Одељак II, тач. 3 г).

30 Тач. 4.3. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress* COM(2013) 401 final 2014/C 170/11 [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013AE5439&from=EN>.

фази судског поступка, као и да суд буде овлашћен да по службеној дужности одбацује очигледно неосноване тужбе.³¹

Препорука садржи посебна правила о овлашћењу репрезентативних организација да покрећу поступке који се тичу прекограничних масовних повреда. Предвиђено је да свака репрезентативна организација, сертификована у било којој држави чланици, може да се обрати надлежном националном суду било које државе.³² Од држава се очекује да у случајевима масовних повреда које погађају лица из већег броја држава омогуће репрезентативним организацијама из тих држава да једном суду заједнички поднесу колективну тужбу (*multinational collective actions*).

Државама чланицама препоручено је да активну легитимацију признају и одређеним органима јавне власти, али само као допуну и алтернативу,³³ имајући у виду да је превасходна улога ових органа да изричу казне.

5. Принципи поступка по колективним тужбама

5.1.1. Принципи поступка по колективним тужбама за пропуштање/забрану

Препорука садржи само неколико специфичних правила у погледу поступка по тужбама за пропуштање/забрану.

Пре свега, установљено је начело хитности у поступању, како би се благовремено спречило предузимање, односно понављање радње од које прети повреда. Такође, у циљу ефективног извршења судских одлука, државама чланицама упућена је препорука да предвиде санкције за туженог којем је забрањено предузимање одређене радње, како би се повиновао судској заповести, што подразумева плаћење судских пенала, фиксираних износа новца за сваки дан закашњења или неког другог износа предвиђеног националним прописима.

5.1.2. Принципи поступка по колективним тужбама за обештећење

Анализа принципа утврђених Препоруком показује да је поступак по колективним тужбама за обештећење заснован на моделу *opt in* поступка, који је утврђен као правило, с тим што је отворена могућност примене *opt out* поступка, као изузетак. Кључна разлика између ових модела огледа се у томе што модел *opt in* поступак следи принцип „могућност учешћа“,

31 Чл. 8. Препоруке.

32 Чл. 18. Препоруке.

33 Чл. 7. Препоруке.

који подразумева да се појединцима пружа могућност да се придруже колективним тужбама, док код *opt out* процедура подразумева се да су оштећена лица аутоматски укључена у поступак, осим ако изричито не изјаве супротно (принцип „одјаве“) (Voet, 2014: 12).³⁴

Сагласно чл. 21. Препоруке, *opt in* поступак гарантује сваком лицу право да одлучи да ли ће у поступку учествовати јер се тражи његова изричита сагласност, чиме се поштује принцип аутономије. С друге стране, овај модел омогућава да се лакше дефинише сам предмет поступка, јер га чини збир свих појединачних захтева, а суд је у бољој позицији да одлучи и о допуштености и о основаности захтева. Такође, једна од кључних предности *opt in* модела јесте што он спречава потенцијалне злоупотребе и истовремено гарантује да пресуда неће произвести дејство у односу на овлашћене субјекте који се нису придружили захтеву (Voet, 2014: 12).

У чл. 21. Препоруке предвиђена је могућност да државе чланице уведу и *opt out* поступак, али као изузетак, који мора бити прописан законом или одлуком суда, и то само у интересу остваривања правде. Према оцени Економског и социјалног комитета овакво решење је корисно у случајевима великог броја оштећених лица и веома малих штета, али је озбиљан недостак што Препорука не прецизира када се *opt out* поступак може применити.³⁵ Чињеница је да овај поступак доводи у питање слободу правних субјеката да на основу информације одлуче да ли желе да остваре захтев за накнаду штете. С друге стране, примена *opt out* модел поступака не остварује основни циљ колективног обештећења јер не омогућава да се оштећеним лицима накнади штета, будући да та лица нису ни идентификована (Voet, 2014: 12).

Препоруком се промовише принцип потпуне накнаде штете, при чему је наглашена потреба да досуђена накнада буде расподељена оштећеним лицима сразмерно висини индивидуалне штете коју су претрпели. Да би се спречиле злоупотребе, препоручено је да државе искључе могућност да се лицима одговорним за масовне повреде права налаже исплата казних обештећења, каква постоји у америчком правном систему.³⁶

34 О моделима поступака за решавање класних спорова у америчком праву, шире (Јанићијевић, 2006: 112-114)

35 Тач. 4.5.4. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress*, p. 6).

36 Чл. 15. Преамбуле Препоруке.

6. Дистрибуција информација

Доступност информација о случајевима масовних повреда права и поступцима за њихово решавање од кључног је значаја за заштиту права оштећених лица. Зато је у чл. 10. Препорука државама чланицама сугерисано да репрезентативним организацијама и групама лица гарантују широку могућност дистрибуције информације о масовним повредама права, о покренутим поступцима, односно о онима које манеравају да покрену. Тиме се лицима која су претрпела штету омогућава да се придруже захтеву за обештећење, што је посебно значајно у случајевима прекограничних масовних повреда. Имајући, међутим, у виду да информације о покренутим поступцима могу угрозити репутацију туженог и штетити његовим економским интересима, државама је сугерисано да приликом регулисања начина информисања успоставе баланс између права оштећених на приступ информацијама и права друге стране на заштиту репутације.

Препоруком се предвиђа дужност држава да успоставе национални јавни регистар колективних тужби³⁷ који би био бесплатно доступан свим заинтересованим лицима путем интернета, са препоруком да сајт на којем је регистар публикован садржи исцрпне и објективне информације и о начину оствривања права на обештећење, укључујући и примену алтернативних метода за споразумно решавање колективних спорова.³⁸ Овај регистар је у функцији спречавања паралелног вођења поступака против истог туженог, што може довести до доношења различитих одлука и отворити питање њиховог дејства. С друге стране, овај регистар омогућава да се оштећена лица информишу о покренутим поступцима и придруже тужиоцу. Није међутим, предвиђено успостављање регистра тужби на европском нивоу, иако је Европски и социјални комитет препоручио његово увођење, оцењујући да би такав регистар био од користи у остваривању права у прекограничним случајевима масовних повреда.³⁹

37 Чл. 35-37. Препоруке.

38 Чл. 35-37. Препоруке.

39 Видети: Тач. 4.6. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final*, Official Journal C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank VON FÜRSTENWERTH [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.170.01.0068.01.ENG.

7. Финансирање, накнада трошкова, адвокатски хонорари

Да би се спречиле могуће злоупотребе и сукоб интереса, државама чланицама препоручено је да обезбеде потпуну транспарентност у погледу извора финансирања, што подразумева прописивање дужности тужиоца да приликом покретања поступка наведе извор средстава којима ће покрити трошкове поступка.⁴⁰ Иако је допуштена могућност да вођење поступка финансира треће лице, државама је препоручено да суду омогуће обустављање поступка када оцене да постоји сукоб интереса трећег лица и тужиоца и његових чланова. С аспекта спречавања злоупотребе колективних механизма заштите, значајна је и препорука да државе чланице спрече могућност да треће лице које финансира вођење поступка врши било какав утицај на тужиоца у погледу радњи које у поступку предузима, те да остварује прекомерну камату на уложена средства.⁴¹

У погледу накнаде трошкова поступка, препоручена је примена класичног принципа „губитник плаћа“.⁴² Препоручено је, такође, прописивање правила према којем је суд овлашћен да обустави поступак ако оцени да тужилац не располаже средствима која су довољна да туженом накнади трошкове поступка, за случај да изгуби парницу.⁴³

Евидентно је да правила садржана у Препоруци не омогућавају да организације могу унапред да сагледају финансијски ризик вођења поступка. С друге стране, не постоје правила која ограничавају висину трошкова поступка. Због тога губитак парнице може довести до престанка организације, што се може бити демотивишући фактор у коришћењу механизма колективне заштите. У консултацијама током израде Препоруке Економски и социјални комитет препоручио је да се висина трошкова поступка ограничи, као и да се размотри могућност да се успостави систем исплате дела добити непрофитним организацијама,⁴⁴ али ови предлози нису прихваћени.

40 Чл. 14. Препоруке

41 Чл. 16. Препоруке.

42 Чл. 13. Препоруке.

43 Чл. 15. Препоруке.

44 Тач. 4.9.2. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final*, Official Journal C 170, p. 68–72 Rapporteur: Mr Frank Von Fürstenwerth [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.170.01.0068.01.ENG.

У циљу спречавања злоупотреба и подношења спекулативних тужби, државама чланицама упућена је препорука да својим прописима гарантују да адвокатски хонорари и метод њиховог обрачуна не стимулишу покретање судских поступака који нису усмерени на заштиту оштећених лица.⁴⁵ Исти циљ има и препорука да државе чланице искључе могућност да се адвокатски хонорари одређују према висини укупног обештећења, а да оне у којима таква могућност начелно постоји, пропишу посебна правила о висини адвокатских хонорара. Ова правила су израз става да је амерички модел класних парница, карактеристичан по енормно високим адвокатским хонорарима (Јанићијевић, 2006: 112), неприхватљив и супротан принципима европске правне кулуре.

8. Однос поступка пред органом јавне власти и поступка по колективној тужби

Препоруком су предвиђена посебна правила у погледу начина поступања у оним случајевима у којима је орган јавне власти надлежан да утврди повреду. Опште је правило да се у тим случајевима колективна тужба подиже тек када се правноснажно оконча поступак пред органом јавне власти. Уколико је, међутим, пред органом јавне власти поступак отпочео после подизања колективне тужбе, суд би требало привремено да обустави поступак до окончања поступка пред органом јавне власти, како би се спречило доношење противречних одлука.⁴⁶

Да би се оштећеним лицима омогућило да остваре своје право на обештећење, препоручује се правило да се лицима која претендују да су претрпела повреду гарантује да ће имати могућност да пред судом остваре своје право на обештећење и када су преклузивни рокови и рокови застарелости истекли пре окончања поступка пред органом јавне власти.⁴⁷

9. Алернативни методи за споразумно решавање колективних спорова

Препорука се заснива на ставу да у случајевима масовних повреда механизми алтернативног решавања колективних спорова могу бити ефикасан метод за брже и јефтиније остваривање правне заштите. Иако примена ових метода најчешће зависи од воље одговорних лица, оцењује се да успостављање делотворног система судске заштите може

45 Чл. 29. Препоруке.

46 Чл. 33. Препоруке.

47 Чл. 34. Препоруке.

бити додатни подстицај да пристану на споразумно решавање спора, што може смањити број судских поступака. Зато је државама чланицама препоручено да алтернативне колективне методе за споразумно решавање спорова предвиде или као паралелну могућност или као механизам који се примењују у оквиру поступка по колективним тужбама, у складу с начелом добровољности,⁴⁸ при чему примену ових метода не би требало постављати као услов за допуштеност колективне тужбе.

У Препоруци се, с позивањем на Директиву 2008/52/ЕО о неким аспектима медијације у грђанским и трговинским стварима,⁴⁹ указује на потребу да рокови застарелости не теку од тренутка када се стране споразумеју да приступе процесу споразумног решавања спора, до тренутка када једна или обе стране изричито изјаве да одустају од даљег учешћа у овом поступку.

Када је реч о споразуму којим странке уређују права и обавезе, у чл. 28. Препоруке садржано је правило да суд оцењује његову садржину узимајући у обзир права и интересе свих учесника, што је примерено и задовољавајуће решење.

10. Закључне напомене

Бројне студије и анализе показале су у случајевима масовних повреда права, посебно оних прекограничног карактера, да су од кључног значаја колективни правозаштитни механизми, чија примена омогућава успешно сузбијање незаконитих пракси и ефикасно обештећење. У настојању да обезбеди јединствени европски оквир за развој колективних механизма заштите, јуна 2013. године Европска комисија је усвојила Препоруку о заједничким принципима за механизме колективне заштите у погледу остваривања захтева за пропуштање и захтева за обештећење у државама чланицама, које се тичу повреде права гарантованих прописима Уније. Овим необавезујућим правним актом успостављен је европски хоризонтални правни оквир за развој националних колективних правозаштитних механизма.

Два су основна процесна механизма чије се увођење препоручује: поступак по колективној тужби за забрану/пропуштање, који се води ради престанка недозвољеног поступања, и поступак по колективној тужби

48 Чл. 16. Препоруке.

49 *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, Official Journal of the European Union L 136, 24/5/2008. [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>

за обештећење, који омогућава да множина лица чија су права повређена истим незаконитим поступањем у једном судском поступку оствари право на обештећење.

Анализа предложених принципа показује да, упркос извесним недостацима на која је у раду указано, Препорука нуди ваљан оквир за развој колективних правозаштитних механизма у европском правном простору, у духу јединствене европске правне културе, али уз пуно уважавање посебности националних правних система. Од посебне важности је чињеница да је европски приступ у обликовању колективних правозаштитних механизма битно различит у односу на амерички модел класне тужбе, за који је оцењено да не одговара европској правној традицији и да пружа исувише широк простор за злоупотребе.

Законом о парничном поступку из 2011. године Република Србија је 2011. године установила поступак за заштиту колективних права и интереса грађана, као омнибус поступак намењен решавању колективних спорова из различитих области правних односа. Како је Уставни суд Републике Србије прогласио неуставним одредбе којима је овај поступак био регулисан, потребно је што пре приступити поновном успостављању правног оквира за колективну заштиту права. Имајући у виду да је Србија преузела обавезу да своје право хармонизује са правом ЕУ и обезбеди његову доследну примену, решења садржана у Препоруци о заједничким принципима за механизме колективне заштите представљају добар путоказ у нормативном уобличавању националних колективних правозаштитних механизма.

Литература

- Andrews, N. (2001), Multi-party proceedings in England: representative and group actions, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law* 249–268 [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=djcl>
- Galič, A. (2009) Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova: poređenje predloga zakona o zaštiti potrošača sa preporukama Evropske unije, *Pravni život*, knj. 533, br. 13, str. 685–699.
- Galič, A., Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova – sa primjerima iz zemalja članica EU, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from www.zap-serbia.com

Dika, M. (2011) Postupak za zaštitu kolektivnih interesa i prava, u: Novela zakona o parničnom postupku iz 2011. Slovinić Jerko (ur.), Novi informator, Zagreb, str. 52–53

Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final Report, Part I: Main Report, Civic Consulting (Lead) and Oxford Economics European Commission – DG SANCO, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf

Hodges, C. (2008) The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems, A New Framework for Collective Redress in Europe, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 155–184

Hodges, C. (2011) Current discussions on consumer redress: collective redress and ADR, Annual conference on European consumer law, Trier, 13 October 2011, [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/1109TrierCOLLECTIVE REDRESSANDADR.pdf>

Howells, G., *Access to justice for consumers*, [Electronic version]. Retrieved 4 April 2014 from iaclaw.web.its.manchester.ac.uk/Research.../ecaccesstojustice.pdf

Voet, S. (2014) European collective redress: a status quaestionis, *International Journal of Procedural Law*, vol. 4 /01, p. 97–128

Јанићијевић, Д. (2006), Решавање тзв. класних спорова у парничном и арбитражном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2006, бр. 47, стр. 109–122

Yeazell, S. C., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 6, 1977, p. 866–896

The International Comparative Legal Guide to: Class & Group Actions (2013), Global Legal Group, London

Vernadaki, Z. (2013). Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations, *Journal of Contemporary European Research* 9 (2), pp. 297–312

Stadler, A. *Collective Redress, Cross-border Problems* [Electronic version]. Retrieved 24 April 2014 from <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems>

Petrušić, N. (2008), *Evropski standardi i principi rešavanja sporova putem medijacije*, у: *Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti* (ur. Gordana Vukadinović, Agneš Katrag Odri), Sremski Karlovci, str. 45–55

Петрушић, Н. Симоновић, Д. (2011), Коментар Закона о парничном поступку, Гласник, Београд, стр. 890-903

Petrušić, N. (2011) Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova u pravu Srbije - nova zakonska rešenja u svetlu evropskih standarda. *Pravni život*, 549(11): 751-770

Петрушић, Н (2009) Стандарди ЕУ о пружању правне помоћи у прекограничним споровима, у: Право Републике Србије и право Европске уније - стање и перспективе. Св. 2 Наташа Стојановић, Срђан Голубовић (ур.) Правни факултет, Центар за публикације, Ниш, стр. 101-124

Цветковић, М. (2010) Online решавање спорова као облик медијације у грађанским стварима, у: Невена Петрушић (ур.) Приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем РС, стр. 201-224

McClea, D. (2002) *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford University Press Inc, New York, pp. 21-57

Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/General_Assembly/2014/Draft_Statement_on_Collective_Redress_Competition_Damages_Claims.pdf

Comments in response to the Commission's study of the general principles applying to collective redress, (2011) ICC Commission on Competition, Document No. 225/678 - 30 April 2011 [Electronic version]. Retrieved 14 April 2014 from <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/Comments-in-response-to-the-Commission%E2%80%99s-study-of-the-general-principles-applying-to-collective-redress/>

Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Collective Legal Protection: The European Approach

Summary

One of the basic goals of the EU justice policy is to ensure an efficient and effective legal protection, particularly in cross-border disputes and cases concerning the violation of rights guaranteed under the EU legislation. In order to accomplish this goal, the EU embarked on a horizontal harmonization of civil procedure in some sectors and reinforced the institutional cooperation of Member States in the field of civil justice. Concurrently, there were some legal interventions in the field of civil procedure, which contributed to establishing a number of European procedural mechanisms, such as: the European Small Claims Procedure (2007), the European Payment Order Procedure (2006), etc. Many studies and analyses show that procedural mechanisms of collective legal protection are essential for ensuring an efficient and effective legal protection of rights guaranteed by the EU law.

The idea of introducing the collective legal protection instruments into the EU law has been present for more than two decades. It has been endorsed by the European Economic and Social Committee, which has played the key role in its promotion. In June 2013, after extensive consultations, the European Commission adopted the *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Members States concerning violations of rights guaranteed under the EU law*. This document has provided a coherent horizontal framework for the collective legal protection at the EU level by establishing the common European principles for collective redress mechanisms which the Member States should incorporate into their national systems. Analysis of the common principles governing the collective legal protection shows that the European approach to shaping the collective redress claims is significantly different from the American class action model, which is considered to be incompatible with the European legal tradition and deemed to provide a wide margin for abuse.

The common European principles are universal because they refer to the collective protection of all rights guaranteed under the EU law, including the rights in the area of consumer protection, unfair competition, environment protection, etc. On the other hand, these principles are significant not only for the collective judicial protection but also for the collective protection which is exercised by using out-of-court (alternative) dispute resolution methods. Within the fra-

mework of collective judicial protection, the Recommendation includes two basic procedural mechanisms: *the injunctive collective action* and *the compensatory collective action*. The former is aimed at prohibiting the harmful or unlawful conduct; the latter enables a number of persons affected by the commission of an unlawful act to seek redress (damages) in a judicial proceeding, which is particularly important in cases where the damage is disproportional to the costs of the proceedings. The Member States are expected to incorporate the common European principles into their national systems within a period of two years. After four years, in order to ensure a uniform implementation of the Recommendation, the European Commission will assess the need for introducing additional legislative measures.

Keywords: collective legal protection, injunctive collective action, compensatory collective action.

Др Наташа Стојановић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 349.6:502.211](497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ОПШТИ ПРАВНИ ОКВИР ОЧУВАЊА ЕВРОПСКЕ ДИВЉЕ ФАУНЕ И ПРИРОДНИХ СТАНИШТА**

Апстракт: На подручју Европске уније у примени је више правних извора којима се штити дивља фауна и њена природна станишта. С једне стране, постоје правни документи са различитом правном снагом, којима се на општи начин пружа заштита свим дивљим животињским врстама и њиховим природним стаништима. С друге стране, има више прописа, опет са различитом правном снагом, којима се штите само поједине компоненте дивље фауне или се третирају само поједини аспекти из домена њихове правне заштите.

Предмет пажње аутора у раду јесу правни извори којима Европска унија, правилима општег карактера, обезбеђује заштиту дивље фауне и природних станишта на њеној територији: Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта; Конвенција о очувању миграторних врста дивљих животиња и Директива 92/43 ЕЕЗ о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

Будући да Република Србија, као кандидат за чланство у Европској унији, мора и на плану очувања дивље фауне да усагласи своје прописе са законодавством Европске уније, циљ рада јесте да се установи у којој мери је до сада та усаглашеност постигнута и шта је све потребно учинити у правцу остваривања потпуне сагласности.

Кључне речи: дивља фауна, природна станишта, законодавство Европске уније, прописи Републике Србије.

* natasa@prafak.ni.ac.rs

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

1. Уводне напомене

Иако Европа као један од седам континената на планети Земљи заузима само 2% њене површине и простире се на 10.390.000 км²,¹ њу одликује велико богатство биљних и животињских врста.² Према проценама експерата, на подручју Европе живи 270 врста сисара (од тога су 78 ендемичне), 75 врста водоземаца (од тога су 56 ендемичне), 344 врсте слатководних риба (од тога су 200 ендемичне) (Lévêque – Mounolou, 2003: 49), 188 врста гмизаваца, 800 врста птица,³ и 100.000 врста бескичмењака, укључујући и инсекте (Wieringa, 1995).

Највише захваљујући деструктивном деловању човека на животну средину, манифестованом, у првом реду, кроз: прекомерну експлоатацију њених компоненти (најчешће, путем лова и риболова); загађивање; промену намене станишта или њихову деградацију (првенствено мочвара, шума и пашњака); демографски раст становништва; војне конфликте и уношење инванзивних врста, велики број животињских врста је нестао или пред изумирањем на европском континенту.⁴ За миграторне врсте дивљих животиња посебну опасност представљају: путеви, ограде, бране и струјни водови.^{5 6}

На територији Европске уније у примени је више правних извора којима се дивља фауна и њена природна станишта штите. С једне стране, постоје правни документи са различитом правном снагом, којима се на општи начин пружа заштита свим дивљим животињским врстама и њиховим природним стаништима (нпр. Конвенција о биолошкој разноврсности, Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних

1 *Ugrožene i zaštićene vrste na teritoriji Evrope i Srbije*. Преузето 10. јула 2013. године, са сајта http://ekospark.com/info/06_biodiverzitet/biodiverzitet/ugrozene_vrste_u_eu/Index.html.

2 Због непостојања природне биогеографске границе између Европе и Азије, на северу и истоку, сам термин „фауна Европе“ није у потпуности прецизан и научно одређен. Опширније о томе, видети: *Fauna of Europe*, Retrieved 30, April 2014, from http://en.wikipedia.org/wiki/Fauna_of_Europe.

3 *Fauna Europaea: Name Search*, Retrieved 11, April 2014, from <http://www.faunaeur.org>.

4 О разлозима који могу негативно утицати на дивљу фауну и њена природна станишта, детаљније видети код: Стојановић, 2013а: 172-173.

5 *Threats to Migratory Species*, Retrieved 30, April 2014, from <http://www.cms.int/en/species/threats>.

6 Тако, на простору Европске уније око 15% сисара је изумрло, а 27% ових животиња се налази у константном опадању, 13% врста птица сматра се угроженим, а 1/3 свих слатководних риба је под ризиком од изумирања. *Ugrožene i zaštićene vrste na teritoriji Evrope i Srbije*. Преузето 10. јула 2013. године, са сајта http://ekospark.com/info/06_biodiverzitet/biodiverzitet/ugrozene_vrste_u_eu/Index.html.

станишта, Конвенција о очувању миграторних врста дивљих животиња, Директива 92/43/ЕЕЗ о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре). С дуге стране, има више прописа, опет са различитом правном снагом, којима се штите само поједине компоненте дивље фауне (нпр. Међународна конвенција о заштити птица, Конвенција о мочварама које су од међународног значаја, нарочито као станишта птица мочварница, Директива 2009/147/ЕЗ о очувању дивљих птица) или се третирају само поједини аспекти из домена њихове правне заштите (нпр. Конвенција о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, Уредба, бр. 338/97/ЕЗ о заштити врста дивље фауне и флоре уређењем трговине њима, Директива 1999/22/ЕЗ о држању дивљих животиња у зоолошким вртovima).

У раду пажњу фокусирамо на правне изворе којима Европска унија, путем општих правила, обезбеђује заштиту, у првом реду, дивље фауне и природних станишта на њеној територији: Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта; Конвенција о очувању миграторних врста дивљих животиња и Директива 92/43 ЕЕЗ о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

Будући да Република Србија, као кандидат за чланство у Европској унији, мора и на плану очувања дивље фауне да усагласи своје прописе са законодавством Европске уније, циљ рада јесте да се установи у којој мери је до сада та усаглашеност постигнута и шта је све потребно учинити у правцу остваривања потпуне сагласности.

2. Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта

Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта,^{7 8} сачињена је и отворена за потписивање у Берну, 19. септембра 1979. године, а ступила је на правну снагу 1. јуна 1982. године. До сада је ову Конвенцију ратификовало укупно 50 држава, као и Европска унија.⁹ Републици Србији је, након пријема у чланство Савета Европе, ово прва конвенција из области заштите животне средине коју је ратификовала.¹⁰

7 Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (No 104). Retrieved 30. April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/104.html>.

8 О овој Конвенцији опширније, на пример, видети код: Гајић, 2008, 521–532; Петковић, 2006, 533–539.

9 Retrieved 30. April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/Cherches...>

10 Закон о потврђивању Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 102/2007.

Државе, потписнице ове Конвенције, потпуно свесне чињенице да дивља фауна, поред флоре, има пресудну улогу у очувању еколошке равнотеже и да је значајна за људски род због своје научне, економске, културне, естетске и рекреационе вредности, али да је, највише захваљујући делању човека, велики број њених компоненти угрожен, истребљен или је пред истребљењем,¹¹ покренуле су правни механизам њене заштите на европском простору.

Иако наслов Конвенције потенцира очување дивље фауне у Европи, њена садржина заправо простире се на све дивље животињске врсте које живе на европском подручју, али и изван њега, као и на све миграторне врсте, чије кретање није ограничено границама европских држава.¹²

Бернска конвенција поставља три циља: очување дивље фауне и флоре и њихових природних станишта, а нарочито очување угрожених и осетљивих дивљих животињских врста и миграторних врста које бораве на подручју држава потписница, као и унапређивање сарадње између држава на том пољу.¹³ За постизање наведених циљева од држава уговорница захтева се предузимање адекватних мера (активности) на националном нивоу (нпр. унапређивањем националних политика о очувању дивље фауне и њених природних станишта, потенцирање, у образовном процесу и у медијима, неопходности очувања дивљих животињских врста).¹⁴

Када је у питању заштита природних станишта дивље фауне, од држава потписница Конвенција посебно захтева да предузимају одговарајуће законодавне и административне мере у правцу очувања угрожених природних станишта, станишта оних животињских врста које су наведене у њеном Додатку II, који се односи на строго заштићене врсте фауна,¹⁵ и станишта која су од значаја за миграторне врсте, наведене додацима II и III Конвенције.¹⁶ Посебна обавеза држава, потписница Бернске конвенције

11 Алармантно звучи податак да је само у периоду од 1992. до 2011. године биолошка разноврсност смањена за 12%. „*Natura 2000*“ у *Srbiji 2013*. Преузето 6. марта 2014. године, са сајта <http://glassrbije.org/privreda/%E2%80%9Enatura-2000>.

12 Видети: Извештај са објашњењима, уз чл. 1 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта (Explanatory Report). Преузето 30. априла 2014. године, са сајта <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/HTML/104.html>.

13 Видети: чл. 1 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

14 Видети: чл. 3 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

15 Видети: чл. 4, ст. 1 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

16 Видети: чл. 4, ст. 3 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

јесте координирање активности на плану заштите природних станишта која се налазе у граничним областима.¹⁷ Подручја од посебне важности за заштиту биолошке разноврсности (Areas of Special Conservation Importance – ASCI), природна станишта која су предмет заштите ове Конвенције чине европску еколошку мрежу – Смарагдну (Емералд) мрежу,¹⁸ утемељену на критеријумима садржаним у Препоруци Бонске конвенције.¹⁹

Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта узима у заштиту строго заштићене животињске врсте, наведене у Додатку II, и заштићене врсте дивље фауне, садржане у Додатку III, не дефинишући притом и једну и другу компоненту дивље фауне.

Када је реч о строго заштићеним животињским врстама, од држава потписница захтева се предузимање одговарајућих административних мера у правцу њихове заштите. При томе, Бернска конвенција строго забрањује: намерно хватање, држање или убијање ових животиња;²⁰ намерно уништавање или оштећивање места за одмор или размножавање ових врста; намерно уништавање или узимање јаја од дивљих животиња, и ако су она празна; намерно узнемиравање ових животиња, посебно у време њиховог парења, подизања младих и хибернације; држање ових животиња, као и трговина истим, укључујући и њихово препарирање.²¹

За заштићене врсте фауне, Конвенција има другачија мерила у погледу очувања њихове популације, будући да им не прети истребљење. Од држава потписница захтева се предузимање законодавних и административних мера које одговарају заштити ових животињских врста. Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта не забрањује њихово хватање, држање или убијање, али ове активности морају да буду до границе која не угрожава опстанак заштићених врста дивље фауне. Као мере којима се то може постићи Конвенција предлаже: ловостај, затворене зоне за лов или друге поступке који се односе на њихову експлоатацију,

17 Видети: чл. 4, ст. 4 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

18 Еколошки значајна подручја која чине Емералд мрежу у Србији побројана су у Прилогу I Еколошки значајна подручја Републике Србије, у оквиру Уредбе о еколошкој мрежи (*Службени гласник РС*, 102/2010).

19 Recommendation on the Status of Candidate Emerald Sites and Guidelines on the Criteria for their Nomination, No 157 (2011), Retrieved 3, May 2014, from <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?commad>

20 Осим у случају самоодбране. Видети: Извештај са објашњењима, уз чл. 6 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта (Explanatory Report).

21 Видети: чл. 6. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

како би се обновио одговарајући ниво популације одређене заштићене дивље животињске врсте, као и регулисање њихове продаје, размене²² и транспорта.²³ Конвенција строго забрањује употребу свих средстава за хватање и убијање дивљих животиња, посебно оних наведених у Додатку IV, којима се може изазвати „локално нестајање популације једне врсте или озбиљно узнемиравање истих“.²⁴

Од правила којима се штите строго заштићене и заштићене врсте дивље фауне, Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта прописује неколико изузетака, под условом да се тиме не угрожава опстанак популације одређене животињске врсте. У том смислу, дозвољено је хватање, држање, коришћење или убијање јединки те врсте, као и уништавање или оштећивање њихових станишта у циљу: заштите флоре и осталог дела фауне; ради спречавања озбиљних штета које могу бити нанете усевима, шумама, рибњацима, води, стоци и слично; у интересу здравља и безбедности ваздушног саобраћаја или других важних разлога од јавног интереса; због обнављања популације одређених врста флоре и фауне; ради научних истраживања и едукације; у другим оправданим случајевима, када је потребна експлоатација ограниченог броја јединки одређене животињске врсте. О примени наведених могућих изузетака у пракси држава потписница мора да поднесе детаљни извештај Сталном комитету, телу које се стара о спровођењу ове Конвенције, сваке друге године.^{25 26}

Бернска конвенција посебан акценат ставља на координацију активности држава уговорница које имају за циљ очување и заштиту миграторних врста, наведених у додацима II и III овог правног извора, које бораве на подручју тих држава.²⁷

22 Иако овај термин није употребљен у Конвенцији, став је Одбора за заштиту дивљих животиња да је он обухваћен изразима: „куповина“ и „понуда за продају“. Видети: Извештај са објашњењима, уз чл. 7. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта (Explanatory Report).

23 Видети: чл. 7. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

24 Видети: чл. 8. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

25 Видети: чл. 9. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

26 То претпоставља могућност држава уговорница да врше надзор експлоатације заштићених врста дивље фауне и одређивање строжих мера од оних прописаних Конвенцијом. Видети: Извештај са објашњењима, уз чл. 7. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта (Explanatory Report).

27 Видети: чл. 10. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

Од држава, потписница Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, такође се захтева већи ниво сарадње у циљу повећања ефикасности одређених мера у одговарајућим случајевима, као и подстицање и координацију истраживања која се директно односе на њену примену.²⁸

Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта посебно обавезује државе потписнице да на одговарајући начин подстичу увођење аутохтоних врста дивље фауне, уколико ће то допринети њиховом очувању, као и да контролишу уношење алохтоних врста на њено подручје, нарочито ако поједине од њих могу угрозити опстанак домаћих врста флоре и фауне.²⁹

Бернска конвенција омогућава државама потписницама да узму у комплетну заштиту и друге врсте фауне које се налазе на њеном подручју, а које нису наведене у Додатку II, као строго заштићене врсте.³⁰ Осим тога, Конвенција овлашћује државе уговорнице да могу у свом законодавству да предвиде и строжије мере од оних које су прописане у овом правном документу, са циљем очувања компоненти дивље фауне и њених станишта.³¹

Свака од држава уговорница има право да, приликом потписивања Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, депоновања ратификационих инструмената, или инструмената прихватања, усвајања или приступања, одреди територију на којој ће се она примењивати. Могуће је и територијално проширење примене ове Конвенције, декларацијом, упућеном генералном секретару Савета Европе.³²

Државе уговорнице, такође, су овлашћене да стављањем резерви, које не могу бити опште природе, ограниче примену Бернске конвенције у вези са појединим врстама фауне или одређених природних станишта.³³ Забраном

28 Видети: чл. 11, ст. 1, тач. а и б Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

29 Видети: чл. 11, ст. 2, тач. а и б Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

30 Видети: чл. 11, ст. 3. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

31 Видети: чл. 12. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

32 Видети: чл. 21, ст. 1. и 2. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

33 Видети: чл. 22, ст. 1. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

стављања резерви општег карактера, искључује се могућност да државе уговорнице смање своје обавезе на нивоу, због ког Конвенција неће имати никаквог ефекта у правном саобраћају.³⁴ Република Србија је искористила такву могућност у погледу четири врсте наведене у Додатку II Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта. Ради се о вуку, поскоку, дивљој мачки и јастребу.

Иако у Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, ове врсте имају статус строго заштићене врсте, у домаћем праву вук и дивља мачка, због бројности, припадају заштићеним врстама, осим на подручју Војводине, где су строго заштићене врсте, и њихов статус и режим регулисан је прописима из области ловства.³⁵ Поскок, због коришћења за производњу серума против змијског отрова, припада заштићеним врстама дивље фауне, и будући да је реч о комерцијалној врсти на њу се односе правила садржана у Уредби о стављању под контролу коришћења и промета дивље флоре и фауне.³⁶ Када је реч о јастребу, ова врста једино неће бити узета у заштиту на објектима за производњу пернате дивљачи и прихватилишта.³⁷

Нема сумње да Бернска конвенција, својом садржином, представља помак у правној заштити европске дивље фауне, нарочито део који се односи на успостављање сарадње између држава потписница и заједничким акцијама у очувању угрожених и осетљивих животињских врста. Међутим, с правом је примећено у правној литератури да Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта селективно штити (и то не стално, примедба аутора) само малобројне животињске врсте од убијања (Visković, 1996: 496). Осим тога, правна заштита дивље фауне знатно је ослабљена могућношћу стављања резерви у погледу примене Бернске конвенције на поједине животињске врсте или одређена природна станишта, и на крају, главни недостатак ове Конвенције огледа се у томе да је њена примена директно условљена законодавном активношћу држава потписница (Пауновић, 2003: 218–219).

34 Видети: Извештај са објашњењима, уз чл. 22. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта (Explanatory Report).

35 Видети: Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива, Прилог II (*Службени гласник РС*, 5/2010 и 47/2011).

36 *Службени гласник РС*, 31/2005, 45/2005, 22/2007, 38/2008, 9/2010 и 69/2011.

37 Видети: чл. 3. Закона о потврђивању Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта.

3. Конвенција о очувању миграторних врста дивљих животиња

Конвенција о очувању миграторних врста дивљих животиња³⁸ усвојена је у Бону, 23. јуна 1979. године, а ступила на правну снагу 01. новембра 1983. године. До данас је ову Конвенцију потписала и ратификовала 121 држава, као и Европска унија.³⁹ Република Србија је, на основу Закона о потврђивању Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња, прихватила решења ове Конвенције.⁴⁰

Миграторне дивље животиње представљају битну компоненту екосистема који подржава живот на планети Земљи. Оне не само што обезбеђују храну за друге животиње и регулишу број врста у екосистему, већ су и ефикасни индикатори свих промена у животној средини.⁴¹

Државе уговорнице, прихватајући реалност да дивље животиње чине нераскидиви део природе, да имају велики значај за човека са економског, еколошког, научног, образовног, естетског, рекреационог, генетичког и културног становишта, али и да ефикасна заштита врста дивљих животиња које циклично прелазе границе двеју или више држава (тзв. миграторне врсте), мора бити плод координиране акције више земаља, потписале су ову Конвенцију.

Бонска конвенција је пред уговорне стране поставила три циља: сарадња и унапређивање истраживања која се тичу миграторних врста; хитна заштита миграторних врста које су наведене у Додатку I Конвенције и настојање да се закључују међународни уговори, који за предмет имају очување и газдовање миграторним врстама, наведеним у Додатку II Конвенције.⁴²

За миграторне врсте дивљих животиња, побројане у Додатку I Конвенције – врсте којима прети опасност од изумирања на целом подручју на коме бораве или његовом претежном делу (тзв. угрожене врсте, примера ради: куна, снежни леопард, двогрба камила, патка њорка, орао белорепан, гавијал) слово овог правног извора предвиђа више обавеза за државе уговорнице. Наиме, од држава чију територију насељава одређена угрожена миграторна врста или се привремено задржава или је у пролазу или је

38 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS). Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3916>.

39 Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/parties-range-states>.

40 *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 102/2007.

41 *The value of animal migration*, Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3912>.

42 Видети: чл. 2, ст. 2. Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

надлеће (тзв. држава ареала), захтева се да раде: на очувању или обнови станишта угрожених врста, спречавању, неутралисању или минимизирању негативних ефеката свих активности које онемогућавају или ометају миграцију врсте; на спречавању, смањивању или контроли фактора који угрожавају или је вероватно да ће и даље угрожавати одређену миграторну врсту (нпр. строгом контролом уношења егзотичних врста).⁴³

Конвенција обавезује државе уговорнице да забране хватање свих врста животиња, наведених у Додатку I, изузев ако је то потребно у сврху научних истраживања, ради размножавања или преживљавања угрожене миграторне врсте; због задовољавања традиционалних потреба локалног становништва за прехраном или обрадом земље или ако то намећу изузетне прилике. Сви ови изузеци морају да буду прецизно одређени у смислу садржине, времена и места, али је битно да се хватањем јединки угрожених миграторних врста не штети самој врсти.⁴⁴

Када је реч о животињама, набројаним у Додатку II Конвенције, ту се имају у виду, у првом реду, животиње које имају неповољан статус очувања (нпр. кинески бели делфин, планинска газела, риђоврати гњурац, мали вранац, препелица, грлица, јужноамеричка речна корњача). „Статус очувања миграторних врста“ јесте израз који Конвенција објашњава као скуп утицаја који делују на миграторну врсту, а који могу да утичу, дугорочно гледано, на њену распрострањеност и бројност.⁴⁵ Осим ових миграторних врста дивље фауне, у Додатку II Конвенције, наведене су и оне врсте чији је статус очувања за сада повољан, али се захваљујући закључивању међународних уговора који се тичу заштите управо те врсте, може у будућности спречити њен неповољан статус очувања.⁴⁶

Конвенција о очувању миграторних врста дивљих животиња у чл. 5, даје смернице за састављање међународних уговора, који за циљ имају одржавање повољног статуса одређене миграторне врсте или географски одвоједног дела популације те врсте, или враћање повољног статуса очувања једне или више миграторних врста.⁴⁷

Уз ову Конвенцију постоји одређени број споразума којима се штите поједине миграторне врсте дивљих животиња: Споразум о очувању фока у

43 Видети: чл. 3, ст. 4. Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

44 Видети: чл. 3, ст. 5. Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

45 Видети: чл. 1, ст. 1, тач. б Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

46 Видети: чл. 4, ст. 1. Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

47 Видети: чл. 5 Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

Ваденском мору (Бон, 1990);⁴⁸ Споразум о очувању слепих мишева у Европи (Лондон, 1991);⁴⁹ Споразум о очувању малих морских сисара у Балтичком мору, Северноисточном Атлантику, Ирском и Северном мору (Њујорк, 1992);⁵⁰ Споразум о очувању афричко-евроазијских миграторних врста птица мочварница (Хаг, 1996);⁵¹ Споразум о очувању морских сисара Црног мора, Средоземног мора и пограничне области Атлантика (Монако, 1996);⁵² Споразум о очувању албатроса и петрела (Канбера, 2001)⁵³ и Споразум о очувању горила и њихових станишта (Париз, 2005).⁵⁴

Велики број земаља, потписница ове Конвенције, довољна су потврда о актуелности правне заштите миграторних врста дивљих животиња, поготово оних животиња чија је популација толико угрожена да је пред изумирањем. Оно што се може сматрати недостатком Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња јесте недовољна прецизност појединих одредаба, што може бити добра подлога за различито тумачење слова Конвенције, па самим тим и разлике у њеној примени, што, у крајњој линији, може имати за последицу неједнако поступање према одређеним миграторним врстама од државе до државе. Примера ради, како је већ речено, у Конвенцији се, када су питању угрожене миграторне врсте, забрањује њихово хватање, па се од тога правила предвиђају одређена одступања, укључујући и решење да је хватање јединки тих животиња прихватљиво када то налажу изузетне околности. При томе се, уговорним странама оставља да саме ближе одреде садржину тих изузетних прилика, као и просторно и временско ограничење, али и то да такво хватање не сме да се врши на штету врсте. Осим тога, оно што се такође може сматрати недостатком ове Конвенције јесте постојање неадекватног надзорног

48 Agreement on the Conservation of Seals in the Wadden Sea (Wadden Sea Seals). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.waddensea-secretariat.org/managment/seal-manegment>.

49 Agreement on the Conservation of Bats in Europe (EUROBATS). Retrieved 3, May 2014, from http://www.Eurobats.org/official_documents/agreement_text.

50 Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas (ASCOBANS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.ascobans.org/en/documents/agreement-text>.

51 Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds (AEWA). Retrieved, 3 May 2014, from <http://www.unep-aewa.org/en/documents/agreement-text>.

52 Agreement on the Conservation of Cetaceans of the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Area (ACCOBAMS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.accobams.org/index.php?option...>

53 Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels (ACAP). Retrieved 3, May 2014, from http://ACAP_Agreement_Amended_MoP4_2012_e1.pdf.

54 Agreement on the Conservation of Gorillas and their Habitats (Gorilla Agreement). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.cms.int/gorilla>.

механизма за њену примену. Чини се да редовни састанци Конференције страна уговорница у временским периодима од највише три године, на којима се, поред осталог, разматра и оцењује статус очувања миграторних врста нису довољна гаранција да ће миграторне врсте животиња бити и заиста заштићене.⁵⁵ Такође, препоруке упућене државама уговорницама од стране Конференције страна, у правцу побољшања ефикасности примене ове Конвенције,⁵⁶ будући да их правно не обавезују, не могу бити допринети очувању миграторних врста дивљих животиња.

Република Србија, поштујући слово Конвенције,⁵⁷ подноси националне извештаје о њеној примени.⁵⁸

У циљу побољшања делотворности Бонске конвенције у припреми је Стратегијски план за миграторне врсте, за период 2015–2023. година. Овај правни документ треба да обезбеди јасан заједнички програм рада за све који делују на очувању миграторних врста дивљих животиња – визију, лидерство и покретачку снагу за постизање утврђених циљева.⁵⁹

4. Директива 92/43/ЕЕЗ о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре

Директива 92/43/ЕЕЗ Савета Европске уније о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре⁶⁰ у први план ставља обезбеђивање биолошке разноврсности, путем очувања природних станишта и дивље фауне и флоре, водећи нарочито рачуна о привредним, социјалним и културним потребама датог подручја, као и регионалним и локалним карактеристикама.⁶¹

55 Видети: чл. 7, ст. 3. и ст. 5, тач. а и б Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

56 Видети: чл. 7, ст. 5, тач. е Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

57 Видети: чл. 7, ст. 5, тач. г Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња.

58 Подаци преузети из *Стратегије биолошке разноврсности Републике Србије*, за период од 2011. до 2018. године, 2011: 47.

59 Детаљније о Стратегијском плану за миграторне врсте (2015–2023), видети: *Strategic Plan for Migratory Species (2015–2023)*, Retrieved 28, April 2014, from [http://www.cms.int/en/documents/strategic-plan/...](http://www.cms.int/en/documents/strategic-plan/)

60 Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora (OJ L 206/7, 22. 07. 1992). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>.

61 Видети: чл. 2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

Према слову Директиве, постизање наведених циљева подразумева оснивање кохерентне европске еколошке мреже посебних подручја очувања (Натура 2000) коју заправо чине она подручја на којима се налазе природни типови станишта, наведени у Прилогу I овог правног документа, и станишта оних врста дивље фауне и флоре, наведених у Прилогу II Директиве. Успостављању еколошке мреже Натура 2000 треба да допринесе свака држава чланица Европске уније која на својој територији има природне типове станишта и станишта врста, наведене у прилозима I и II Директиве, са циљем њиховог одржавања на постојећем нивоу или обнављања њиховог повољног стања очуваности.⁶²

На основу Директиве 92/43/ЕЕЗ и Директиве 2009/147/ЕЗ о очувању дивљих птица,⁶³ успостављена је јединствена еколошка мрежа Натура 2000, коју чине око 30.000 подручја која покривају 20% територије Европске уније.⁶⁴

Полазећи од критеријума установљених у Прилогу III (фаза 1) Директиве 92/43/ЕЕЗ и на основу релевантних научних информација, свака држава чланица предлаже попис подручја на којима се налазе природни типови станишта, наведени у Прилогу I, и станишта врста дивље фауне и флоре од интереса за Европску унију, побројани у Прилогу II овог правног извора. Заједно са пописом наведених подручја, обавезно се прилажу и подаци којима се ближе одређују дата подручја (њихово име, карта подручја, површина и сл.).⁶⁵

Европска комисија на основу договора са сваком државом чланицом Европске уније, и узимајући у обзир попис подручја које су оне саставиле, а на којима се налази приоритетни природни типови станишта⁶⁶ и приоритетне врсте дивље фауне и флоре,⁶⁷ саставља Нацрт пописа подручја од значаја

62 Видети: чл. 3, ст. 1-2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

63 Directiva 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the Conservation of Wild Birds. Codified version (OJ L 20/7, 26. 01. 2010, p. 1). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>.

64 *Natura 2000, šumska staništa u Vojvodini*. Преузето 14. марта 2014. године, са сајта <http://www.fornetserbia.com/doc/shared/Ekoloshka%>.

65 Видети: чл. 4, ст. 1. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

66 Под приоритетним природним станишним типом подразумева се онај тип станишта, унутар неког подручја, коме прети нестанак. Видети: чл. 1, тач. (д) Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

67 Под приоритетном врстом дивље фауне подразумева се врста за чије је очување Европска унија посебно одговорна, полазећи од размере њеног природног ареала на

за Европску унију. Овај Нацрт се креира на основу критеријума садржаних у Прилогу III (фаза 2) у оквиру сваког од пет биогеографских региона (алпског, атлантског, континенталног, макаронезијског и медитераног)⁶⁸ и целокупне територије држава Европске уније.⁶⁹

Попис подручја од значаја за Европску унију усваја Европска комисија, према утврђеној процедури,⁷⁰ и на бази њега свака држава чланица дужна је да, у прописаном временском периоду, одреди посебна подручја очувања, истовремено установљујући међу њима приоритете, полазећи од значаја која она имају за одржавање или обнављање повољног стања очуваности природних типова станишта или станишта дивљих животињских или биљних врста, наведених у Прилогу I и Прилогу II Директиве, као и кохерентности еколошке мреже Натура 2000.⁷¹

Иако свака држава чланица Европске уније, понаособ, предлаже подручја на којима се налазе природни типови станишта и станишта дивљих животињских врста из прилога I и II Директиве 92/43/ЕЕЗ, Европска комисија има право, на основу одредаба датог правног извора, да интервенише и започне поступак билатералних саветовања са одређеном државом из састава Европске уније, уколико утврди да та држава није у своје законодавство означила одређено подручје на коме се налази приоритетни тип станишта или станиште приоритетне врсте, а који је од значаја за одржавање тог приоритетног типа станишта или опстанак те приоритетне врсте, на основу релевантних научних показатеља.⁷² Ако поступак билатералних саветовања протекне без успеха, и у прописаном року, Европска комисија овлашћена је да Савету Европске уније предложи одабир тог подручја као територије од посебног значаја за Европску

европском подручју. Видети: чл. 1, тач. (х) Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

68 Видети: чл. 1, тач. 1, под 3. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

69 Видети: чл. 4, ст. 2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

70 Видети: чл. 4, ст. 2, тач. 3. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

71 Видети: чл. 4, ст. 4. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

72 Видети: чл. 5, ст. 1. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

унију.⁷³ О упућеном предлогу Савет Европске уније одлучује једногласно поштујући предвиђени рок.⁷⁴

Према слову Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре, свака држава, чланица Европске уније дужна је да за посебно подручја очувања које се налази на територији њене јурисдикције утврди мере за његово очување, водећи нарочито рачуна о еколошким захтевима, који се односе на природне типове станишта или станишта врста из прилога I и II овог правног извора. Те мере могу бити садржане у плановима управљања датог подручја или другим развојним плановима.⁷⁵

У којој мери Директива 92/43/ЕЕЗ озбиљно приступа остваривању својих циљева, недвосмислено потврђује и правило да сваки план или програм који није директно повезан са управљањем датог посебног подручја очувања, али би могао имати негативног утицаја на његову заштиту или целовитост, не може бити одобрен од стране надлежног тела државе чланице Европске уније, на чијој територији се налази.⁷⁶

Изузетно, ако се из императивних разлога, у којима преовладава јавни интерес (здравље људи, јавна безбедност, корисне последице од примарног значаја за животну средину или други разлози), према оцени Европске комисије мора усвојити одређени план или програм, и поред негативног утицаја на подручје очувања на коме се налази одређени приоритетни тип станишта или приоритетна дивља животињска врста, онда Директива 92/43/ЕЕЗ налаже државама чланицама предузимање одговарајућих компензацијских мера које би обезбедиле заштиту кохерентности еколошке мреже Натура 2000.⁷⁷ У начелу, исто важи и када су у питању остала посебна подручја очувања, али се ту узима у обзир шира палета императивних разлога, у којима преовладава јавни интерес, узимајући у обзир и интересе социјалне или економске природе.⁷⁸ Осим тога, у циљу побољшања кохерентности еколошке мреже Натура 2000, предвиђена је

73 Видети: чл. 5, ст. 2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

74 Видети: чл. 5, ст. 3. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

75 Видети: чл. 6, ст. 1. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

76 Видети: чл. 6, ст. 3. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

77 Видети: чл. 6, ст. 4, тач. 2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

78 Видети: чл. 6, ст. 4, тач. 1. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

и могућност декласификације појединих посебних подручја очувања, као и подстицања управљања еколошким коридорима који имају нарочити значај за миграцију, ширење и генетску размену врста дивље фауне и флоре.⁷⁹

Предузимање мера очувања подручја на којима се налазе природни типови станишта и станишта дивљих животињских врста, садржани у прилозима I и II Директиве, по правилу, финансира држава чланица Европске уније на чијој територији се та подручја налазе. Директива, такође, омогућава да се државе, чланице Европске уније, за финансијску помоћ око спровођења утврђених мера очувања датих подручја обратe Европској комисији, како би се спровело суфинансирање из фондова Европске уније. Европска комисија, осим тога, може, уз сагласност државе чланице, на чијој територији се налази подручје од значаја за Европску унију, да утврђује одговарајуће мере за његово очување, као и финансијски оквир за њихово спровођење, укључујући и израду акционог оквира мера, рангираних према приоритету.⁸⁰

Према слову Директиве 92/43/ЕЕЗ, државе, чланице Европске уније, врше надзор над стањем очуваности природних станишта и дивље фауне и флоре која се налази на европском простору, нарочито узимајући у обзир приоритетне природне станишне типове и приоритетне дивље животињске и биљне врсте.⁸¹

Посебну целину у оквиру Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре чини заштита дивљих животињских врста од значаја за Европску унију, и у оквиру ње правила која се тичу врста дивље фауне, садржаних у Прилогу IV Директиве, за које важи строги режим заштите и правила која се односе на заштићене врсте из Прилога V Директиве, чије се јединке могу под одређеним условима узимати из дивљине.⁸²

Када су у питању строго заштићене дивље животињске врсте, Директива 92/43/ЕЕЗ прописује читав спектар мера којих се државе чланице Европске уније морају придржавати. Ради се о забрани: намерног хватања или убијања јединки ових дивљих животињских врста; затим, намерног узнемиравања, нарочито у време размножавања, подизања младих,

79 Видети: чл. 9 и 10. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

80 Видети: чл. 8, ст. 1–4. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

81 Видети: чл. 11. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

82 Видети: чл. 12–16. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

хибернације и миграције; забрани намерног уништавања или узимања јаја из дивљине, као и забрани уништавања или оштећивања територије, које примерци строго заштићене дивље фауне користе за одмор или размножавање.⁸³ Осим тога, забрањује се и држање, понуда за продају, продаја, превоз или размена строго заштићених дивљих животињских врста, са циљем заштите јединки ове компоненте дивље фауне.⁸⁴

Директива о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре налаже државама, чланицама Европске уније, да спроводе потребна истраживања и предузимају одговарајуће мере очувања, како би се обезбедило да случајно хватање и убијање истих, нема значајан негативни утицај на одређену строго заштићену дивљу животињску врсту.⁸⁵

У очувању строго заштићених дивљих животињских врста свакако има утицаја и могућност уношења аутохтоних врста на матична подручја, као и забрана намерне интродукције алохтоних дивљих животињских врста на подручја која нису њихова природна станишта, а својим присуством могу оштетити аутохтоне врсте дивље фауне или флоре.⁸⁶

Када је реч о дивљим животињским врстама, наведеним у Прилогу V Директиве 92/43/ЕЕЗ, за које важи блажи режим заштите, будући да се оне могу узимати из природе и искоришћавати, овај правни извор прописује низ мера које државе, чланице Европске уније могу предузимати са циљем одржавања дате врсте у повољном стању очуваности. У те мере спадају: привремена или локална забрана узимања и искоришћавања јединки одређене дивље животињске врсте; одређивање временског раздобља у коме се заштићене дивље животињске врсте могу хватати и методе које се могу користити; израда прописа о приступу одређеној имовини; примена прописа о лову и риболову којим се штите ове компоненте дивље фауне; успостављање система дозвола за узимање примерака одређене дивље животињске врсте из природе и одређивање квота; регулисање куповине, продаје и превоза ради продаје јединки заштићених дивљих животињских врста; узгајање, под строго контролисаним условима, јединки одређених

83 Видети: чл. 12, ст. 1. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

84 Видети: чл. 12, ст. 2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

85 Видети: чл. 12, ст. 4. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

86 Видети: чл. 22. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

дивљих животињских врста, како би се смањио број узетих примерака из дивљине, и процена делотворности наведених мера.⁸⁷

При томе, ваља имати у виду да Директива о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре изричито забрањује употребу било ког средства хватања или убијања или превозног средства, наведених у Прилогу VI Директиве, а која могу имати за последицу локални нестанак или озбиљно узнемиравање популације одређене заштићене дивље животињске врсте.⁸⁸

Изузетно од забрана прописаних за строго заштићене дивље животињске врсте из Прилога IV Директиве, и ограничења у хватању и искоришћавању заштићених дивљих животињских врста из Прилога V Директиве, укључујући и забрану употребе одређених средстава за њихово хватање или убијање и превозних средстава, овај правни извор дозвољава одступања ако је то у интересу: јавног здравља, безбедности или неких других разлога од јавног интереса; заштите дивље фауне и флоре и природних станишта; спречавања озбиљне штете на усевима, шумама, води, стоци, рибањацима и другој имовини; научних истраживања, образовања, репопулације, реинтеграције или размножавања одређене дивље животињске врсте; ради узимања и држања, под строго контролисаним условима, из природе примерака строго заштићених дивљих животињских врста из Прилога IV Директиве.⁸⁹ Сва наведена одступања подлежу детаљној контроли од стране Европске комисије.⁹⁰

Колико су мере очувања делотворне и утичу на одржавање или обнову природних станишта или популација дивље фауне, као и целовитост еколошке мреже Натура 2000, то процењује Европска комисија на основу извештаја које су државе чланице дужне да њој периодично достављају. Полазећи од тих појединачних извештаја, Европска комисија саставља извештај којим се оцењује допринос кохерентне еколошке европске мреже Натура 2000 у очувању природних станишта и дивљих животињских и биљних врста на подручју Европске уније.⁹¹ Свакако, квалитетнијој заштити природних станишта и дивљих животињских врста од интереса за Европску унију доприносиће научна истраживања и размена информација,

87 Видети: чл. 14. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

88 Видети: чл. 15. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

89 Видети: чл. 16, ст. 1. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

90 Видети: чл. 16, ст. 2. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

91 Видети: чл. 17. Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

у циљу координације истраживања о очувању природних станишта и европске дивље фауне и флоре.⁹²

5. Општи правни оквир заштите дивље фауне и природних станишта у Републици Србији

На територији Републике Србије све компоненте дивље фауне и природна станишта, осим поменутих конвенција, заштићене су Законом о заштити природе као основним извором права који третира ову проблематику.⁹³ Природна станишта дивљих животињских врста додатно се ближе уређују Уредбом о еколошкој мрежи и Правилником о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување.^{94, 95}

Упоређујући садржину Директиве 92/43/ЕЕЗ о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре са наведеним домаћим правним изворима, може се закључити да је Република Србија врло близу, барем у нормативном погледу, са Европском унијом. То се, претпостављамо, већим делом може приписати чињеници да је Република Србија ратификовала Конвенцију о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и Конвенцију о очувању миграторних врста дивљих животиња, чија решења су узимана као узор за поменути Директиву. Штавише, када се детаљније

92 Видети: чл. 18, ст. 1 Директиве о очувању природних станишта и дивље фауне и флоре.

93 *Службени гласник РС*, 36/2009, 88/2010 и 9/2010 – други закон.

94 *Службени гласник РС*, 35/2010.

95 Поједине дивље животињске врсте, на територији Републике Србије, заштићене су низом законских и подзаконских аката. У том правцу видети: Закон о дивљачи и ловству (*Службени гласник РС*, 18/2010); Закон о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда (*Службени гласник РС*, 36/2009 и 32/2013 – одл. УС); Закона о добробити животиња (*Службени гласник РС*, 41/2009); Уредба о стављању под контролу коришћења и промета дивље флоре и фауне (*Службени гласник РС*, 31/2005, 45/2005, 22/2007, 38/2008, 9/2010 и 69/2011); Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива (*Службени гласник РС*, 5/2010 и 47/2011); Правилник о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи (*Службени гласник РС*, бр. 9/2012 и 31/2013); Правилник о прекограничном промету и трговини заштићеним врстама (*Службени гласник РС*, 99/2009); Правилник о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте (*Службени гласник РС*, 37/2010); Правилник о висини штете за противзаконито уловљену дивљач или на други начин уништену дивљач (*Службени гласник РС*, 60/2006); Наредба о мерама за очување и заштиту рибљег фонда (*Службени гласник РС*, 104/2009 и 49/2010).

сагледа садржина појединих правила домаћег нормотворца, стиче се утисак да се он некако више угледао на решења из Директиве 92/43/ЕЕЗ. То се нарочито види код регулисања дозвољених радњи са строго заштићеним дивљим животињским врстама, мада наведена Директива те исте радње, као и Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, везује и за заштићене дивље животињске врсте.⁹⁶ Затим, када је у питању ускраћивање сагласности од стране надлежног органа, у случају да се утврди на основу оцене прихватљивости да планови, програми, пројекти, радови или друге активности које би требало да се изводе на еколошки значајном подручју могу утицати на његово очување и целовитост. Овде, свако треба додати и предузимање компензацијских мера, које би требало да ублаже штетне последице реализованих пројеката, планова, програма, радова или других активности на еколошки значајном подручју.⁹⁷

С друге стране, иако је Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта ратификацијом постала део нашег правног система, нејасно је зашто се радње које дозвољава српски законодавац у односу на строго заштићене дивље животињске врста не односе и на заштићене дивље животињске врсте, као у Конвенцији, кад рецимо и оне могу представљати опасност по јавну безбедност или здравље грађана или, пак, проузроковати озбиљну штету усевима.⁹⁸

Упоређујући попис строго заштићених и заштићених врста дивље фауне садржан у Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и домаћи Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива, може се извести закључак да, поред извесног поклапања у погледу одређеног броја животињских врста, постоји и евидентно одступање. Наиме, поједине компоненте дивље фауне, које су као ендемичне врсте присутне на нашем подручју (нпр. орао мишар, белоглави суп, велика дропља), али и бројност популације, као и степен угрожености појединих животињских врста, утичу на унеколико другачије класификовање дивље фауне на строго заштићене и заштићене врсте у односу на оно што предвиђа Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта. Примера

96 Упоредити: чл. 9 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, чл. 16 Директиве 92/43/ЕЕЗ и чл. 75. Закона о заштити природе Републике Србије.

97 Видети: чл. 6, ст. 3–4. Директиве 92/43/ЕЕЗ, чл. 10. и чл. 12. Закона о заштити природе Републике Србије.

98 Упоредити: чл. 9. Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и чл. 75 Закона о заштити природе Републике Србије.

ради, дабар, пух и хермелин су у домаћем праву строго заштићене врсте, а према Бернској конвенцији заштићене врсте. Директива 92/43/ЕЕЗ пак класификује дабра и неке врсте пухова, као строго заштићене врсте, а хермелина и не спомиње. С друге стране, поскок је, у законодавству Републике Србије, комерцијална заштићена врста, а према Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, строго заштићена врста. Исти статус има поскок и према Директиви.

Осим тога, оно што се може сматрати недостатком у раду српског нормотворца јесте просто преузимање у целости решења садржаних у Закону о заштити природе, којима се третира дивља фауна и њена природна станишта, и њихово непотребно уношење у Уредбу о еколошкој мрежи и Правилник о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување. Тако, састав еколошке мреже је на исти начин уређен Законом о заштити природе и Уредбом о еколошкој мрежи.⁹⁹ Осим тога, законска формулација о заштити еколошке мреже и мерама које се могу предузимати у том правцу у потпуности је преузета и унета у Уредбу о еколошкој мрежи.¹⁰⁰ Такође, нормативни оквир управљања еколошком мрежом и њеног финансирања из Закона о заштити природе Републике Србије преузет је Уредбом о еколошкој мрежи.¹⁰¹ И не мање битно, одредба о идентификацији еколошки значајних подручја за Европску унију, у оквиру европске еколошке мреже, под називом Натура 2000, интегрално је преузета из Закона о заштити природе и унета у Уредбу о еколошкој мрежи Републике Србије.¹⁰²

Осим ове, јасно уочљиве недоследности српског законодавца, приметно је и непотребно понављање појашњења значења одређених израза. Тако, дефинисање израза „станиште“ из Закона о заштити природе, преузето је и уграђено у Правилник о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово

99 Упоредити: чл. 38, ст. 1. Закона о заштити природе и чл. 2. Уредбе о еколошкој мрежи Републике Србије.

100 Упоредити: чл. 39. Закона о заштити природе и чл. 6. Уредбе о еколошкој мрежи Републике Србије.

101 Упоредити: чл. 40, чл. 55, ст. 2. и чл. 69, ст. 1 Закона о заштити природе са чл. 7–10. Уредбе о еколошкој мрежи Републике Србије.

102 Упоредити: чл. 55. Закона о изменама и допунама Закона заштити природе (*Службени гласник РС*, 88/2010) и чл. 14. Уредбе о еколошкој мрежи Републике Србије.

очување.¹⁰³ Исту „судбину“ имају и изрази „тип станишта“, као и „станиште врсте“.¹⁰⁴ Додатак целокупној, већ наведеној правној збрци, представља и очигледна неусаглашеност у појашењу одређених термина. Тако се рецимо израз „заштићено станиште“ другачије дефинише у Закону о заштити природе, а другачије у Правилнику о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување.^{105, 106}

6. Закључна разматрања

Очигледно је да одговарајуће одредбе Закона о заштити природе, Уредбе о еколошкој мрежи и Правилника о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување Републике Србије својом садржином у доброј мери указују на усаглашеност са Директивом 92/43/ЕЕЗ.

Велики део посла, ипак, предстоји будући да Република Србија мора, до уласка у Европску унију, да попише и категорише, према критеријумима наведеним у Директиви, природне типове станишта из Прилога I и станишта врста из Прилога II овог правног извора, како би она постала део европске еколошке мреже Натура 2000.

У међувремену, српски нормотворац мора да отклони уочене недоречености на релацији Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и Закон о заштити природе, и да се „избори“ са праксом узимања одређених формулација из једног правног извора, и њиховог уношења у друге правне изворе, као и непотребног понављања појашњења значења одређених израза у више правних докумената.

103 Видети: чл. 4, ст. 1, тач. 69. Закона о заштити природе и чл. 2, тач. 1. Правилника о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување Републике Србије.

104 Упоредити: чл. 4, ст. 1, тач. 70. и 71. Закона о заштити природе са чл. 2, тач. 2. и тач. 3. Правилника о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување Републике Србије.

105 Видети: чл. 32, ст. 1. Закона о заштити природе и чл. 2, тач. 4. Правилника о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување Републике Србије.

106 На уочене недостатке, али када је реч о правној заштити животиња током комерцијалног превоза, већ је указано код: Стојановић, 2013б: 1267–1271.

Литература

Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels (ACAP). Retrieved 3, May 2014, from http://ACAP_Agreement_Amended_MoP4_2012_e1.pdf

Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds (AEWA). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.unep-aewa.org/en/documents/agreement-text>

Agreement on the Conservation of Bats in Europe (EUROBATS). Retrieved 3, May 2014, from http://www.Eurobats.org/official_documents/agreement_text

Agreement on the Conservation of Cetaceans of the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Area (ACCOBAMS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.accobams.org/index.php?option...>

Agreement on the Conservation of Gorillas and their Habitats (Gorilla Agreement). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.cms.int/gorilla>

Agreement on the Conservation of Seals in the Wadden Sea (Wadden Sea Seals). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.waddensea-secretariat.org/management/seal-managment>

Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas (ASCOBANS). Retrieved 3, May 2014, from <http://www.ascobans.org/en/documents/agreement-text>

Visković, N. (1996). *Životinja i čovjek, Prilog kulturnoj zoologiji*, Split: Krug

Гајић, Д. (2008). Значај и примена Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта. *Правни живот. Тематски број „Право и међународне интеграције*. Том I. Бр. 9, Београд: Удружење правника Србије, стр. 521–532

Directiva 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the Conservation of Wild Birds. Codified version (OJ L 20/7, 26. 01.2010, p. 1). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>

Закон о заштити природе, *Службени гласник*. Бр. РС, 36 (2009), 88 (2010) и 9 (2010) – други закон

Закон о потврђивању Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 102 (2007)

Закон о потврђивању Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 102 (2007)

Lévêque, Ch., Mounolou, J. C. (2003). *Biodiversity*, Chichester, John Wiley & Sons, Ltd.

„Natura 2000“ u Srbiji 2013. Преузето 6. марта 2014. године, са сајта <http://glassrbije.org/privreda/%E2%80%9Enatura-2000>

Natura 2000, šumska staništa u Vojvodini. Преузето 14. марта 2014. године, са сајта <http://www.fornetserbia.com/doc/shared/Ekoloshka%>

Пауновић, М. (2003). Међународно-правна заштита животиња, *Прилози пројекта „Институције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције“*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 218–219

Петковић, Г. (2006). Законодавноправни концепт заштите биодиверзитета. *Правни живот. Тематски број „Право и хумана будућност“*. Том I. Бр. 9. Београд: Удружење правника Србије, стр. 533–539

Правилник о критеријумима за издвајање типова станишта, о типовима станишта, осетљивим, угроженим, ретким и за заштиту приоритетним типовима станишта и о мерама заштите за њихово очување. *Службени гласник РС*. Бр. 35 (2010)

Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива, Прилог II. *Службени гласник РС*. Бр. 5 (2010) и 47 (2011)

Recommendation on the Status of Candidate Emerald Sites and Guidelines on the Criteria for their Nomination, No 157 (2011), Retrieved 3, May 2014, from <https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?commad ...>

Стојановић, Н. (2013а). Заштићене врсте дивље фауне у Републици Србији и човек – правни аспект. *Тематски зборник радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“*. Књ. 3. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, стр. 171–198

Стојановић, Н. (2013б). Правна заштита добробити животиња током превоза у Европи, *Теме*. Бр. 3. Ниш: Универзитет у Нишу, стр. 1267–1271
Стратегија биолошке разноврсности Републике Србије, за период од 2011. до 2018. године (2011). Београд: Министарство животне средине и просторног планирања Републике Србије

Strategic Plan for Migratory Species (2015–2023), Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/documents/strategic-plan/...>

The value of animal migration, Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3912>

Threats to Migratory Species, Retrieved 30, April 2014, from <http://www.cms.int/en/species/threats>

Ugrožene i zaštićene vrste na teritoriji Evrope i Srbije. Преузето 10. јула 2013. године, са сајта http://ekospark.com/info/06_biodiverzitet/biodiverzitet/ugrozene_vrste_u_eu/Index.html

Уредба о еколошкој мрежи. *Службени гласник РС*. Бр. 102 (2010)

Уредба о стављању под контролу коришћења и промета дивље флоре и фауне. *Службени гласник РС*. Бр. 31 (2005), 45 (2005), 22 (2007), 38 (2008), 9 (2010) и 69 (2011)

Fauna Europaea: Name Search, Retrieved 11, April 2014, from <http://www.faunaeur.org>

Fauna of Europe, Retrieved 30, April 2014, from http://en.wikipedia.org/wiki/Fauna_of_Europe

Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (No 104). Retrieved 30, April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/104.html>

Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (No 104). Retrieved 30, April 2014, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/HTML/104.html>

Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS). Retrieved 28, April 2014, from <http://www.cms.int/en/node/3916>

Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora (OJ L 206/7, 22. 07. 1992). Retrieved 25, April 2014, from <http://eur-lex.europa.eu>

Wieringa, K. (ed.). 1995. Environment in the European Union 1995: Report for the Review of the Fifth Environmental Action Programme. European Environment Agency/EUROSTAT

Nataša Stojanović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

General Legal Framework for The Presevation of European Wildlife and Natural Habitats

Summary

In the European Union territory, a number of legal sources for the protection of wildlife and their natural habitats have been applied. On one hand, there are legal documents, having different legal strength, which provide protection to all wildlife species and their natural habitats in a general manner. On the other hand, there are a number of regulations, also having different strength, which only protect individual components of wildlife or only treat individual aspects within the domain of their legal protection.

Obviously, the relevant provisions of the Law on the Protection of Nature, the Ordinance on the Ecological Network and the Rulebook on Habitat Types, the Criteria for the Selection of Habitat Types, on Sensitive, Endangered, Rare and Priority for Protection Habitat Types and on the Protection Measures for their Conservation of the Republic of Serbia indicate their conformity, in terms of their contents, with the Directive 92/43/EEC to a great extent.

However, a great deal of work lies ahead since the Republic of Serbia must, by the time it enters the European Union, enlist and categorise, in accordance with the Criteria stated in the Directive, the natural types of habitats, referred to in Annex I, and the habitats of species, referred to in Annex II to this legal source, in order to become a part of Natura 2000 - a European ecological network.

Meanwhile, the Serbian norm setter must eliminate the observed instances of incompleteness in the following relation: the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats and the Law on Nature Protection and "fight down" the practice of taking over specific formulations from one legal source and entering them into other legal sources, as well as needlessly repeating the clarifications of meaning of specific terms in numerous legal documents.

Key words: wildlife, natural habitats, European Union's legislation, Serbian regulations.

Михајло Цветковић*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Борђе Л. Николић*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.56:614.25

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗБОГ НЕПРИМЕНЕ НЕОПХОДНИХ МЕДИЦИНСКИХ СРЕДСТАВА**

Апстракт: Данашња медицина се уопште не може ни замислити без одговарајућих медицинских средстава. Њихово поседовање не само што је неопходно за оснивање здравствених установа и приватне праксе већ је и њихова општа дужност да у обављању здравствене делатности користе што савременија медицинска средства. Међутим, њихова примена није увек безбедна, јер је често прате и извесни ризици по здравље и живот пацијента. При томе, најчешће се дешава да пацијент претрпи штету у вези са применом медицинског средства. Али он може бити оштећен и неприменом неопходног медицинског средства. У овом раду је изложена само одговорност здравствених установа и приватне праксе за штету коју пацијент претрпи због непримене неопходног медицинског средства, при чему се издвајају два посебна случаја такве одговорности. У првом, здравствена установа одговара за штету проузроковану одбијањем да пружи здравствену услугу због тога што не поседује неопходно медицинско средство, док у другом она одговара за штету проузроковану извршењем здравствене услуге без неопходног медицинског средства.

Кључне речи: грађанскоправна одговорност, медицинска средства, право на заштиту здравља, јавне службе, лекарска грешка, кривица, неуговорна одговорност, одговорност у вези са обавезом закључења уговора, *culpa in contrahendo*.

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

* djonik@prafak.ni.ac.rs

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

1. Уводне напомене

Живот и здравље човеково угрожавају многобројне опасности. Медицина је ту да га од њих заштити и да му помогне. Али и она сама узрокује опасна стања по пацијенте, иако се, још од најстаријих дана, руководи начелом *primum non nocere* (прво је не шкодити). Са развојем медицине значајно се смањује ризик којим прете болести, али се истовремено повећава ризик услед лечења. Њега не изазивају само стручне грешке медицинара него и медицински поступци ризични сами по себи. Они се користе нарочито од половине 19. века када отпочиње век хирургије, век тзв. агресивне медицине. Она се заснива на технизацији, на свакодневной употреби најразличитијих медицинских средстава. Огроман напредак у медицини у великој мери се приписује баш софистицираној техничкој опреми. Захваљујући савременим медицинским средствима дијагноза се поставља брже и прецизније, а лечење и рехабилитација се остварују ефикасније, успешније и безбедније. Масовна употреба технике утиче и на промену односа између лекара и пацијента у смислу његове све веће деперсонализације и претварања у однос између уређаја и пацијента (Радишић, 2004: 205; Klarić, 2002: 68). Пацијент је раније веровао искључиво у свог лекара, а данас верује готово више у медицинску технику.

Међутим, употреба многих савремених медицинских средстава није ни сасвим поуздана, ни потпуно безопасна. Искуство показује да се, чак ни применом најбољих техничких и технолошких достигнућа, не могу увек осигурати искључиво позитивни резултати. Штете пацијената честе су и скоро неизбежне, притом настају у веома различитим околностима. Најчешће се дешава да пацијент претрпи штету у вези са применом медицинског средства. Али, он може бити оштећен и неприменом неопходног медицинског средства које је медицинска установа или приватна пракса, сагласно усвојеном стандарду, била дужна да поседује и употребљава. Међутим, људи имају природну склоност да јаче осуђују повреде изазване чињењем, него нечињењем, нпр. смрт услед вакцинације се перципира горе од смрти због болести јер умрли није био вакцинисан (Hayward, 2005: 686).

Иако недвосмислено произлази из опште забране проузроковања штете дугоме (*neminem laedere*),¹ право пацијента на накнаду штете која му је у вези са лечењем проузрокована повредом тела или погоршањем његовог здравственог стања представља и једно од основних пацијентових права.²

1 Чл. 16 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29, 39/85, 45/89, 59/89; *Сл. лист СРЈ*, 31/93, у наставку 300.

2 Чл. 31 Закона о правима пацијената, *Сл. гласник РС*, 45/2013; Чл. 29 *Zakona o zaštiti prava pacijenata, Narodne novine Republike Hrvatske*, 169/2004.

Међутим, прописи који предвиђају то право не садрже детаљније одредбе за његово остварење, већ редовно упућују на примену општих правила о одговорности за проузроковану штету. То значи да одговорност за штету коју пацијент претрпи у вези са медицинским средством, као и одговорност за штету коју пацијент претрпи приликом лечења уопште, није посебно регулисана, тако да се готово свуда одвија према општим правним правилима о одговорности (Радишић, 2007: 24). То је случај и са правом Републике Србије у којем се само начелном одредбом Закона о правима пацијената прописује: „Пацијент који због стручне грешке здравственог радника, односно здравственог сарадника, у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом телу, или се стручном грешком проузрокује погоршање његовог здравственог стања, има право на накнаду штете према општим правилима о одговорности за штету.“³ За разлику од српског Закона о правима пацијената који право на накнаду штете условљава стручном грешком здравственог радника или здравственог сарадника, чиме се имплицира само одговорност по основу кривице, хрватски Закон о заштити права пацијената садржи практичније решење, јер прописује да пацијент „има право на накнаду штете у складу са општим правилима облигационог права“,⁴ тако да хрватска правна теорија и судска пракса стоје на становишту да пацијент може да захтева накнаду штете како према правилима о одговорности по основу кривице, тако и према правилима о одговорности за опасне ствари и опасне делатности (Klarić, 2003: 390–396; Crnić, 2009: 92–97).⁵

Као квалитативни проблеми, медицинске грешке се деле на грешке чињењем и грешке нечињењем. У прву групу спада прекомерна или погрешна употреба лека или медицинског средства, што проузрокује тзв. јатрогену штету. Другу групу чине случајеви неупотребе или недовољне употребе лекова и медицинских средстава. Штета је ту последица болести и могла је бити спречена оптималном здравственом услугом (Hayward, 2005: 687).

Значајан проценат медицинских грешака су грешке нечињењем, нарочито када се ради о хроничним болесницима, али је овај проблем у литератури слабо обрађен (Hayward, 2005: 686). Код дијабетеса грешке нечињењем су три пута учесталије него све остале грешке чињењем у посматраном узорку (Hayward, 2005: 690). По другом истраживању лекарске грешке нечињењем дупло су чешће него грешке чињењем. Између осталих ту

3 Чл. 31. ст. 1. Закона о правима пацијената, *Сл. гласник РС*, 45/2013.

4 Чл. 29 Закона о заштити права пацијената, *Narodne novine Republike Hrvatske*, 169/2004.

5 Одлука Уставног суда Републике Хрватске број У-III-1062/2005 од 15. новембра 2007, објављена у *Народним новинама Републике Хрватске* 1/08 од 2. јануара 2008.

спадају: пропуштена дијагноза, закаснили преглед, недавање терапије, недовољно прикупљање информација из медицинске документације, неспроведена дијагностика, „слаба“ терапија (Weingart, 2000: 774). Њихов број ће се још повећавати, како са развојем медицине расте улога и разноврсност медицинских средстава.

2. Обавеза да се поседују и употребљавају неопходна медицинска средства

Због огромне важности медицинских средстава за пружање здравствених услуга, односно за очување, унапређење и враћање здравља, лекари и здравствене установе морају имати и употребљавати медицинска средства за њихов рад потребна (Радишић, 2004: 205; Радишић, 2007: 208). С обзиром на то, логично је што су оснивање и рад медицинских установа и приватне праксе готово незамисливи без одговарајућих медицинских средстава. У том смислу Закон о здравственој заштити изричито прописује да здравствена установа, односно приватна пракса могу обављати здравствену делатност, односно одређене послове здравствене делатности само ако, између осталог, имају дијагностичку, терапијску и другу опрему за безбедно и савремено пружање здравствене заштите за делатност за коју су основане,⁶ као и одговарајуће врсте и количине медицинских средстава.⁷ Од изузетног је значаја и дужност здравствених установа и приватне праксе да у спровођењу здравствене заштите „примењују научно доказане, проверене и безбедне здравствене технологије у превенцији, дијагностици, лечењу и рехабилитацији,⁸ с тим што се под здравственим технологијама, између осталог, подразумевају и „безбедни, квалитетни и ефикасни лекови и медицинска средства“.⁹

Сви наведени прописи недвосмислено упућују на закључак да здравствене установе морају имати одговарајуће врсте и количине медицинских средстава, која су безбедна, квалитета и ефикасна, тако да обезбеђују безбедно и савремено пружање здравствене заштите. Не може се захтевати од болнице да поседује најновије медицинско средство које је још у експерименталној фази развоја, али се очекује да поседује средство доступно на тржишту чија је ефикасност неспорна (Watson, 1981: 881).

6 Чл. 49 ст. 1 тач. 2, као и чл. 58 ст. 1. тач. 2. Закона о здравственој заштити, *Сл. гласник РС*, 107/2005, 72/2009 - др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011 I 119/2012), у наставку 333.

7 Чл. 49 ст. 1 тач. 4, као и чл. 58 ст. 1 тач. 4 333.

8 Чл. 67 ст. 1 333.

9 Чл. 67 ст. 2 333.

Ближе услове у погледу медицинских средстава, односно опреме неопходне за оснивање и обављање здравствених делатности прописује министар.¹⁰ Он је то учинио посебним правилником који прописује да се здравствена установа, односно приватна пракса може основати само ако има одговарајућу опрему утврђену у Листи опреме за обављање здравствене делатности која је саставни део правилника.¹¹ При томе, опремљеност зависи од врсте здравствене установе, садржаја њене делатности, величине здравствене установе и других услова неопходних за рационално коришћење медицинских средстава.

Министарство решењем утврђује да здравствена установа, односно приватна пракса, испуњава услове прописане законом у погледу опреме за обављање здравствене делатности.¹² Оно доноси и решење о привременој забрани рада или о привременој забрани обављања одређених послова здравствене делатности ако здравствена установа, односно приватна пракса не испуњавају услове прописане законом у погледу опреме.¹³

Обавеза здравствених установа и приватне праксе да поседују и употребљавају одређену опрему и медицинска средства, која су безбедна и савремена, у корелацији је са правом пацијената на квалитет пружања здравствене услуге, јер се Законом о заштити пацијената предвиђа да „пацијент има правона благовремену и квалитетну здравствену услугу, у складу са здравственим стањем и утврђеним стручним стандардима“.¹⁴

У *commonlaw*-у критеријум за оцену опремљености болнице се временом мењао. Здравствена установа треба да је опремљена као и сличне установе у блиском окружењу (тзв. локални стандард). Касније, са развојем саобраћаја праг је подигнут, установа треба да је опремљена као друга просечна установа лако доступна пацијенту путном инфраструктуром. Најзад, усвојен је национални стандард који зависи од величине болнице и специјализације запослених лекара (нпр. ако је медицинско средство

10 Чл. 49 ст. 3 ЗЗЗ, као и идентична одредба из чл. 58 ст. 3 истог закона, за приватну праксу.

11 Чл. 43 Правилника о ближим условима за обављање здравствене делатности у здравственим установама и другим облицима здравствене службе (*Сл. гласник РС*, 43/06, 112/09, 50/10 и 79/11), чији је саставни део и Листа опреме за обављање здравствене делатности, као и чл. 56 Правилника о условима за израду галенских лекова (*Сл. гласник РС*, 10/12) и чл. 14 Правилника о ближим условима у погледу кадра, опреме и простора за обављање трансфузиолошке делатности, односно одређених послова трансфузиолошке делатности, *Сл. гласник РС*, 119/12.

12 Чл. 51 ст. 1, као и чл. 59 ст. 1 ЗЗЗ.

13 Чл. 53 ст. 1 тач. 1, као и чл. 65 ст. 1 тач. 1 ЗЗЗ.

14 Чл. 9 ст. 1 Закона оправима пацијената.

убичајено у великим, добро опремљеним специјалним болницама, не захтева се да га поседују и мање, опште болнице). Са друге стране, заступљено је и мишљење да је болница одговорна због непоседовања медицинског средства које се редовно очекује с обзиром на његову исплативост, а без обзира на чињеницу да ли га поседују сличне болнице (Watson, 1981: 880)

3. Одговорност због непримене неопходних медицинских средстава

Ако се медицинска грешка дефинише само као поступак лекара који одступа од медицинског стандарда и који је штетан за пацијента, онда се занемарују грешке нечињењем. Зато се предлаже следећа дефиниција: медицинска грешка је нечињење или чињење у планирању или извршењу које проузрокује или је могло да проузрокује нежељене последице по пацијента. Дакле, могуће је да и поред грешке штета не настане, па нема ни одговорности (*injuriasinedamno*) (Grober, 2005: 41). Нечињење лекара је медицинска (лекарска) грешка која повећава ризик да пацијент претрпи штету због напредовања своје болести. Нечињење најчешће доводи до погоршања стања на које се пацијент жали (медицинске компликације). У нечињење спада и недовољно чињење, када је пацијенту ускраћена одређена интервенција, терапија или дијагностички тест (Hayward, 2005: 687). Постоји и идеја да медицинску грешку не треба дефинисати посебно већ да је она обухваћена појмом професионалне грешке (Цветковић, 2012: 284).

Када је штета проузрокована чињењем, треба истражити шта би се десило да штетник није поступио (ситуација без штетне радње). Код штете нечињењем треба истражити шта би се десило да је штетник учинио то што је пропустио (хипотеза) (Stauch, 2011: 219).

Опрема и остала медицинска средства које здравствене установе и приватна пракса морају имати, саставни су део њихове здравствене делатности, јер се само применом одређене опреме и медицинских средстава може обезбедити и одговарајући квалитет, односно стандард медицинских услуга, који здравствене установе дугују својим пацијентима. Из обавезе да их морају поседовати, односно да морају обезбедити одговарајући квалитет здравствених услуга, логично и недвосмислено следи и обавеза здравствених установа да опрему и друга медицинска средства употребљавају увек кад је то неопходно, тј. медицински индиковано. Повреда те обавезе представља повреду правила лекарске науке и струке, тј. лекарску грешку (Радишић, 2004: 206; Радишић, 2007: 208), која са великом вероватноћом указује на недовољну пажњу (Караникић

Мирић, 2013: 630),¹⁵¹⁶односно непажњу као облик кривице, што је један од услова одговорности здравствених установа за штету коју таквим понашањем проузрокују пацијентима. То може бити како одговорност за штету проузроковану одбијањем да се изврши здравствена услуга због непоседовања неопходног медицинског средства, тако и одговорност за штету проузроковану извршењем здравствене услуге без неопходног медицинског средства. Болнице су дужне да обезбеде материјалне услове и медицинска средства, док лекари дугују стручност (Watson, 1981: 882).

3.1. Одговорност у случају одбијања да се изврши здравствена услуга због непоседовања неопходног медицинског средства

У области здравствене делатности коју обавља, здравствена установа, по правилу, не би смела да предузме здравствену услугу без медицинског средства које је неопходно (медицински индиковано). Такав њен поступак, противан правилима медицинске науке и струке, имао би карактер лекарске грешке, али и кривице, јер одступа од неопходне професионалне пажње (пажња доброг стручњака).¹⁷ Да би се таква грешка избегла, здравствена установа, која не поседује медицинско средство неопходно за пружање здравствене услуге, треба да упути пацијента у здравствену установу која такво медицинско средство поседује (Стојановић, 2010: 221). Према томе, лекар поступа непажљиво уколико предузме или настави одређено лечење иако је пацијента морао да упути у другу здравствену установу, која има одговарајуће или боље и савременије медицинско средство (Сјеничић, 2012: 127–128).

У сваком случају, сасвим је разумљиво да је свака здравствена установа па, самим тим, и она која не поседује неопходно медицинско средство, дужна да пацијенту укаже хитну медицинску помоћ.¹⁸ Ако пацијента одмах

15 „Повреда правила струке наговештава кривицу (Караникић-Мирић, 2013: 630). „Поступање *contra legemartis* је индикатор кривице, оно наговештава кривицу, али поступање *lege artis* у најужем смислу још увек не значи да кривице нема (Караникић-Мирић, 2013: 633).

16 Увођење стручне (лекарске) грешке у структуру грађанскоправне деликтне одговорности за штету један део правне теорије оцењује као сувишно „удвостручавање субјективног елемента који би се једном означавао као кривица, а у неким другим случајевима као стручна грешка (лекарска грешка) (Орлић, 2012: 26–27).

17 „Ако се, примера ради, лекар определи за поступак за који му недостају посебни инструменти, ... , онда он не поступа као разборит и пажљив стручњак. (Караникић-Мирић, 2013: 634).

18 Чл. 62 тач. 1333 прописује да је приватна пракса дужна да пружи хитну медицинску помоћ свим грађанима, а чл. 88 ст. 1 тач. 8 истог закона да здравствена делатност на

упути у другу здравствену установу, а да сама претходно не предузме све мере ради отклањања опасности од пацијента које су биле примерене околностима и могуће, здравствена установа крши дужност пружања хитне медицинске помоћи (Радишић, 2004: 120), што повлачи и њену одговорност за штету.

Тиме што је пацијента упутила у другу установу, здравствена установа која није имала неопходно медицинско средство избегава евентуалну одговорност за штету коју би пацијенту могла проузроковати предузимањем здравствене услуге без неопходног медицинског средства, али то не значи да се ослобађа сваке одговорности. Напротив, ако се ради о здравственој установи која је, с обзиром на врсту установе којој припада, морала поседовати одређено медицинско средство, и ако је она, на основу закона, а у великом броју случајева и на основу уговора са Републичким фондом за здравствено осигурање, била дужна да пацијенту пружи здравствену услугу, односно да са пацијентом закључи уговор о лечењу, онда она може одговарати за штету коју пацијент претрпи због њеног одбијања да му пружи здравствену услугу.

Одговорност здравствене установе за штету коју пацијент претрпи због њеног одбијања да му пружи здравствену услугу могла би се појмити као неуговорна одговорност због повреде општег права на заштиту здравља, прокламованог у међународним уговорима и декларацијама,¹⁹ а конкретизованог у границама појединих држава. У Србији је право на заштиту здравља заштићено Уставом Републике Србије.²⁰ Сличну прокламацију садржи и Закон о здравственој заштити,²¹ с тим што он посебно инсистира на начелу свеобухватности здравствене заштите, према којем су у систем здравствене заштите укључени сви грађани Републике

примарном нивоу обухвата хитну медицинску помоћ и санитетски превоз.

19 У Статуту Светске здравствене организације се наводи да је њен трајан задатак „достизање највишег стандарда здравља свих народа. У њему се здравље проглашава „једним од основних и неotuђивих права сваког човека, без обзира на разлике у раси, религији, политичком убеђењу, економском и друштвеном положају. И у Резолуцији Светске здравствене организације, из 1970. (23. скупштина), прокламује се да је „право на здравље основно људско право“.

20 „Свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља. (чл. 68 ст. 1 Устава РС од 2006. године).

21 Чл. 3 333 прописује: „Грађанин РС, као и друго лице које има пребивалиште или боравиште у Републици, има право на здравствену заштиту, у складу са законом, и дужност да чува и унапређује своје и здравље других грађана, као и услове животне и радне средине“.

Србије,²² као и на начелу сталног унапређења квалитета.²³ Право на заштиту здравља се конкретније уређује Законом о правима пацијената који, поред опште одредбе да се пацијенту „гарантује једнако право на квалитетну и континуирану здравствену заштиту у складу са његовим здравственим стањем, општеприхваћеним стручним стандардима и етичким начелима, у најбољем интересу пацијента и уз поштовање његових личних ставова“,²⁴ предвиђа и неколико конкретнијих манифестација права на заштиту здравља.²⁵ Све то недвосмислено упућује на закључак да право на заштиту здравља није само једна пука прокламација већ субјективно лично право које настаје рођењем, а престаје смрћу (Радишић, 2004: 44). Такав карактер права на заштиту здравља законским прописима није најјасније изражен, јер се, као корелат тог права, изричито не прописује обавеза здравствених установа и приватне праксе да здравствене услуге пружају свим грађанима.²⁶ Ипак, чини се, да таква обавеза здравствених установа и приватне праксе недвосмислено произлази из општег права на заштиту здравља, као и из одредбе да се здравствене установе и приватна пракса „оснивају ради спровођења и обезбеђивања здравствене заштите“.²⁷ Они су, и као делови здравствене службе, која има карактер јавне службе,²⁸ дужни да, у оквиру своје делатности,²⁹ пружају здравствене услуге свим грађанима.³⁰ С обзиром на то, уколико грађанину ускрате

22 Чл. 21333.

23 Чл. 23 333.

24 Чл. 3 ст. 1 Закона о правима пацијената (*Сл. гласник РС*, 45/2013).

25 Право на доступност здравствене заштите (чл. 6), право на превентивне мере (чл. 8), право на квалитет пружања здравствене услуге (чл. 9) и право на слободан избор (чл. 12).

26 За разлику од актуелног, претходни Закон о здравственој заштити (*Сл. гласник РС*, 17/1992 и 25/1996) обавезивао је само здравствене установе у државном власништву на пружање здравствених услуга свим грађанима.

27 Чл. 6333.

28 Чл. 1 Закона о јавним службама (*Сл. гласник РС*, 41/91 и 71/94. В. чл. 190. Закона – 79/2005-12) предвиђа да се под јавном службом сматрају „установе, предузећа и други облици организовања одређени законом, који обављају делатности односно послове којима се обезбеђује остваривање права грађана односно задовољавање потреба грађана и организација, као и остваривање другог законом утврђеног интереса у одређеним областима.

29 Чл. 3 Закона о јавним службама предвиђа да се ради обезбеђивања остваривања права утврђених законом установе образују, између осталог, и у области здравствене заштите.

30 Такав закључак недвосмислено произлази и из одредаба Закона о јавним службама које прописују да се установе образују ради обезбеђивања остваривања права утврђених законом и остваривања другог законом утврђеног интереса у области за

пружање здравствене услуге, здравствене установе и приватна пракса скраћују његово лично право на заштиту здравља, што је поступак противправан већ сам по себи (Радишић, 2008: 222).

Одговорност здравствене установе због одбијања да изврши медицинску услугу из области делатности за коју је основана, могла би се појмити и као одговорност у вези са обавезом закључења уговора, која се у праву Републике Србије предвиђа као један од посебних случајева одговорности.³¹ Тој одговорности излаже се лице које, на захтев заинтересованог лица, без одлагања не закључи уговор који је по закону било дужно да закључи. Таква обавеза једне стране предвиђа се ради нужног остварења одређених опште друштвених и појединачних интереса (Vizner, 1978: 160; Перовић, 1995: 424) и односи се на сваколице која обавља делатност која има карактер јавне службе (Драшкић, 1980: 106; Драшкић, 1995: 64; Перовић, 1995: 424), као што је то случај и са здравственим установама и приватном праксом. С обзиром на то да су по самом закону обавезне на пружање здравствене услуге из области делатности којом се баве, здравствене установе и приватна пракса су, самим тим, у обавези и да закључе уговор о пружању такве здравствене услуге, ако то пацијент захтева. У том смислу се и у правној теорији наводи да би одговорност у вези са обавезом закључења уговора, с обзиром на то да се заснива на неизвршењу законске обавезе на одређено чињење, постојала чак и у случају да законом није предвиђена, јер произлази из општих правних начела (Радишић, 2008: 267).

Одговорност у вези са обавезом закључења уговора је један од посебних случајева одговорности који, иако је у 300 распоређен у оквиру неуговорне одговорности, неки аутори квалификују као тзв. предуговорну одговорност (*culpa in contrahendo*) (Цигој, 1980: 507; Vizner, 1978: 823). Међутим, за разлику од предуговорне одговорности где се, по правилу, дугује накнада штете у облику тзв. негативног интереса (Радишић, 2008: 110), поједини аутори сматрају да код одговорности у вези са обавезом закључења уговора оштећени има право на накнаду тзв. позитивног интереса, што значи да добијеном накнадом треба да се доведе у имовински положај као да је уговор закључен и извршен (Драшкић, 1980: 107; Драшкић, 1995: 65; Салма, 2001: 504). У том смислу се и наводи да предлог заинтересованог лица да се закључи уговор представља, у ствари, прихват који аутоматски доводи до закључења уговора, тако да тужба коју тада има лице које није добило услугу од лица које је по закону било дужно да му је пружи, јесте

коју су образоване (чл. 3. ст. 1), као и да установе обављају своју делатност „на начин којим се обезбеђује уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права грађана и организација и задовољавање потреба корисника (чл. 8. ст. 1).

31 Чл. 183300.

тужба за испуњење обавезе из пуноважног уговора (Драшкић, 1980: 107; Драшкић, 1995: 65).³²

Да би одбијање да пацијенту пружи здравствену услугу, односно да са њим закључи уговор о њеном пружању довело до грађанскоправне одговорности здравствене установе, неопходно је да услед таквог одбијања пацијент претрпи штету, да између одбијања и штете постоји узрочна веза, као и да је одбијање скривљено од стране лекара или другог запосленог здравствене установе.

Штете које пацијент претрпи услед одбијања здравствене установе да му пружи здравствену услугу обично су мање вредности у виду путних трошкова, трошкова лечења и изгубљене зараде. Али, то могу бити и веома озбиљне имовинске и неимовинске штете услед оштећења здравља или смрти пацијента, проузроковане упућивањем пацијента у другу здравствену установу. Оно редовно доводи до одлагања здравствене услуге, што за пацијента може бити погубно, јер такво одлагање често представља главни узрок штете.

Посебан проблем код ове одговорности здравствених установа представља доказивање узрочне везе. Он је посебно изражен зато што се ради о штети проузрокованој нечињењем које, код неуговорне одговорности, нема значај узрока у сваком случају (Радишић, 2008: 209). Да би здравствена установа одговарала за штету коју пацијент претрпи због њеног одбијања да му пружи здравствену услугу, неопходно је, пре свега, да се ради о здравственој установи у чију делатност спада пружање захтеване здравствене услуге, што укључује и поседовање одговарајућег медицинског средства. Таква здравствена установа је, према свим напред наведеним законским прописима, дужна да пацијенту пружи захтевану здравствену услугу, односно да штету од њега одговарајућом мером отклони (Радишић, 2008: 209), јер у супротном ствара услове за оштећење пацијента (*Qui occasione praestat, damnum facisse videtur*) (Стојчевић, Ромац, 1989: 429).³³ С друге стране, ако се одговорност здравствене установе појми као одговорност у вези са обавезом закључења уговора, онда уопште није спорно да је здравствена установа, по закону дужна да пацијенту пружи одговарајућу здравствену услугу, по истом том закону дужна је и да са пацијентом, кад овај то захтева, без одлагања закључи уговор о пружању такве

32 И у вези са чл. 34 300 Драшкић (1995: 66) сматра да потрошач који изјави жељу да купи робу изложу са ценом не чини понуду, већ изјављује прихват и тиме доводи до закључења уговора, с тим што се захтев за закључење уговора сматра захтевом за његово извршење.

33 (Paulus – D. 9, 2, 30, 3). Ко ствара услове за штету, сматра се да ју је сам причинио.

здравствене услуге. Уз то, неопходно је и да пацијент докаже да је лекар, у датој ситуацији и при објективно потребној пажњи, био у могућности да применом неопходног медицинског средства штету спречи или барем умањи (Радишић, 2008: 210). При томе се утврђује претпостављена узрочна веза (Радишић, 2008: 210), што значи да се испитује које последице не би наступиле да је захтевана здравствена услуга пружена. Овај доказ за пацијента може да буде веома тегобан, јер се ради о пропуштању одређене радње, где директан доказ између тог пропуштања и настале штете није ни могуће извести (Gross, 1987: 195). Због тога се сматра да су у тим случајевима довољни и индиректни докази, тј. индиције (Радишић, 2004: 180). Узрочна веза сматра се утврђеном ако пацијент докаже да одбијање да му се пружи здравствена услуга, што доводи и до њеног одлагања, према сазнању медицинске науке и лекарског искуства, у конкретној ситуацији води типично ка насталој штети. Довољан је, дакле, висок степен вероватноће, уместо апсолутног доказа. С друге стране, здравствена установа има могућност да се ослободи одговорности уколико докаже да се у конкретном случају тај типичан каузални развој није остварио, него да је реч о атипичном исходу (Gross, 1987: 236–237), тј. о последицама које нису адекватне (Радишић, 2008: 210).

У принципу, теза да је нечињење узрок одређене последице није спорна. Међутим, класично резонување није од користи када постоји вишеструко пропуштање. На пример, нелечена болест ће пацијенту нанети штету. Лечење је могуће, али захтева да истовремено, доктор А употреби једно, а доктор Б друго медицинско средство. Лекари не учине ништа. Сваки лекар тврди да његов пропуст није узрок јер би штета свакако настала због нечињења другог колеге (Stauch, 2011: 215).

Положај оштећеног пацијента се у судској пракси појединих европских земаља олакшава помоћу доказа на први изглед (*prima facie*),³⁴ као и помоћу премештаја терета доказивања због губе лекарске грешке.³⁵ Уз то, интересантно је да поједини аутори сматрају да, за разлику од штета проузрокованих чињењем (активним поступком), код штета

34 Радишић (2007: 312) такав доказ везује за случај кад пацијентова штета, према медицинском искуству, представља типичну последицу грешке у лечењу. На основу таквог доказа, иако није довољан да увери суд да је лекар начинио грешку која је пацијенту узроковала штету, суд може да стекне уверење да је „начињена стручна грешка и да је она узрок штете пацијентове, тако да је ствар лекара да ту претпоставку обори или барем пољуља, тиме што ће доказати да је у конкретном случају био могућ и атипичан развој“.

35 Радишић (2007: 314) указује на праксу немачких судова који допуштају да се пацијент ослободи терета доказивања узрочне везе ако му је штета проузрокована грубом лекарском грешком.

проузрокованих нечињењем (пасивним поступком) терет доказивања треба да сноси одговорно лице (Цигој, 1978: 411; Цигој, 1980: 404).

Одговорност због одбијања да се изврши здравствена услуга због непоседовања неопходног медицинског средства, без обзира да ли се поима као неуговорна или као одговорност у вези са обавезом закључења уговора, заснована је на кривици.³⁶ Међутим, у српском праву се, за разлику од већине других права, штетникова кривица претпоставља и код неуговорне одговорности,³⁷ тако да здравствена установа која је одбила да изврши здравствену услугу, односно да закључи уговор о пружању такве услуге, може да се ослободи одговорности ако докаже да није крива, тј. да из оправданог разлога тренутно није имала медицинско средство које је, иначе, било неопходно. Иако се у одредби о одговорности у вези са обавезом закључења уговора то изричито не предвиђа, ова могућност ослобађања је сасвим логична и природна, тако да се у правној теорији и не доводи у питање.³⁸ С обзиром на то, уколико не пружи доказ да је њен поступак оправдан, здравствена установа која је пацијенту ускратила пружање здравствене услуге или је одбила да закључи уговор о пружању такве услуге, одговорна је за насталу штету, јер се узима да је крива, тј. да се у датим условима није понашала са потребном пажњом доброг стручњака.³⁹

Уколико пацијент претрпи штету због тога што је са непотребним одлагањем захтевао здравствену услугу од здравствене установе у коју је упућен, онда он својим понашањем доприноси да штета настане или да буде већа него што би иначе била, што доводи до тзв. подељене одговорности између пацијента и здравствене установе која му је неоправдано ускратила пружање здравствене услуге. У том случају пацијент има право само на сразмерно смањену накнаду.⁴⁰ Ако се не може утврдити који део штете потиче од оштећеникове радње, суд ће досудити накнаду водећи рачуна о околностима случаја.⁴¹ Али, да би такво понашање оштећеног могло да

36 Антић (2007: 478) наводи да је одговорност у вези са обавезом закључења уговора врста субјективне одговорности.

37 Чл. 154 ст. 1. 300 прописује: „Ко другоме проузрокује штету, дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.“

38 У том смислу се наводи да је „само по себи разумљиво да одбијање закључења уговора треба да буде неоправдано (Радишић, 2008: 267), односно да је „нужно да је одбијање било неосновано“ (Лоза, 2000: 248).

39 Чл. 18 ст. 2300.

40 Чл. 192 ст. 1300; Радишић (2004: 187; 2007: 110) помиње у том смислу сукривицу пацијента због које пацијент може бити потпуно лишен права на обештећење или добија само делимичну надокнаду.

41 Чл. 192 ст. 2300.

утиче на умањење одговорности здравствене установе, неопходно је да она упозори пацијента упућеног у другу здравствену установу на претеће ризике уколико благовремено не захтева пружање неопходне здравствене услуге, с тим што се изостанак упозорења не може приписати пацијенту због тога што лекара није о томе питао (Радишић, 2004: 188; Радишић, 2007: 110). Лекар је дужан да провери обавештеност пацијента и да га упозори на ризике, како пацијент не би шкодио самом себи (Deutsch, Spickhoff, 2003: 228).

3.2. Одговорност због здравствене услуге извршене без медицинског средства чија је употреба била неопходна

Из обавезе да их поседују, односно да обезбеде одговарајући квалитет здравствених услуга, логично и недвосмислено следи и обавеза здравствених установа и приватне праксе да опрему и друга медицинска средства употребљавају увек кад је то неопходно, тј. медицински индиковано. Повреда те обавезе представља лекарску грешку (Радишић, 2004: 206; Радишић, 2007: 208) која доводи до одговорности здравствених установа за штету пацијентима. У ствари, ради се о скривљеном поступку, јер је очигледно да предузимањем здравствене услуге без неопходног медицинског средства лекар занемарује неопходну пажњу доброг стручњака.⁴²

Суд лакше утврђује одговорност ако процени да би употреба медицинског средства вероватно помогла пацијенту. То нарочито важи за почетак лечења, јер је рана и тачна дијагноза пресудна. Медицинска средства значајно олакшавају тај први корак, па пропуст да се одмах употребе носи најтеже последице. Када се ради о уобичајеној болести, коју је лако дијагностификовати обичним прегледом, више се ради о класичној професионалној грешци лекара него о неупотреби медицинског средства. Са друге стране, у компликованим случајевима медицинско средство је незаменљиво за тачну дијагнозу. Што је дијагностички потенцијал медицинског средства већи, то је пропуст да се оно искористи тежи (Watson, 1981: 882).

У свим случајевима када је пацијентима проузрокована штета медицинском услугом извршеном без медицинског средства чија је употреба била медицински индикована, грешка лекара здравствене установе је очигледна, претпоставку своје кривице она тешко може да обори, а сматра се и да је узрочна веза утврђена ако таква грешка, према сазнању медицинске науке и лекарског искуства, води типично ка насталој штети. Међутим, с

42 Чл. 18 ст. 2300.

обзиром да се ради о лекарској грешци која се своди на пропуштање, где апсолутни доказ узрочне везе није увек могућ, здравственим установама остаје могућност да се ослободе одговорности уколико докажу да је штета последица неког другог узрока, који није у вези са неприменом медицинског средства. У том смислу је и у образложењу једне судске одлуке из раније југословенске судске праксе, без икаквих дилема у погледу постојања узрочне везе, лекарске грешке и кривице, наведено: „здравствена установа која нема техничких услова за предузимање хируршке интервенције уз посебне гаранције, па исту предузме, одговорна је за насталу штету“.⁴³ Суд је, очигледно, с обзиром на утврђену узрочну везу између непримене медицинских средстава и настале штете, стао на становиште да је такво понашање лекара здравствене установе скривљено, јер је било очигледно да се они у датим околностима нису понашали онако како је требало, тј. са потребном пажњом доброг стручњака. Лекар је немаран ако не користи њему доступно медицинско средство, што би добар стручњак учинио (Watson, 1981: 881).

Одговорност за штету проузроковану медицинском услугом извршеном без медицинског средства чија је употреба била медицински индикована поприма и једну особеност у случају кад се ради о непримени медицинског средства које је, иначе, медицинска установа поседовала. У том случају, немачка судска пракса стала је на становиште да лекар чини грубу грешку ако постојеће медицинско средство за терапију не користи, иако је његово коришћење медицински индиковано.⁴⁴ На основу такве квалификације лекарске грешке, у судској пракси појединих европских земаља се терет доказивања узрочне везе преваљује на здравствену установу, тако да она треба да доказује да штета није настала као последица непримене одговарајућег медицинског средства већ да је неки други узрок изазвао штету (Deutsch, 1988: 1).

Излагање пацијента неопростивом и претешком ризику некоришћењем медицинског средства је пропуст, чак и када је његова употреба неуобичајена. У једној парници суд је утврдио непажњу лекара јер није измерио пацијентов очни притисак расположивим и распрострањеним апаратом. Медицински стандард не налаже такав преглед пацијента млађег од 40 година. Тридесетдвогодишњак је пет година добијао погрешну терапију, када је коначно дијагностификован глауком. Суд је образложио да је тест релативно јефтин, лако изводљив, тачан и безопасан. Тешка последица глаукома, тј. трајно слепило, захтева тест без обзира

43 Одлука Врховног суда Словеније од 1968. године, Збирка судских одлука, књ. XVII, св. 4, одлука 464.

44 Одлука Савезног врховног суда Немачке од 30.5.1989. (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 1520).

на медицински стандард. У обзир треба узети доступност медицинског средства, хипотетички учинак његове употребе у конкретном случају, али и трошкове (Watson, 1981: 880).

4. Закључак

У данашњим условима се тешко може замислити успешно, безбедно и квалитетно лечење, без одговарајућих медицинских средстава. Због тога је у српском праву установљена и законска обавеза сваке здравствене установе да поседује одговарајућа медицинска средства.

Здравствене установе су, као јавне службе, дужне да пружају здравствене услуге свим грађанима, што је у корелацији са општим правом грађана на заштиту здравља. И у случају кад ускрати пацијенту пружање здравствене услуге због тога што не поседује неопходно медицинско средство, здравствена установа може одговорати за штету коју пацијент због тога претрпи, с тим што то може бити њена неуговорна одговорност или одговорност у вези са обавезом закључења уговора, која се квалификује као предуговорна одговорност. У оба случаја одговорност здравствене установе се заснива на претпостављеној кривици, тако да се она ослобађа одговорности ако докаже да је ускратила здравствену услугу, односно да је одбила да закључи уговор о њеном пружању због оправданог непоседовања неопходног медицинског средства.

Извршење медицинске услуге без медицинског средства чија је употреба била медицински индикована представља лекарску грешку, која у највећем броју случајева готово извесно индицира и кривицу лекара и грађанскоправну одговорност здравствене установе, јер је у том случају очигледно да се лекар није понашао онако како је требало, тј. са потребном професионалном пажњом (пажња доброг стручњака).

Код одговорности за штету проузроковану неприменом медицинских средстава, доказивање узрочне везе је веома отежано, јер се ради о штети која је проузрокована нечињењем, односно пропуштањем дужне радње. Од пацијента се тражи да докаже да би применом неопходног медицинског средства штета била избегнута или барем умањена, што се у ствари своди на утврђивање претпостављене узрочне везе, о којој се, иначе, може судити само на основу индиректних доказа, што оставља простор и здравственој установи да доказује да је штета последица неког другог узрока, који није у вези са неприменом медицинског средства, или да није типична последица непримене медицинског средства.

Литература

- Crnić, I. (2009). *Odgovornost liječnika za štete*. Zagreb: Organizator
- Deutsch, E. (1988). Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen, *Versicherungsrecht*. 1. 1–15
- Deutsch, E. Spickhoff, A. (2003). *Medizinrech*. Berlin
- Giesen, D. (1995). *Arzhhafungsrech*. Tübingen
- Grober, E. Bohnen, J. (2005). Defining medical error. *Canadian journal of surgery*. 48(1). 39–43
- Gross, J. (1987). *Haftung fur medizinische Behandlung*. Bern
- Hayward, R. et al. (2005). Sins of omission. *Journal of general internal medicine*. 20(8). 686–691
- Klarić, P. (2002). Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja. *Pravo u gospodarstvu*, 4. 67–85
- Klarić, P. (2003). *Odštetno pravo*, Zagreb: Narodne novine d.d.
- Laufs, A. Uhlenbruck, V. (2002). *Handbuch des Arztrechts*. München
- Stauch, M. (2011). Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*. 17(2). 205–225
- Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2. Zagreb
- Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 1. Zagreb
- Watson, B.L. (1981). Liability for Failure to Acquire or Use Computers in Medicine. *Proceedings/The Annual Symposium on Computer Application [sic] in Medical Care* (стр. 879–882). Retrived 28. 8. 2014. From: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2581198/>
- Weingart, N et al. (2000). Epidemiology of medical error. *British Medical Journal*. 320(7237). 774–777
- Антић, О. (2007). *Облигационо право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник
- Драшкић, М. (1980). *Коментар Закона о облигационим односима*, I. Редактори: Б. Благојевић-В. Круљ. Београд: Савремена администрација
- Драшкић, М. (1995). *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига. Главни редактор Слободан Перовић. Београд: Савремена администрација

Караникић-Мирић, М. (2013). Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву, *Правни живот*, 10. 623–638

Лоза, Б. (2000). Облигационо право, Општи дио. Београд: Службени гласник

Перовић, С. (1995). Коментар Закона о облигационим односима. I књига. Главни редактор Слободан Перовић. Београд: Савремена администрација

Радишић, Ј. (2004). Медицинско право. Београд: Номос

Радишић, Ј. (2008). Облигационо право, Општи део. Београд: Номос

Радишић, Ј. (2007). Одговорност због штете изазване лекарском гешком у лечењу и у обавештавању пацијента. Београд: Номос

Салма, Ј. (2001). Облигационо право. Нови Сад: Право

Сјеничић, М. (2012). Лекарска грешка – грађанскоправни аспект, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. (LIX). 123–138

Стојановић, И. (2010). Дијагностичке лекарске грешке. *Правни живот*. 9(LIX). 217–226

Стојчевић, Д., Ромац, А. (1989). *Dicta et regulae iuris* – Латинска правна правила, изреке и дефиниције са преводом и објашњењима. Београд: Савремена администрација

Цигој, С. (1978). Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том први. Београд: Службени лист СФРЈ

Цигој, С. (1980). Коментар Закона о облигационим односима, I. Редактори: Б. Благојевић-В. Круљ. Београд: Савремена администрација

Цветковић, М. (2012). Неке напомене о грађанскоправној одговорности за лекарску грешку. У М. Крвавац, *Правне норме у времену и простору* (стр. 267–287). Косовска Митровица, Правни факултет Универзитета у Приштини

Mihajlo Cvetković, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Prof. Đorđe Nikolić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Liability for Damage caused by Shortage and Failure to Use Necessary Medical Devices

Summary

In order to provide for successful, safe and high quality medical services, health care institutions need to be equipped with adequate medical devices. For this reason, every medical institution is legally obliged to have relevant medical devices.

In case a patient has been deprived of some medical service for the lack of necessary medical devices (which the institution has been obliged to provide), the medical institution is responsible for the damage and harm sustained by the patient. The responsibility implies non-contractual liability (in tort law) or pre-contractual liability (in contract law). In both cases, the liability is based on the presumed culpability. In order to be excluded from liability, the medical institution has to prove that the patient has been deprived of medical service (or that the institution has refused to enter into a medical service provider agreement) on justifiable grounds, i.e. due to the lack of necessary medical devices.

On the other hand, in case the medial institutions fail to provide needed care or violate their obligation to use medical devices when necessary, it is regarded as medical negligence (professional error). In most cases, it implies the liability of medical institutions for damage, injury or harm caused to the patient by medical services provided without applying a relevant medical device, whose use has been medically indicated. The liability is even more substantial in cases where the medical device has been available but the medical institutions has not applied it in medial treatment (even though its use has been medically indicated); such conduct is qualified as gross negligence.

Keywords: civil liability, medical devices, health care, public services, medical error, fault, non-contractual liability, culpa in contrahendo.

Др Нина Планојевић*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

349:61](497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПОЈАМ КЛИНИЧКОГ ИСПИТИВАЊА У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Апстракт: Клиничка испитивања лекова су претходна и незаобилазна фаза њихове будуће безбедне примене, па без њих нема ни напретка медицине, ни опстанка човечанства – што њихов значај чини неоспорним. Предмет ауторових разматрања је начин на који је клиничко испитивање дефинисано у правним системима Србије и Европске уније, тј. у Директиви 2001/20/ЕС. У првом делу рада он утврђује и анализира елементе појма клиничког испитивања, које чине: субјекат, циљеви и предмет испитивања. У другом делу рада аутор разграничава клиничка испитивања од сличних појмова: медицинског огледа и медицинског истраживања. У закључном делу аутор врши компарацију начина на који је клиничко испитивање дефинисано у правним системима Србије и Европске уније, изводећи закључак о њиховој потпуној усклађености.

Кључне речи: медицинско право; клиничко испитивање; право Европске уније; Директива 2001/20/ЕС.

1. Увод

Да би лекови и медицинска средства могли да буду примењени као терапија у случају болести или сличног патолошког стања у коме се човек може наћи, њихова употреба у готово свим државама света мора да буде одобрена од стране законом овлашћених субјеката. Један од услова за одобрење готово свуда је да медицински производи о којима је реч претходно буду клинички испитани и да резултати испитивања буду позитивни. То значи да број клиничких испитивања мора одговарати броју нових лекова и

* nina.planojevic@gmail.com

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужног права“, бр. 179012, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

медицинских средстава, па није претерано рећи да је њихов значај такав да без клиничких испитивања нема ни напретка медицине, а шире гледано, ни опстанка човечанства. Зато се последњих деценија интензивно ради на њиховом регулисању, како на међународном, тако и на регионалним и националним нивоима (Живојиновић, 2012: 677–697). Ова тенденција присутна је и у домаћем праву.

Прво питање које се у контексту о коме говоримо поставља и од кога се у овој материји мора поћи је шта се подразумева под клиничким испитивањем и како га разликовати од сличних појмова? Управо одговор на ово базично питање, чији значај не треба образлагати, изабрали смо за тему нашег рада. Одговор ћемо покушати да пронађемо анализирајући прописе два правна система. То ће најпре бити прописи домаћег права, а затим и права Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), које је за нас од посебног значаја с обзиром на чињеницу да Србија жели да јој приступи. Наш коначни циљ је да на основу компарације домаћих решења са решењима права ЕУ проценимо да ли је и у којој мери српско право усклађено са њим у овој области.

2. Појам клиничког испитивања у српском праву

Проблематика клиничких испитивања предмет је посебне гране медицине, која се назива клиничка фармакологија; а по неким мишљењима испитивања су стара колико и сама лекарска вештина (Мујовић Зорнић, 2008: 46). Израз клиничко испитивање потиче од грчке речи „клиника“¹, којом се у свакодневном животу означава човек који је болестан и лежи у кревету; а у медицини овај термин значи „поучавање у практичној медицини на самим болесницима“ (Вујаклија, 1961: 432). Придев „клинички“ означава активност која „се тиче лечења болесника везаних за постељу“ – у нашем случају испитивања лекова на (са) њима (Мујовић Зорнић, 2008: 46).

У српском праву клиничка испитивања детаљно су регулисана Законом о лековима и медицинским средствима² (у даљем тексту: Закон) и Смерницама добре клиничке праксе у клиничком испитивању³ (у даљем

1 По Закону о здравственој заштити (чл. 115) под клиником се подразумева здравствена установа која обавља високоспецијализовану специјалистичко-консултативну и стационарну здравствену делатност из одређене гране медицине или стоматологије. Реч је о здравственој делатности на терцијарном нивоу. Она обавља и образовну и научно-истраживачку делатност и може се основати само у седишту универзитета који у свом саставу има факултет здравствене струке. Под законом прописаним условима, она може обављати и делатност опште болнице.

2 Сл. гласник РС 30/2010, 107/12.

3 Смернице добре клиничке праксе (*Guideline for Good Clinical Practice*) донете су на *International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of*

тексту: Смернице), на чију примену Закон упућује (Мујовић Зорнић, 2005: 427–448). Иако је дефинисање пре задатак правне теорије него законодавца, у наведеним прописима одређен је и појам клиничког испитивања. Питање шта се подразумева под клиничким испитивањем делимично регулише и Правилник о садржају захтева, односно документације за одобрење клиничког испитивања лека и медицинског средства, као и начин спровођења клиничког испитивања лека и медицинског средства⁴ (у даљем тексту: Правилник). Имајући у виду решења прописа о којима је реч, у даљем тексту издвојићемо и анализирати елементе појма клиничког испитивања.

3. Елементи појма клиничког испитивања

Закон у чл. 59 и Смернице у тачки 1.12. на готово исти начин дефинишу клиничко испитивање лека. *То је испитивање које се врши на људима, да би се утврдила или потврдила клиничка, фармаколошка, односно фармакодинамска дејства једног лека (или више њих); да би се идентификовала свака нежељена реакција на лек; испитала његова ресорпција, дистрибуција, метаболизам и излучивање – с циљем да се утврди његова безбедност, односно ефикасност.* Пошто је наведена дефиниција обимна и садржи више сегмената, покушаћемо да је „разложимо“ и издвојимо елементе, на основу којих се прецизно може утврдити да ли једно испитивање спада у категорију клиничких испитивања или не. Ово разграничење клиничких испитивања од сродних појмова је врло значајно јер се српски прописи које анализирамо првенствено односе на клиничка, али не и на друге врсте испитивања и огледа.

У Правилнику клиничко испитивање није појмовно одређено, као што је то учињено Законом и Смерницама, већ је прописано које се све активности могу сматрати клиничким испитивањем. Тако се по чл. 3. под клиничким испитивањем подразумева: постмаркетиншко интервенцијско, постмаркетиншко неинтервенцијско клиничко испитивање лека, некомерцијално клиничко испитивање лека (које се још назива и академским клиничким испитивањем) и клиничко испитивање биорасположивости, односно биоеквиваленције. Иначе, сваки од наведених облика клиничког испитивања је Правилником посебно

pharmaceuticals for human use 1997. Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању које се примењују у Србији донео је министар здравља Републике Србије 2008. (Сл. гласнику РС 28/2008). На њихову примену упућује чл. 59, ст. 6 Закона о лековима и медицинским средствима и оне заправо представљају превод текста *Guideline for Good Clinical Practice* из 1997. на српски језик.

4 Сл. гласник РС 64/11.

дефинисан⁵, уз назнаку да се његове одредбе не односе на постмаркетиншко неинтервенцијско клиничко испитивање. Пошто је у Правилнику реч о одређењу клиничког испитивања кроз његове модалитете, односно врсте, а не појмовно, што није тема нашег рада, ми се у даљем тексту нећемо бавити анализом наведене одредбе Правилника, већ елементима дефиниције клиничког испитивања садржане у Закону и Смерницама.

Као што се из наведеног може видети, клиничко испитивање је дефинисано посредством следећа три елемента, која ћемо у даљем тексту разматрати: субјекта на коме се изводи; циљева и предмета испитивања.

3.1. Субјекат на коме се испитивање изводи

Из горе наведене дефиниције најпре произилази да клиничко испитивање лекова карактерише то, што се обавља *само на људима* (Малетић, 2000: 209–218) (Клајн Татић, 2010: 209–236). *Argumentum a contrario*, то значи да испитивања лекова која се врше на животињама или се уопште не врше на живим бићима не спадају у категорију клиничких – што је врло једноставан и очигледан критеријум за идентификацију клиничких испитивања.

Овај закључак, међутим, није сасвим исправан ако се има у виду чл. 59, ст. 3. Закона, по коме се на клиничка испитивања ветеринарских лекова аналогно примењују одредбе о клиничком испитивању лекова за људску употребу. Испитивања ветеринарских лекова су дакле такође клиничка, али се из разумљивих разлога врше на животињама – у складу са законима који уређују њихову добробит⁶. То даље значи да сама чињеница да се испитивање једног лека врши на животињама ипак не мора да значи да то испитивање није клиничко. За опредељивање једног испитивања као клиничког битно је дакле утврдити две чињенице: да ли се изводи на људима или на животињама; и да ли је његов предмет лек који је намењен људима или животињама. Ако се изводи на људима, а реч је о леку намењеном за људску употребу – оно је клиничко (Coleman, 2005: 387–449). Ако се изводи на животињама, а реч је о ветеринарском леку – оно је такође клиничко. Испитивања лекова на људима су увек клиничка. Испитивања лекова на животињама могу, али не морају бити клиничка. Ако се на животињама испитују лекови намењени људима, онда таква испитивања нису клиничка, већ претклиничка, и за њих не важе одговарајући прописи. Према томе, у овом контексту можемо говорити о две врсте клиничких испитивања: лекова за људе и лекова за животиње.

5 Ове врсте испитивања дефинисане су у чл. 2 (ст. 1, т. 3, 4, 5) и 36. Правилника.

6 Видети чл. 59, ст. 2-4 Закона.

Пошто су примарни предмет нашег интересовања клиничка испитивања лекова за људску употребу, нашу констатацију с почетка овог дела рада о првом елементу појма клиничких испитивања морамо допунити: *једно испитивање се може сматрати клиничким само ако се обавља на људима – под условом да је реч о лековима намењеним за људску употребу*. Под термином клиничка испитивања лекова надаље ћемо подразумевати управо такве лекове.

3.2. Циљеви испитивања

Акцент дефиниције клиничког испитивања је свакако на његовим циљевима. *Почетни циљ* испитивања је одређен као утврђивање или потврђивање клиничког, фармаколошког, односно фармакодинамског *дејства* једног или више лекова. Очигледно је да се под дејством лека у овом контексту не подразумева само оно што се подразумева под дејством лека у свакодневном животу и према лаичком схватању; већ испитивање његове: ресорпције, дистрибуције, метаболизма и излучивања, али и идентификовање сваке нежељене реакције на лек (Клајн Татић, Марић, 2013: 265–282).

Дејство лека које се утврђује/потврђује клиничким испитивањима је опредељено као клиничко и фармаколошко, односно фармакодинамско. Закон не одређује изричито шта се подразумева под клиничким дејством лека. Што се тиче фармаколошког дејства лека, његово значење произилази из чл. 2, ст. 1, ст. 47 Закона, који дефинише фармаколошка испитивања, одређујући их као утврђивање фармакодинамских и фармакокинетичких својстава лека и сврстава их у категорију претклиничких испитивања. То значи да клиничка испитивања заправо имају за циљ поновно утврђивање и ових својстава лека, без обзира што су она у претклиничким испитивањима већ утврђивана.

Пошто из дефиниције коју анализирамо произилази да се под клиничким испитивањем лека подразумева не само *утврђивање*, већ и *потврђивање* његовог дејства, схваћеног на горе наведени начин – то може да значи да се испитивати могу како лекови чија су дејства непозната, па ће се тек испитивањем открити (ми бисмо га назвали првим испитивањем); тако и лекови за чија се дејства (сва или нека) зна или претпоставља каква ће бити, па то кроз процес клиничких испитивања треба само потврдити.

Поставља се питање: одакле су позната дејства одређених лекова, која се кроз клиничка испитивања само потврђују? То прво може значити да се клинички могу испитивати и клинички испитивани лекови или они који су већ у промету и примени. Ово првенствено важи за лекове који су у једној

држави већ испитивани или су у употреби – па се пре стављања у промет у другој држави поново испитују, тј. реч је о увезеним лековима (што је према чл. 70. Закона могуће); али и за лекове који су у домаћој држави већ налазе у промету, али се и након тога у њој испитују, углавном ради добијања допунских података (што је према чл. 2. (ст. 1, т. 21–22), 79 и 86 Закона такође могуће).

Поред тога, оваква формулација може се односити и на чињеницу да се клиничка дејства лека могу по први пут утврдити тек у клиничком испитивању; али да су фармаколошка, односно фармакодинамска дејства – о којима је било речи и која су такође један од циљева клиничких испитивања – већ била предмет претклиничких испитивања, па се зато у клиничким испитивањима ова дејства заправо не утврђују већ само потврђују.

Коначно, клиничко испитивање лека може обухватати и клиничко испитивање биолошке расположивости, односно биолошке еквиваленције⁷ (чл. 59, ст. 5. Закона). Лабораторијско испитивање биолошке расположивости и еквиваленције у поступку клиничког испитивања лека врши се у складу са Смерницама Добре лабораторијске праксе⁸.

Поред почетног, из појма клиничког испитивања лека видљив је и његов *крајњи циљ*: да се утврди безбедност, односно ефикасност лека о коме је реч. Пошто термини безбедност и ефикасност нису синоними, није јасно зашто Закон и Смернице између њих убацују реч „односно“; када би јасније, тачније и прецизније било да ту стоји везник „и“. У сваком случају, крајња сврха клиничког испитивања је двострука: да покаже да ли је и у којој мери лек ефикасан за стање или болест којој је намењен; као и да ли је и у којој мери безбедан за корисника, односно његов живот и здравље.

7 Према чл. 2, ст. 1, т. 4 Правилника, студије *биоеквиваленције in vivo* су клиничке студије на испитаницима (здравим добровољцима или болесницима) којима је циљ упоређивање брзине и степена ресорпције из фармацеутских облика лекова који испољавају системско дејство и у којима се налазе еквимоларне количине активне супстанце. Према чл. 2, ст. 1, т. 13 и 14 Закона, *биолошка расположивост* је брзина и степен расположивости активне супстанце из лека, који су утврђени из односа концентрација - време у системској циркулацији или излучевинама; док је *биолошка еквиваленција* поступак којим се утврђује да биолошке расположивости два лека који су фармацеутски еквиваленти, примењене у истој моларној концентрацији показују такав степен сличности, да је њихово дејство у односу на ефикасност и безбедност суштински исто.

8 Видети чл. 94 Закона.

3.3. Предмет испитивања

Коначно, у дефиницији коју анализирамо одређен је и предмет клиничких испитивања – а то су лекови (Планојевић, 2013: 373–390) (Мујовић Зорнић, 2002: 219–221) (Мујовић Зорнић, 2001: 109–125) (Мујовић Зорнић, 1997: 347). Из ње је јасно и то да предмет испитивања може чинити не само један, већ и више лекова истовремено.

У чл. 199. Закона, међутим, предвиђена је аналогна примена одредби о клиничком испитивању лекова и на клиничко испитивање медицинских средстава, али не и на било шта друго. Клиничко испитивање медицинског средства има сопствени предмет и нешто другачија обележја. Закон га дефинише на два места: у чл. 2, ст. 1, т. 63. и у чл. 199, ст. 1, при чему се ове две дефиниције разликују. Према дефиницији из чл. 2 клиничко испитивање медицинског средства је *поступак, којим се утврђује или потврђује да су његова безбедност и ефикасност у складу с декларисаном применом, коју је одредио произвођач*. Дефиниција из чл. 199. је, међутим, непотпуна и из ње је изостављен један од циљева испитивања, а то је ефикасност средства о коме је реч. Такође је изостављено и то да испитивање не мора значити само утврђивање, већ и потврђивање безбедности и ефикасности предмета испитивања. Из наведеног се може закључити да клиничко испитивање лека и медицинског средства имају сличне циљеве. Разлика је у томе што се у клиничком испитивању лека ради о утврђивању/потврђивању његових дејстава; а код медицинског средства о утврђивању/потврђивању да ли је и у којој мери оно ефикасно и безбедно, ако се користи на начин, који је произвођач навео у декларацији, тј. упутству за његову примену. Наведене разлике су условљене разликама у њиховој природи и намени.

4. Разграничење клиничког испитивања од сличних појмова

У медицинској и правној литератури користи се доста различитих термина у контексту који разматрамо, а за које није сасвим јасно да ли представљају синониме или је њихово значење различито; па самим тим ни да ли је њихова употреба исправна или не. Најчешћи изрази су: (био)медицинско истраживање; медицински оглед/експеримент и клиничко испитивање. Захваљујући Закону и Смерницама, као што смо из горњих излагања видели, значење израза „клиничко испитивање лека“ је јасно у сваком погледу, а јасно је и то да у овом контексту другу терминологију не треба користити јер на тај начин избегавамо забуну. У даљем тексту покушаћемо да разграничимо клиничко испитивање од неколико најчешће коришћених сличних, па и сродних појмова: медицинског огледа и биомедицинског истраживања.

4.1. Медицински оглед

У нашим прописима, као и у литератури, поред термина клиничко испитивање често се среће и израз медицински оглед или експеримент. Пример за то су првенствено наш Устав⁹, Закон о здравственој заштити¹⁰ и Кривични законик¹¹.

1. У чл. 25, ст. 2. *Устава* се не користи термин клиничко испитивање, већ само термин медицински оглед, а о његовом значењу и односу ових појмова се из текста Устава не може ништа закључити.

2. *Закон о здравственој заштити*, међутим, у чл. 38. и 148. користи оба термина, при чему се њихово значење из овог закона не може извести, али може њихов однос.

Чл. 38. регулише услове за извођење медицинских огледа, с тим што се у једном од ставова овог члана (ст. 8) посебно издвајају клиничка испитивања лекова, за чије се извођење упућује на примену одредби посебног закона (реч је о Закону о лековима и медицинским средствима). Из наведеног је јасно да је медицински оглед појам, који је шири од појма клиничког испитивања лека и који га својом садржином обухвата. То значи да су клиничка испитивања само једна врста медицинских огледа. Вршење медицинских огледа (па ни клиничких испитивања) у приватној пракси према овом закону није допуштено. Шта све спада у медицинске огледе поред клиничких испитивања лекова из овог закона није видљиво, с обзиром на то да он не дефинише овај појам и не одређује његову садржину, али је бар јасно да они нису синоними.

Исти се закључак може извести и из чл. 148, ст. 1, т. 2. овог закона, који регулишући надлежност етичког одбора здравствене установе предвиђа да ту између осталог спада и давање сагласности „... за спровођење научних истраживања, медицинских огледа, као и клиничких испитивања лекова и медицинских средстава у здравственој установи...” – где се термини о којима говоримо такође не користе као синоними. Разлика у односу на већ анализирани чл. 38. је у томе што се из садржине чл. 148. не стиче утисак да појам медицински оглед обухвата својом садржином и клиничка испитивања, као ужи појам – што и није нужно, с обзиром на то да је тај однос у чл. 38, који је посвећен управо регулативи извођења медицинских огледа, већ одређен. Наиме, предмет регулисања у чл. 148 је надлежност етичких одбора, па се наведени појмови помињу са другим циљем и у другом контексту.

9 Сл. гласник РС 98/06.

10 Сл. гласник РС 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11.

11 Сл. гласник РС 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09.

3. Исти закључак произилази и из *Кривичног законика*, који такође употребљава како израз медицински оглед, тако и израз клиничко испитивање лекова. Реч је о чл. 252.¹² и кривичном делу под називом „Противправно вршење медицинских експеримената и испитивања лека“. Ни овај законик не одређује шта се подразумева под једним, а шта под другим термином (њихово дефинисање заправо и није задатак Кривичног законика, већ закона који регулишу ову област). Оно што је јасно, јесте да се они не сматрају синонимима, јер су за противправно извођење сваког од њих прописани другачији услови кривичне одговорности и другачије казне (Крштенић, 2006: 473–483) – које су блаже када је у питању извођење клиничких испитивања лекова противно прописима, него извођење других медицинских огледа. Из наведеног члана Кривичног законика, као и из одговарајућих одредби Закона о здравственој заштити, такође произилази да је клиничко испитивање лека подврста медицинских огледа; али се може констатовати и шта још, поред клиничких испитивања лекова, спада у медицинске огледе. То су нпр. и експерименти у циљу клонирања људи (који су, као и само клонирање, забрањени).

4. У домаћој *правној теорији* није било озбиљнијих покушаја да се одреди међусобни однос медицинског огледа и клиничког испитивања. Иако им циљ није био разграничење израза који су предмет нашег интересовања, неки аутори су се бавили појмом медицинског огледа кроз покушај разграничења од стандардног медицинског поступка – што нам може бити од користи за разумевање суштине медицинског огледа из тог угла гледања. Укратко речено, разлика између ових појмова је у томе, што је стандардни медицински поступак признат и лекари одговарајуће струке/клинике или специјалности га уобичајено примењују; док оглед значи прву примену *новог лека или поступка*, који су дотле непримењивани и/или непризнати, па је исход њихове примене неизванстан. Циљ прве примене је њихово испробавање; утврђивање њихове (евентуалне) надмоћи над стандардним поступцима и лековима и/или њихова дискредитација – како би нови медицински поступци и лекови постали признати и стандардни. Оглед је зато „мера која има за циљ да се задобије нови медицински стандард“ (Радишић, 2004: 227).

Из наведених разматрања можемо понешто закључити о предмету медицинског огледа: он подразумева прву примену *новог медицинског*

12 Чл. 252 Кривичног законика гласи: „(1) Ко противно прописима на људима врши медицинске или друге сличне експерименте, казниће се затвором од три месеца до пет година. (2) Казном из става 1. овог члана казниће се и ко врши клонирање људи или врши експерименте у том циљу. (3) Ко противно прописима врши клиничко испитивање лека, казниће се затвором од три месеца до три године.“

поступка или лека. Пошто је неспорно да се по Закону клиничко испитивање односи само на лекове; а медицински оглед, по аутору о коме је реч, и на нове медицинске поступке и на лекове, то значи да израз медицински оглед својом садржином обухвата и клиничко испитивање лека – што се поклапа за закључком који смо о односу ових појмова извели на основу анализе домаћих прописа који их користе.

Конечно, и неки други аутори, без навођења аргументације за то, клиничко испитивање такође виде као „један вид медицинског експеримента“ (Мујовић Зорнић, 2008: 49).

5. За тему којом се бавимо изнети закључци су довољни: из наведених законских текстова и литературе јасно је да ако желимо прецизно изражавање израз клиничко испитивање лека се не може користити као синоним и замена за израз медицински оглед, јер је ужег значења. Обрнуто је само условно могуће, јер медицински оглед, као шири појам, обухвата клиничко испитивање лека.

За одговор на питање шта још може чинити садржину појма медицинског огледа, осим клиничког испитивања лека, новог медицинског поступка или клонирања људи – неопходно је консултовати медицинску литературу. Пошто су медицински огледи предмет нашег интересовања само у циљу разграничења од клиничких испитивања, њима се надаље нећемо бавити.

4.2. (Био)медицинско истраживање

Што се тиче термина (био) медицинска истраживања, у литератури се констатује да се он код нас, а и шире углавном користи као синоним за термин медицински оглед или експеримент (Клајн Татић, 2012: 34–35).

Малобројни стручњаци (углавном британски) који су се бавили овим питањем сматрају, међутим, да су термини истраживање и оглед синонимима, а да термин експеримент има другачије значење. „Истраживање и/или оглед подразумева унапред одређен протокол с јасно дефинисаним крајњим циљем. Супротно томе, експеримент укључује мисаонији *ad hoc* приступ појединачном пацијенту као субјекту експеримента.“¹³ Кратко речено, суштинска разлика је у томе што се поступање код експеримента може изменити у складу са реакцијом испитаника и више је везано за његов конкретни здравствени интерес; док је код истраживања истраживач везан за унапред дефинисани правац поступања, а циљ истраживања је стицање генерализованог знања, које се не тиче директно конкретног испитаника. Овакво одређење појмова о којима је реч донекле подсећа

13 Цитат из: В. Клајн Татић, исто, стр. 34.

на поделу клиничких испитивања (која је применљива и на остале медицинске огледе) на терапијска и нетерапијска¹⁴.

Зато морамо констатовати да код нас наведено разликовање британских стручњака¹⁵ није применљиво из више разлога. Прво, оно даје различито значење терминима оглед и експеримент – који се у нашем језику третирају као синоними са идентичним значењем. У Лексикону страних речи и израза, уз термин експеримент (који потиче из латинског језика) се као синоними означавају термини: оглед, опит, покус, покушај и проба (Вујаклија, 1961: 273). Ако би нека разлика требало да се направи, онда би она једино могла да буде везана за значење термина истраживање и термина оглед (експеримент). Притом се истраживање може схватити као шири процес (нпр. са циљем утврђивања узрочника болести, начина преношења болести, делотворности различитих терапија...); а оглед као његов најчешћи саставни део или вид. Оглед служи као један од начина за проверу података добијених другим методама истраживања, њиме се проверава „хипотеза о узрочној повезаности одређених фактора и поремећаја здравља“¹⁶. Ми бисмо рекли да се оглед можда може схватити као један од облика реализације истраживања, које се може вршити и другим методама.

Друго, разграничење које врше британски писци није најприкладније и зато што исувише сужава значење термина о којима је реч, свдећи их на оно што се код нас подразумева под врстама медицинских огледа и клиничких испитивања.

Конечно, ми бисмо однос термина чије значење разматрамо одредили на следећи начин: медицинско истраживање је израз са најширим значењем. Медицински оглед или експеримент представља најчешћи облик реализације истраживања, па је његово значење уже у смислу да је сваки медицински оглед истовремено и вид медицинског истраживања, с тим што не важи и обрнуто. Израз клиничко испитивање лекова има најуже значење, јер представља само једну врсту медицинских огледа који представљају један вид медицинских истраживања. Тако долазимо

14 Под *терапијским испитивањима* се подразумевају она, од којих особа на којој се изводе може имати користи за сопствено здравље, јер је оболела од болести или се налази у стањима за које је лек или медицински третман који се испитује намењен. *Нетерапијска испитивања* су, међутим, научни огледи који се изводе на здравим особама, које од тога не могу лично имати здравствене користи. Корист има целокупно друштво и наука.

15 Наведено разликовање прави и британски Department of Health (Клајн Татић, 2012: 34).

16 Медицински лексикон, Београд, 1999, стр. 257 (Радишић, 2004: 227).

до закључка да је клиничко испитивање истовремено и медицински оглед и медицинско истраживање – односно њихов специфичан вид на начин како смо то приказали. Пошто законодавац одређује само однос појмова медицински оглед и клиничко испитивање лекова – према коме први израз има шире значење и обухвата други – можда не би била велика грешка термине медицинско истраживање и медицински оглед (као законима недефинисане) користити као замењујуће; али би свакако било непотребно да се они користе и као замена за израз клиничко испитивање, јер је његово значење специфично, познато и Законом дефинисано.

У прилог виђења ствари, какво наводимо, говори најпре Закон о правима пацијената¹⁷, који у чл. 25. регулише услове за извођење медицинских истраживања (не дефинишући шта се под тим подразумева), с тим што се у једном од ставова овог члана (ст. 10) посебно издвајају клиничка испитивања лекова, за чије се извођење упућује на примену одредби посебног закона (то је Закон о лековима и медицинским средствима). Из наведеног је јасно да је медицинско истраживање појам који је различит од клиничког испитивања, па и да га својом садржином обухвата, тј. да су клиничка испитивања једна врста медицинских истраживања.

И већ поменути чл. 148, ст. 1, т. 2. Закона о здравственој заштити, регулишући надлежност етичког одбора здравствене установе, предвиђа да ту између осталог спада и давање сагласности „... за спровођење научних истраживања, медицинских огледа, као и клиничких испитивања лекова и медицинских средстава у здравственој установи...“ – где се термини о којима говоримо такође не користе као синоними.

И формулација чл. 39 Закона, у коме су набројани лекови за које се не издаје дозвола за лек, упућује на исти закључак. Између осталог, ту су наведени и „лекови намењени *испитивању* у току *истраживања и развоја*“ (ст. 1, т. 4) – из чега произилази да су истраживања шири појам, односно процес чију садржину могу чинити и испитивања лекова.

Иста је ситуација и са чл. 183 Закона¹⁸ који, наводећи категорије медицинских средстава које се не уписују у Регистар медицинских средстава, између осталих, одвојено наводи, под бројем 1, медицинска средства која имају одобрење за *клиничко испитивање*; а одвојено, под бројем 4, медицинска

17 Сл. гласник РС 45/2013.

18 Чл. 183. гласи: „У Регистар медицинских средстава не уписују се медицинска средства: 1) која имају одобрење за клиничко испитивање; 2) која су намењена за наставак терапије за личну употребу одређеног пацијента по предлогу надлежног здравственог радника; 3) која су произведена по наруџбини за одређеног пацијента; 4) која су намењена за научна истраживања и развој.“

средства која су намењена за *научна истраживања и развој*. Као што се види, клиничко испитивање и научно истраживање (неспорно је да се овде ради о истраживању из области медицинских наука) се третирају као различити појмови. Чак се стиче утисак да научна истраживања и развој медицинског средства претходе његовом клиничком испитивању.

Закључак да изрази медицинско истраживање и клиничко испитивање у нашем праву имају различито значење и садржину произилази и из чл. 70. и 141. Закона. У чл. 70.¹⁹ су најпре предвиђени услови за увоз лекова који се клинички испитују; а затим одвојено, у чл. 141. (између осталог) и услови увоза лекова намењених научним или медицинским истраживањима²⁰.

Најзад, морамо поменути и то, да Закон о трансплантацији ћелија и ткива²¹ користи израз „научно-истраживачки рад“ у области коју регулише, одређујући услове под којима се ћелије и ткива могу користити као објекти за извођење научних истраживања. Очигледно да је ту реч управо о медицинским истраживањима, чије значење утврђујемо, при чему их закон о коме је реч не дефинише; али се као један од циљева ових истраживања, што је релевантно за тему којом се бавимо, наводи и увођење нових здравствених технологија у поступак лечења, под чим се подразумева увођење нових здравствених метода и поступака, који се могу користити ради унапређења здравља људи применом ћелија и ткива, односно „ћелијске терапије, која обухвата безбедне, квалитетне и ефикасне лекове и медицинска средства, медицинске процедуре, као и услове за пружање здравствене заштите“ (чл. 87). Из наведеног се може закључити да научна истраживања у овој области медицине подразумевају не само развијање лекова и медицинских средстава већ и разних медицинских процедура, па и шире, услова за пружање здравствене заштите – чиме нам садржина овог израза постаје јаснија. Наведено потврђује и наш став о односу термина чије смо значење анализирали, тј. да је медицинско истраживање најшири појам, који поред осталог обухвата и клиничка испитивања и развијање нових лекова.

19 Чл. 70. гласи: „(1) За лек који се *клинички испитује*, увозник тог лека мора да има дозволу за промет на велико лекова. (2) Агенција издаје одобрење за увоз лека који се клинички испитује у складу са овим законом и прописима донетим за његово спровођење.“

20 Чл. 141, ст. 2. гласи: „Агенција може изузетно да одобри и увоз лека који нема дозволу за лек, а намењен је за *научна или медицинска истраживања*.“

21 Сл. гласник РС 72/2009.

Услове обављања научноистраживачког рада регулише и Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења²² (чл. 60). Изузев што уређује још једну област или боље речено објекат медицинских истраживања (репродуктивне ћелије и рани ембриони) – овај закон у члану о коме је реч не садржи ништа друго, што би нам било од користи за опредељење појма медицинског истраживања.

Коначно, да наше виђење ствари није усамљено сведочи и наслов једне монографије из ове области, у коме су паралелно употребљена оба израза – из чега свакако произилази да се они не схватају као синоними: „Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа“ (аутор: Весна Клајн Татић; издавач: Институт друштвених наука, Београд, 2012). И у многим чланцима се користи исти начин изражавања (Клајн Татић, Миленковић, 2012: 433–449).

5. Појам клиничког испитивања у праву Европске уније

Један од најважнијих докумената ЕУ из области клиничких испитивања је Директива 2001/20/ЕС²³ Европског парламента и Савета (у даљем тексту: Директива). Поред осталих питања која уређује, Директива у чл. 2, ст. 1, т. (а) дефинише и израз „клиничко испитивање“. Члан о коме је реч у оригиналном тексту гласи: „*Clinical trial: any investigation in human subjects intended to discover or verify the clinical, pharmacological and/or other pharmacodynamic effects of one or more investigational medicinal product(s), and/or to identify any adverse reactions to one or more investigational medicinal product(s) and/or to study absorption, distribution, metabolism and excretion of one or more investigational medicinal product(s) with the object of ascertaining its (their) safety and/or efficacy.*“

Из наведеног се може закључити да су дефиниције клиничког испитивања у правним системима Србије и ЕУ готово идентичне и да је овај појам и у Директиви одређен преко иста она три елемента, преко којих је то учињено и у Закону: преко субјекта, циљева и предмета испитивања. И према Директиви једини субјекат на коме се клиничко испитивање може вршити је човек²⁴. Циљеви клиничког испитивања су такође

22 Сл. гласник РС 72/2009.

23 DIRECTIVE 2001/20/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use.

24 О појединим питањима у вези клиничких испитивања, регулисаним Директивом више: H. J. Silverman, C. Druml, F. Lemaire, R. Nelson, The European Union Directive and the

исти: утврђивање или потврђивање клиничког, фармаколошког и/или фармакодинамског дејства једног или више медицинских производа; и/или идентификовање нежељених реакција; и/или испитивање њихове ресорпције, дистрибуције, метаболизма и излучивања – да би се утврдила безбедност и/или ефикасност производа о коме је реч. При том су везници и/или, који су коришћени у Директиви, прецизнији од термина „односно“ који користи домаће право, а донекле мењају и значење анализираних дефиниције клиничког испитивања. Наиме, док се на основу текста домаћег закона може стећи утисак да током клиничког испитивања треба да буду реализовани сви циљеви о којима је реч, из текста Директиве, захваљујући алтернативном постављању везника и/или, произилази да клиничко испитивање може имати и само неке од наведених циљева. Ипак, у питању су више нијансе него суштинске разлике између ових регулатива.

Једина приметнија разлика између анализираних регулатива је у начину на који је опредељен предмет клиничког испитивања, као последњи елемент његовог појма. У српском праву он је одређен као један или више лекова. У Директиви предмет клиничког испитивања је назван медицинским производом, што је шири термин који својим значењем свакако обухвата лекове, али очигледно и више од тога. Разлика у регулативи је, међутим, много мања него што то на први поглед изгледа, јер, као што смо то већ у одговарајућем делу рада објаснили, српски Закон предвиђа аналогну примену одредби о клиничком испитивању лекова и на клиничко испитивање медицинских средстава – што значи да и она чине предмет клиничког испитивања. И поред тога израз медицински производ сматрамо прикладнијим, јер је „растегљивији“ и по потреби може подразумевати и више од лека и медицинског средства, ако се с временом појави још неки производ медицинског карактера, који није ни лек, ни медицинско средство, а који треба да буде клинички испитан.

Пошто је Директива донета 2001. године, а српски Закон 2010, очигледно је да су решења Директиве била узор домаћем законодавцу при регулисању овог, као и највећег броја других питања из области клиничких испитивања²⁵. Српска регулатива заправо представља само превод одговарајуће одредбе Директиве са минималним језичким изменама.

protection of incapacitated subjects in research: an ethical analysis, *Intensive Care Med.*, 30 (9)/2004, str. 1723–1729.

25 О томе видети: Н. Планојевић, Правни положај спонзора клиничких испитивања у српским прописима и Директиви 2001/20/ЕС, у: Б. Влашковић (ур.), Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књ. 1, Крагујевац, 2013, стр. 225–248.

6. Закључак

На основу свега у раду изнетог можемо закључити да су клиничка испитивања у српским прописима јасно и прецизно дефинисана, тако да нема никаквих недоумица у погледу значења овог израза. Дефинисање клиничког испитивања извршено је посредством три елемента: субјекта на коме се изводе; циљева и предмета испитивања. Субјекат на коме се врши клиничко испитивање је увек човек. Испитивања у лабораторији или на животињама, ако су у питању лекови за хуману употребу, нису клиничка (већ су претклиничка, фармаколошка и сл.). Циљеви испитивања су вишеструки и усмерени су на утврђивање дејства, нежељених реакција, ресорпције, дистрибуције, метаболизма и излучивања испитиваног лека, како би се утврдила или потврдила његова ефикасност и безбедност. То значи да испитивања или медицинске процедуре и истраживања са другачијим циљевима нису клиничка испитивања. Коначно, предмет клиничког испитивања су само лекови и медицинска средства, али не и други производи који се такође испитују, попут козметичких производа, додатака исхрани и сличног. Разграничење клиничког од других врста испитивања је важно због законом прописаних правила њиховог извођења, која важе и морају се поштовати само за извођење ове врсте испитивања. За друге врсте испитивања углавном важе другачија правила. Прецизно дефинисање клиничких испитивања олакшава и њихово разграничење од биомедицинских истраживања и медицинских огледа, што су изрази које домаћи законодавац такође користи, али их не дефинише, па није сасвим јасно шта они подразумевају. Оно што се ипак може утврдити је да су изгледа у питању појмови са ширим значењем, који својом садржином обухватају и клиничка испитивања која представљају један вид или врсту медицинских истраживања и огледа, који се обављају у складу са посебним правилима.

Право ЕУ, оличено у Директиви 2001/20/ЕС као најважнијем документу из области клиничких испитивања, на готово идентичан начин као и српско право и посредством истих елемената дефинише клиничка испитивања; уз једину разлику у погледу предмета испитивања, који је у Директиви означен шире као медицински производ. За разлику од неких међународних прописа²⁶ и српских закона, у Директиви се не користе изрази медицинско истраживање и медицински оглед. Идентично дефинисање клиничког испитивања последица је чињенице да је садржина раније донете Директиве очигледно била узор српском законодавцу при уређивању овог питања. То значи да је коначни закључак наших разматрања да је у

26 У том смислу видети Хелсиншку декларацију или Међународни етички водич за биомедицинска истраживања на људима.

овој области српска регулатива у потпуности усклађена са правом ЕУ, што је за Србију, као могућу будућу чланицу ЕУ од посебне важности.

Литература

Coleman, H. C. (2005). Duties to subjects in clinical research, *Vanderbilt law review*, 58 (2)/2005. 387–449

Everitt, S. B., Pickles, A. (2004). *Statistical aspects of the design and analysis of clinical trials*, London: Imperial College Press

Вујаклија, М. (1961). *Лексикон страних речи и израза*, Београд

Живојиновић, Д. (2012). Историјски развој и међународна регулатива клиничких испитивања која се изводе на људима, *Зборник реферата са Међународног научног скупа на тему „Право и услуге“* (стр. 677–697). Крагујевац

Клајн Татић В., Марић, М. (2013). Неповољни догађаји и нежељене реакције током насумично контролисаних клиничких огледа на људима. *Правни живот*, 9/2013. 265–282

Клајн Татић, В. (2010). Етички и правни положај пунолетних пословно способних људи као субјеката биомедицинских истраживања или огледа. *Страни правни живот*, 2/2010. 209–236

Клајн Татић, В. (2012). *Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа*, Београд

Клајн Татић, В., Миленковић, М. (2012). Испуњење етичких захтева као услов за правну допустивост биомедицинских истраживања и клиничких огледа на људима. *Правни живот*, 9/2012. 433–449

Крштенић, Ј. (2006). Кривичноправна заштита здравља у оквирима хуманизације друштва. *Правни живот*, 9/2006. 473–483

Малетић, Д. (2000). Медицински огледи на човеку. *Правни живот*, 9/2000. 209–218

Мујовић Зорнић Х. (2005). Правни значај водича праксе у медицини и одговорност. *Правни живот*, 9/2005. 427–448

Мујовић Зорнић, Х. (1997). Правни проблеми клиничког испитивања лекова. *Правни живот*, 9/1997. 347–367

Мујовић Зорнић, Х. (2001). Лекови с недостатком и одговорност за штете. *Правни живот*, 9/2001. 109–125

Мујовић Зорнић, Х. (2002). Регулисање пацијентових права у вези са коришћењем лекова, *Правни живот*, 9/2002. 219–221

Мујовић Зорнић, Х. (2008). *Фармацеутско право – право о лековима и штете од лекова*, Београд

Планојевић, Н. (2013). Предмет клиничког испитивања. *Правни живот*, 9/2013, 373–390

Радишић, Ј. (2004). *Медицинско право*, Београд

Nina Planojević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

The Concept of a Clinical Trial In the Serbian Law and in the European Union Law

Summary

Clinical trials on medicines are a preliminary and inevitable stage of clinical research aimed at ensuring a safe application of medicinal products in the future. There is no dispute that the progress of medicine and the survival of mankind largely depend on clinical trials, which are an important part of clinical research. The subject matter of this paper is the definition of clinical trials in the Serbian legislation as well as in the EU law, i.e. in the Directive 2001/20/EC. In the first part of the paper, the author identifies and analyzes elements constituting the notion of clinical trial, including the subjects (participants) in clinical trial, the objectives of clinical trial and the subject matter of clinical research. In the second part of the paper, the author points out to the distinction between clinical trials and some similar concepts: medical experiments and medical research. In the final part of the paper, after comparing the definitions on clinical trial as provided in the Serbian legislation and in the European Union law, the author draws a conclusion that the Serbian legal provisions fully comply with the EU provisions on this matter.

Key words: medical law, clinical trials, EU law, Directive 2001/20/EC.

Др Дејан Јанићијевић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK:347.62-055.3(4-672EU)
UDK:342.721-055.3(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

КОНЦЕПТ ПОРОДИЦЕ У ПРОПИСИМА О СЛОБОДИ КРЕТАЊА ЕУ**

Апстракт: Овај рад разматра појмовно одређење супружника, грађанског партнера и партнера у праву ЕУ, пре свега у прописима о слободном кретању људи, критикујући нејединственост приступа питању дефинисања породице. Анализира се и могућност да на основу уског тумачења појма супружника дође до дискриминације на основу сексуалне оријентације, као и проблеми које може проузроковати условљеност слободе кретања цивилних партнера признавањем типа њихове заједнице од стране државе домаћина, што такође отвара могућност државама чланицама за дискриминацију, и некомпатибилно је са широко промовисаним принципом једнакости у праву ЕУ. Позиција невенчаних или нерегистрованих партнера такође је предмет пажње аутора, нарочито захтев да се правилно провери трајност заједнице. Аутор сагледава и могућне последице примене постојећих решења на истополне partnере који желе да се доселе у државу чланицу ЕУ. Став аутора је да је потребно преиспитати решења у овој области и прилагодити их настојањима ЕУ да се елиминише дискриминација по многим основима, укључујући и сексуалну оријентацију.

Кључне речи: супружник, истополни брак, грађанско партнерство, породица.

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** Овај рад је резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

1. Увод

Грађанима ЕУ призната су одређена права када мигрирају из државе чланице ЕУ чији су држављани, у неку другу државу чланицу ЕУ. Многа од ових права односе се и на чланове њихових породица. Зато је могућност доказивања чињенице да је неко лице члан породице држављанина ЕУ, а нарочито економски активног држављанина ЕУ, веома битна за вршење права везаних за миграцију. Ово је још значајније када се ради о држављанину државе нечланице ЕУ, који се не може самостално ослонити на држављанство ЕУ и бенефиције које оно доноси. Овај рад разматра како је породица концептуализована у праву ЕУ које регулише материју слободе кретања, са посебним акцентом на положај супружника и партнера. Он сагледава ширину домена појмова супружник и партнер, при томе обрађујући посебну пажњу на меру могућег негативног утицаја одредаба права ЕУ на истополна партнерства. Рад најпре анализира дефиниције које се примењују на парове садржане у Директиви 2004/38, тј. Директиви о правима грађана, а затим и сагледава значај јасног и недискриминаторног дефинисања породице у овом контексту у праву ЕУ.

2. Дефинисање породице у праву ЕУ

ЕУ нема директних или експлицитних надлежности у питањима породичног права. Ипак, неке одредбе права ЕУ – од којих су најизразитији пример оне које се односе на слободу кретања – недвосмислено имају значајан утицај на питања која се тичу породице (Bell, 2004; Caracciolo di Torella и Masselot, 2004). Дакле, када је из неких разлога потребно појмовно одредити породицу може доћи до примене права ЕУ. Тако је ЕУ од самих зачетака свог унутрашњег тржишта морала да заузме став у погледу питања ко све чини породицу. Слобода кретања и права која она подразумева проширени су на породице радника најпре Регулативом (Уредбом) 1612/68, која је ова права признала супружнику радника/це и његовим/њеним потомцима млађим од 21 године, или издржаваним лицима и њиховим сродницима у узлазној линији сродства са радником/цом и његовим/њеним супружником/цом (члан 10(1)(а) и (б)). Нешто ограниченији круг права признат је осталим члановима породице „ако их радник издржава... или живе под његовим кровом...” (Уредба 1612/68 члан 10(2)).

Дакле, ЕУ је иницијално признала права само раднику и ограниченом кругу чланова његове породице, а не читавој породици радника у ширем смислу. Ове одредбе данас су замењене дефиницијама садржаним у Директиви 2004/38 – Директиви о правима грађана (Citizens' Rights Directive – CRD).

Ова директива установљава оквир регулисања права грађана ЕУ и чланова њихових породица на слободно кретање и пребивање унутар територија држава чланица. Дефиниција држављанина ЕУ у овом контексту потпуно је недвосмислена и једноставно обухвата држављане држава чланица (члан 2(1)). На другој страни, дефиниција члана породице захтева много детаљније разматрање. У одредби члана 2(2) пописани су чланови породице на које се права обухваћена Директивом примењују. „Европска породица“ према овој одредби обухвата супружника или грађанског партнера, и то ако се грађанско партнерство третира као еквивалент браку у држави домаћину.

Ове категорије партнера у раду ће бити наизменично анализирани ради наглашавања разлика у погледу права која могу уживати различите категорије партнера.¹

3. Супружници

Термин „супружник“ односи се на брачног партнера. У највећем броју држава чланица узима се да се ради о мужу, односно жени, тј. о хетеросексуалном партнерству (European Union Agency for Fundamental Rights, 2010).

Мogućност раздвајања појма супружник од појма брака била је предмет политичког и правосудног разматрања (Bell, 2004; D’Oliviera, 2000). На пример, у предмету Холандија против Рида, Европски суд правде одлучивао је о захтеву истакнутом од хетеросексуалног ванбрачног пара за једнак третман са брачним паровима. Суд је одбио да прошири домен термина „супружник“ тако да укључи и партнере који су у дуготрајној вези, али нису венчани, и закључио:

У недостатку било какве индиције општег друштвеног развоја који би оправдао широко тумачење, и у недостатку било какве индиције супротног у регулативи, мора се сматрати да се термин „супружник“ у члану 10 Регулације (Уредбе) односи само на брачну везу.

Дакле, јасно је да се термин „супружник“ не може тумачити тако да обухвата лица у заједници живота – кохабитанте или дуготрајне партнере. Међутим, Европски суд правде признао је да је ово правно подручје подложно променама зависно од промена друштвених ставова. С обзиром на то да су одредбе Уредбе могле погодити све државе чланице и да није било консензуса међу њима по питању да ли дуготрајни партнери треба

1 Права детета, односно права која деривирају из статуса детета неће бити предмет разматрања у овом раду.

да имају иста права као и брачни другови, Суд није нашао за сходно да интервенише и појам „супружник“ тумачи широко.

Ако се термин „супружник“ односи само на брачне односе (Холандија против Рида), поставља се питање да ли он обухвата и истополне партнере који су закључили цивилна партнерства или сличне регистроване заједнице. И овде изгледа да је одговор негативан. Европски суд правде разматрао је позицију регистрованих истополних партнера у предмету Д и Шведска против Савета. У овом предмету радило се о давању одређених повластица супружницима које нису била дате цивилним партнерима. Суд је заузео став да је ово било законито, будући да разлика у обиму датих права не произлази из разлике у сексуалној оријентацији заинтересованих партнера већ из различитог правног статуса брака и цивилног партнерства. Суд је навео да је прихватљиво да термин „брак“ означава заједницу два лица супротног пола (параграф 34). Међутим, Суд такође признаје да све већи број држава омогућава правно признање истополних партнерстава (параграф 35), али коментарише:

Јасно је, међутим, да се поред њихове велике разноврсности, такви аранжмани за регистровање веза између партнера, раније правно непризнатих, сматрају у тим земљама чланицама различитим од брака (параграф 36).

И, најважније:

У таквим околностима правосуђе Заједнице не сме тумачити прописе тако да се правне ситуације различите од брака третирају на исти начин као брак (параграф 37).

Суд је даље разматрао да ли се разлике у третману могу сматрати дискриминацијом. Приликом вршења процене, Суд је пошао од тога да се принцип једнаког третмана може применити само на лица у упоредивим ситуацијама (параграф 48). Он је признао, као што је учинио и у вези са кохабитантима у предмету Холандија против Рида, да нема консензуса међу државама чланицама по овом питању, па је закључио:

У таквим околностима, ситуација службеника који је регистровао партнерство у Шведској не може, за сврху примене прописа о службеницима, бити сматрана упоредивом са ситуацијом венчаног службеника (параграф 51).

Тешко је увидети како се пресуда може схватити као било шта друго до дискриминација по основу сексуалне оријентације. Свакако, имајући у виду да у већини држава у којима су цивилна партнерства призната, само истополни парови могу заснивати овакве заједнице и да је брак

и даље резервисан за партнере различитих полова у свим осим пет земаља чланица, веома је тешко схватити како је различит третман брака и цивилног партнерства ишта друго до дискриминација по основу сексуалног опредељења.²

Да ли би термин супружник требало да обухвати и истополне партнере било је спорно питање и приликом доношења CRD (Bell, 2004). Верзија донета 2004. године помиње једноставно супружнике, што се, имајући у виду сличне формулације у јуриспруденцији која се тиче људских права, сматрало индикацијом да се ради о партнерима различитих полова (Tobin, 2009). Заправо, Европски парламент заговарао је формулацију која би обухватила супружнике „ма којег пола“ у директиву, чиме би се експлицитно признали истополни бракови (Европски парламент, 2003; Bell, 2004). Ипак, овај амандман био је одбачен на темељу непостојања консензуса држава чланица у погледу статуса истополних бракова, па чак и цивилних партнерстава. Комисија је дала следеће објашњење за одбацавање овог амандмана:

Суд је такође одлучио да тумачење правних термина на темељу друштвеног развоја који дејствује у свим држава мора узети у обзир ситуацију у читавој заједници. Комисија, зато, сматра да треба ограничити предлог концепта супружника тако да у принципу значи супружник супротног пола, осим ако нема накнадних околности.

Оно што се овим сугерише јесте да ће у неко будуће време, када признање истополних бракова буде раширеније, ЕУ вероватно признати обухватање истополних брачних партнера термином супружник. Заправо, у Извештају о имплементацији CRD из 2008. године (Европска Комисија 2008b) наводи се да би супротно представљало директну дискриминацију и повреду општег принципа једнакости, као и захтева да се не чини дискриминација, садржаног у одредби члана 21 Повеље о основним правима. У Извештају је садржан позив државама чланицама да признају својство супружника истополним партнерима, али није било конкретних корака у правцу измена CRD у том правцу (Агенција Европске Уније за основна права, 2010; Tobin, 2010). Док се то не догоди, изгледа да истополни супружници, уопште неће бити прави супружници.

² Државе које признају цивилна партнерства су: Аустрија, Велика Британија, Француска, Немачка, Луксембург, Лихтенштајн, Мађарска, Словенија, Финска, Чешка, Данска и Ирска.

4. Грађански партнери

Грађанске партнере право слободе кретања ЕУ препознаје ако држава домаћин третира цивилна партнерства еквивалентним браку. Ипак, питање шта држава домаћин захтева од цивилног партнерства да би оно било еквивалентно браку није решено на јединствен начин. Ако би, на пример, еквивалентност значила да цивилно партнерство подразумева једнака права и одговорност као брак, ниједна од ових заједница не испуњава овај стандард. Грађанска партнерства, иако у неким случајевима пружају готово једнака права онима у браку, одликују и одређене разлике везане, на пример, за родитељску одговорност, питања наслеђивања или усвојења. У неким случајевима постоје и додатне разлике, које се тичу, на пример, опорезивања. Ово практично значи да се цивилна партнерства значајно разликују од брака. У том смислу, могло би се узети да CRD, регулишући цивилна партнерства, у ствари, штити искључиво истополне бракове, у којем би случају поменута одредба била применљива у само 5 држава чланица.

Ипак, чини се мало вероватним да је примењен овако узак приступ, будући да се у CRD користи управо термин цивилна партнерства, а не истополни бракови. Зато је шири концепт еквивалентности исправнији. Он би, на пример, могао бити заснован на установљавању еквивалентности у вези са питањима имиграције на националном плану, па ако национална правила третирају цивилне партнере на исти начин као и брачне партнере, еквивалентност ће за потребе примене CRD бити успостављена. Међутим, и овакав приступ чини се неисправним, зато што би учинио пропис ЕУ безначајним и зависним од претходног признања имиграционих правила од стране држава чланица.

Најбоље је применити један свеобухватнији приступ заснован у већој мери на здравом разуму, по којем постоје разлике између цивилних партнера и разнополних супружника зато што су то, у крајњој линији, различити правни статуси. Уместо трагања за идентичним правима и одговорностима или фокусирања на разликама у статусу, пажњу треба усмерити ка сличностима и питању да ли су у датом праву они значајно еквивалентни, чак и ако у одређеним детаљима постоје извесне разлике. Ако се еквиваленција схвати на овај начин, онда много већи број држава чланица ЕУ препознају цивилна партнерства на начин на који то захтева CRD.

Међутим, проблем је у томе што се одговор на питање да ли права могу деривирати из одређеног статуса чини директно зависним од признања државе чланице (CRD члан 2(2)). И док су правно-политички разлози за то

јасни – уздржавање ЕУ од мешања у питања састава породице и званичног наметања истополних партнерстава државама чланицама – одредбе се чине прилично нелогичним са становишта потреба слободе кретања. Ако је циљ поспешивање слободног кретања међу економски активним грађанима, и ако се прихвати да би се они најрадије кретали заједно са својим породицама (понајпре партнерима), чињење права грађанских партнера зависним од признања државе домаћина јесте корак уназад. Зашто би држављанин ЕУ чије је партнерство признато у држави у којој живи желео да се сели у другу државу чланицу где то партнерство није признато? Овај аргумент коришћен је у предмету Д и Шведска, али је одбачен, будући да није био употребљен у првостепеном поступку већ тек у поступку по жалби. Због тога недостаје став Европског суда правде по овом питању. Штавише, приликом доношења CRD, Комисија је изразила забринутост због могућности обрнуте дискриминације – да ће имигранти имати предност у држави домаћину у односу на држављане те државе:

Дати права која нису призната у случају сопствених држављана паровима из других држава чланица могло би да, у ствари, створи обрнуту дискриминацију, коју би Комисија желела да избегне (Европска комисија, 2003: 11).

Комисија, ипак, није претерано заинтересована за превенцију дискриминације по основу сексуалне оријентације у овом контексту, што није у складу са њеном начелном посвећеношћу да елиминише дискриминацију у осталим областима. Поред тога, предмет C-25/02 Rinke v Arztekammer Hamburg указује на то да тамо где инструменти Уније не омогућавају равноправан третман, њихова законитост може бити оспорена: Европски суд правде је закључио да „придржавање забране индиректне дискриминације по основу пола јесте услов законитости свих мера које усвајају институције Заједнице“ (Rinke, параграф 28). Имајући у виду јасне позиције ЕУ у погледу забране дискриминације по основу сексуалног опредељења у другим областима, тешко је оправдати очигледну дискриминацију у овој материји.

Забраном дискриминације по основу сексуалне оријентације приликом запошљавања ЕУ већ утиче на начин на који породицу треба да конципирају државе чланице, барем у погледу питања која се тичу запошљавања. Да ли је онда заиста сувише велики искорак тражити од ЕУ да наметне државама чланицама да на својој територији признају цивилна партнерства законски заснована у некој другој држави чланици са сврхом уживања права признатих у CRD? Ова права су, напослетку, у највећој мери везана за прописе о имиграцији и доступности запослења, а не за питања која фундаментално утичу на националне системе породичног права, који су,

изгледа, предмет бриге ЕУ. Недавно, у предмету *C-34/0 Ruiz Zambrano против Office national de l'emploi (ONEm)*, Европски суд правде показао је спремност да интервенише у сферу националних правних система у вези права на пребивалиште држављана трећих земаља који своја права изводе из права држављана ЕУ који не мењају место пребивања. Заузет је став да они парови који су законито закључили цивилна партнерства у једној држави чланици а потом се преселе у другу државу чланицу имају подједнако снажан аргумент да потпадну под режим права ЕУ. Пракса која се односи на слободу кретања људи потврђује да одредбе о слободи кретања морају бити тумачене широко (предмет 291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v R. N. G. Eind*), и да државе чланице морају бити спречене да својевољно ускраћују заштиту коју пружа Уговор (предмет 75/63 *Hoekstra v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*). На тим основама цивилна партнерства требало би признати од стране државе домаћина ако су законито заснована у другој држави чланици, и тешко је прихватити да ускраћивање оваквог признања представља ишта друго до дискриминацију по основу сексуалне оријентације. Дозволити, или чак вршити такву дискриминацију било би противно циљевима ЕУ и штетно за њено деловање на другим подручјима.

Поред тога што је од практичног значаја за оне грађанске партнере који намеравају да се селе из једне у другу државу чланицу, ово питање има и велики симболички значај зато што ЕУ може послати јасну поруку да брак није златни стандард (Frimston, 2006), а цивилно партнерство утешна награда у праву ЕУ. Како ствари сада стоје, цивилни партнери заиста јесу цивилни партнери само ако их држава у коју желе да се населе као такве признаје.

5. Партнери

У досадашњем току рада разматране су позиције супружника и цивилних партнера. Уочена су ограничења која намећу релевантни прописи, али је примећено да међу њима ипак постоје и они који омогућавају шире тумачење и развој кроз праксу Европског суда правде, односно који могу чинити основ за дебату и будуће реформе. Ови прописи, међутим, не регулишу адекватно ситуацију у којој се налази велики број парова, било разнополних било истополних, који се опредељују да не закључе нити брак, нити цивилно партнерство. Одредба члана 2 CRD не препознаје невенчане или нерегистроване партнере као чланове породице који могу уживати права предвиђена Конвенцијом. Уместо тога, одредба члана 3 CRD даје нека ограничена права другим издржаваним члановима породице, као и оним

којима је потребна лична нега или члановима домаћинства држављанина, односно партнерима са којима држављанин има трајну везу. За предмет анализе у овом раду од значаја су ови последњи.

Да би неко лице потпало под ову дефиницију партнера потребно је да између њега и држављана ЕУ постоји „трајна веза“ која је „адекватно атестирана“.

Зато је прво питање које се намеће, шта чини трајну везу. На нивоу докумената ЕУ за ово питање нема готово никаквог појашњења. Водич Европске комисије за транспозицију CRD просто понавља формулацију наводећи да се Директива примењује на „*de facto* трајне везе, адекватно атестиране“. Испуњеност овог захтева мора се процењивати узимајући у обзир циљ Директиве „да се одржи породица у ширем смислу“ (Европска комисија, 2009: 5). Водич даље сугерише да држава домаћин може захтевати исправе којима се доказује трајност везе, али не постоје инструкције о томе које би то исправе могле бити.

Гранична агенција Велике Британије (UK Border Agency, 2009) даје следеће упутство:

Требао би да начелно покажете да сте били у правно признатој вези две године или дуже. То можете учинити путем заједничких банкарских рачуна, станарских уговора, пореских рачуна или доказа да обоје плаћате рачуне за заједничко место становања.

Трајна веза, дакле, јесте она која траје најмање две године, иако се некада права могу стећи и по основу везе која је краће трајала, али која може бити адекватно атестирана. Ово по себи можда и није нарочито проблематично, будући да није тешко разумети политички резон превенирања оних партнера који су у тек заснованим заједницама, које се могу, али и не морају показати трајнијим и стабилним, да се користе правима која предвиђа Конвенција. Могућности злоупотребе у супротном би заиста биле превелике.

Захтев адекватне атестираности много је теже испунити. Пружање писмених доказа може проузроковати велике проблеме за неке парове – на пример, ако је веза трајала дуго, али су се из личних разлога или радних обавеза, партнери определили да не живе заједно. Као резултат оваквог избора, они немају заједничке банкарске рачуне, нити заједнички плаћају трошкове, иако проводе време једни код других и иду заједно на одморе. Да ли се у оваквој ситуацији може сматрати да је услов адекватне атестираности испуњен? Изгледа да је властима које о томе одлучују на располагању могућност да односну одредбу примењују тако да заправо

и није битно трајање саме везе већ заједничког живота, и да без доказа о заједничком животу парови заправо и не могу доказати властима да је њихова веза трајна (Агенција ЕУ за фундаментална права). Ово може бити нарочито проблематично за млађе парове који још увек нису имали могућност да започну заједнички живот, али су намеравали то да учине, или за старије парове којима су се распале раније везе. Такви парови могли би желети да се преселе у неку државу чланицу ЕУ управо из тог разлога што настоје да започну нови живот заједно, а доказивање да је њихова веза трајнија према наведеним критеријумима било би и за њих претешко.

Поред тога, критеријум потврђивања трајности могао би бити превише тежак и за неке истополне парове. То се односи, на пример, на оне парове који напуштају државу у којој њихова веза није уопште или је само ограничено призната, или земљу у којој су могли бити прогоњени да су своју везу отворено показивали. Парови који се насељавају у некој држави чланици управо из разлога повољнијег третмана истополних заједница могу имати велике проблеме да докажу да њихова веза уопште постоји, а камоли да је трајна.

Може се, дакле, закључити да је одредба члана 3 CRD сама по себи јесте полно неутрална и може се подједнако примењивати како на партнере различитог пола, тако и на оне истог пола. Потенцијал за дискриминацију овде заправо лежи у начину интерпретације трајности везе, као и у захтевима за пружање доказа којима би се ова трајност показала (Агенција ЕУ за фундаментална права, 2010). Даља истраживања на овом пољу неопходна су да би се сагледала правна политика појединих држава чланица ЕУ, као и мера у којој постоји ризик од индиректне дискриминације по основу сексуалне оријентације.

6. Значај питања

Питање значаја ове материје намеће се као неизбежно када се зна да се ради о правном подручју које је на први поглед битно за веома мали број држављана ЕУ. Ипак проблеми који су предмет анализе у овом раду веома су важни из три основна разлога: најпре, држављани ЕУ и њихови партнери или супружници могу остваривати корпус веома значајних права предвиђених CRD-ом ако се могу подвести под одговарајуће дефиниције; затим, представљени проблеми бацају светло на тензије између политике и права ЕУ који се односе на права предвиђена Директивом са једне стране, и других политика ЕУ и законодавства којима се настоји елиминисати дискриминација; и коначно, разматрани проблеми преносе симболичку поруку о ограничености, односно потпуности, реализације принципа

једнакости унутар ЕУ. У Даљем току рада бавићемо се сваким од ових разлога понаособ.

6.1. Практичан значај

Они који се нађу у домену дефиниције садржане у одредби члана 2 (2) CRD могу уживати читав корпус права садржаних у Директиви. Другим речима, они ће имати право пребивања у држави домаћину, као и право на приступ тржишту рада без обзира на своје држављанство. Ова права могу бити од великог значаја за супружнике, односно цивилне партнере, држављане ЕУ. И док ће они имати право пребивања у прва три месеца од настањивања, као и право приступа тржишту рада на основу сопственог држављанства, уколико су неспособни за рад или не могу да нађу посао или не желе да буду економски активни, њима ће бити неопходно да своје право пребивања и право на социјалну заштиту изведу из своје признате заједнице са економски активним држављанином ЕУ са којим су се уселили у односну државу.

Ове одредбе су свакако од још веће важности за оне чланове породице држављана ЕУ који нису сами држављани ЕУ, и који се не могу ослонити на свој сопствени статус у погледу било којих права.

Многе државе чланице имају веома строге имиграционе прописе који чине веома тешким довођење држављана држава нечланица ЕУ. Економски активни држављани ЕУ могу стога бити у предности у односу на држављане који не врше своја права заснована на слободи кретања, већ желе да доведу недржављана ЕУ да са њима живи у земљи чланице. Када ово питање потпадне под домен права ЕУ, заинтересоване стране се могу ослонити да Директиву и никакви додатни услови не могу бити наметани од стране држава чланица (предмет: C-127/08 *Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform*). Оваквом решењу се замера да може довести до обрнуте дискриминације због тога што се признавање истополних партнерстава заснива на систему државе домаћина. Ипак, чини се да ЕУ и не мари сувише за овакву обрнуту дискриминацију. У ствари, Европски суд правде је у предмету *Metock* коментарисао да „када држављанима ЕУ не би било дозвољено да воде нормалан породични живот у држави чланице домаћину, уживање слобода које су им гарантоване Споразумом било би озбиљно опструирао“ (параграф 62). У примени сличног аргумента на признавање цивилних партнерстава, прихваћено је да постоји потенцијал за обрнуту дискриминацију и да, уместо да се признају права онима који тренутно не уживају признање својих веза на формалан начин, треба ојачати права оних који већ уживају такву заштиту. Ипак, централно

питање у овом контексту није обрнута, реверзна дискриминације на темељу сексуалне оријентације широм ЕУ. Одлучивши да је сексуална оријентација једна од заштићених карактеристика повезана са правом једнакости, ЕУ би требало да се усмери ка умањењу дискриминаторских настојања држава чланица. Поред тога, принуђивањем држава чланица да признају цивилна партнерства закључена у другим државама чланицама повећао би се притисак на те државе да такве заједнице понуде и сопственим држављанима и послала јасна порука да се дискриминација по основу сексуалног опредељења не толерише унутар ЕУ.

Дефиниције какве сада постоје проблематичне су не само са теоријског аспекта. Ограничење појма супружник на разнополне венчане партнере истополне супружнике чини тотално невидљивим за право ЕУ. Како они нису признати као супружници у праву ЕУ, а истовремено нису ни у грађанском партнерству како ту установу види CRD, они не спадају ни у једну категорију чланова породице које признаје Директива. Чини се бесмисленим да они који су се одлучили да се венчају и који су у националном контексту постављени на исту раван као и разнополни венчани партнери нису заштићени правом ЕУ уколико се одлуче да имигрирају у неку другу државу чланицу. Њихова права могу бити заштићена уколико изабрана држава домаћин признаје њихову заједницу или ако би се за сврху примене CRD истополни брак могао изједначити са цивилним партнерством признатим као еквивалент браку. Ипак, чини се да подвођење истополних венчаних партнера под дефиницију цивилног партнерства изобличава ту конкретну дефиницију, и то у већој мери него што би то учинило укључивање истополних венчаних партнера у дефиницију супружника. Зато је тешко увидети како је ово нешто друго до дискриминација по основу сексуалне оријентације, која се не може оправдати из једноставног разлога што ускраћује нека важна права одређеним паровима искључиво на основу њихове сексуалне оријентације. Исти аргумент може се применити на одрицање права онима који су закључили цивилна партнерства ако се таква партнерства не признају у изабраној држави домаћину.

Чланови породице из члана 3 CRD имају ужи круг права која се односе само на улазак и пребивање у одређеној држави чланици. CRD садржи одредбу по којој држава домаћин треба да уреди питања уласка и пребивања партнера у складу са сопственим националним законодавством (члан 3(2)). Под знаком је питања да ли давање ужег круга права партнерима у односу на супружнике или грађанске партнере и даље има смисла. Спроведена истраживања сугеришу да се концепти породице мењају и да много више парова бира да се не венча, односно да не региструје своју везу (Williams,

2004). Ван сваке је сумње да би и таквим партнерима требало обезбедити иста права према CRD као и онима који су венчани или регистровани. Ако се то не учини, значајан број држављана ЕУ не би могао да се насели у другој држави чланици без ризика да неће моћи да поведу свог партнера, држављана треће државе, са собом или да ће их довести у ситуацију да неће имати право да раде, односно да неће имати приступ другим правима у држави домаћину. Право ЕУ недвосмислено остаје пристрасно у корист разнополних венчаних парова (McGlynn, 2007).

6.2. Тензије између антидискриминационог права и политике

Неспремност ЕУ да призна истополна партнерства као еквивалентна разнополним није у складу са политиком ЕУ на другим подручјима. Одредба члана 10 Споразума о функционисању ЕУ наводи да ће ЕУ настојати да се бори против дискриминације засноване, између осталог, и на сексуалној оријентацији у примени својих политика и активности. Одредба члана 19 истог Споразума даје институцијама ЕУ даља овлашћења да доносе прописе којима ће се спроводити борба против дискриминације, и то се у пракси и чини. Директива 2000/78 обезбеђује једнак третман приликом запошљавања и избора занимања. Ова такозвана Оквирна директива, у делу 11, наводи да

Дискриминација заснована на ... сексуалној оријентацији може подрити реализацију циљева Споразума, нарочито остварење високог нивоа запослености и социјалне заштите, повећање животног стандарда и квалитета живота, економску и социјалну кохезију, и слободно кретање људи.

Зато изгледа да су неки аргументи које је Европски суд правде одбацио, као што је већ поменуто, заправо признати као валидни у овој Оквирној директиви. Поред тога, Комисија је признала да би заштиту од дискриминације требало проширити и изван области запошљавања. 2008. године предложена је нова Директива за борбу против дискриминације по више основа, укључујући и сексуалну оријентацију (Европска комисија 2008а). Овај предлог се и даље разматра, а последњи пут је о њему расправљано у децембру 2010. године, када је примећено да су потребни даљи рад и консултације пре него што се донесе директива (Европски савет, 2010).

Јасно је, ипак, да је ЕУ посвећена борби против дискриминације по основу сексуалне оријентације на многобројним пољима. Зашто онда толико оклева да призна истополним партнерима иста права као и разнополним паровима? Изгледа да ЕУ нема начелну кохерентну стратегију за

елиминисање дискриминације по основу сексуалне оријентације. Уместо тога, она шаље неконзистентне поруке о вредности истополних заједница, било да су оне формализоване или не. Ово је неприхватљиво из перспективе оних којих се ова питања тичу, али је проблематично и за право ЕУ у ширем смислу. Ако ЕУ недостаје кохерентност у овој области, тешко је узети било коју политику везану за једнакост претерано озбиљно. Реторика ЕУ о једнакости и борби против дискриминације свакако је подривена када ЕУ сама не примењује принцип једнаког третмана у сопственом законодавству.

6.3. Символички значај

Поред проблема везаних за недоследност политике ЕУ у погледу спречавања дискриминације по основу сексуалне оријентације о којој је већ било речи, формулисање дефиниција које доводе до дискриминације или остављају могућност да буду протумачене тако да дискриминишу, има и велики симболички значај. Као што наводи Дич (Deech, 2010), судија Јужноафричког уставног суда Алби Сакс јасно је изнео зашто се дискриминација не сме дозволити:

Искључење истополних парова из користи и одговорности које доноси брак, према томе, није мала и тангенцијална нелагодност која резултира из неколицине опсталих реликата друштвених предрасуда осуђених да испаре као јутарња роса. Оно представља строг и искривљен став закона да су истополни парови аутсајдери, и да њихова потреба за афирмацијом њихове интимне везе као људских бића јесте некако мање важна од оне разнополних партнера. Тиме се оснажује болно схватање да се они третирају као биолошки отпад, као неуспела или погрешна људска бића која се не уклапају у нормално друштво, и која се, као таква, не квалификују за пун морални обзир и поштовање које наш Устав тежи да обезбеди свакоме. То значи да је њихова способност за љубав, посвећеност и прихватање одговорности по дефиницији мања у односу на разнополне парове.

Иако је овај судија овакво мишљење изнео у контексту одрицања права истополним партнерима да закључе брак у ситуацији када ниједна друга могућност за правно признање њихове везе није постојала, слични аргументи могу се применити и на ситуацију у којој истополним паровима није приуштено признање у многим државама ЕУ, и чак у самом праву ЕУ. Идеја да се термин супружник односи искључиво на разнополне венчане супружнике очигледно је дискриминаторска и шаље исту ону

поруку коју судија Сакс критикује. Чињеницу да право ЕУ до сада није принудило државе чланице да прихвате цивилна партнерства закључена у домаћој држави чланици тешко је помирити са принципом једнаког третмана, који се иначе сматра веома важним у реторици Комисије. Зар ЕУ не треба да буде у првим редовима у борби за елиминисање ставова који су дискриминаторски? Штавише, позиција невенчаних и нерегистрованих партнера, било да се ради о истополним или разнополним паровима није довољно размотрена на начин да се обезбеди да се породице непотребно не раздвајају. ЕУ је могла послати симболичку поруку да се истополне везе вреднују исто онолико колико и разнополне, и могла је да покаже да заиста жели да подстакне јединство породице у ширем смислу. Уместо тога, она наставља да дозвољава државама чланицама да дискриминишу по основу сексуалног опредељења и то по основи већ застарелог концепта породице.³ Данас је јасно да су се друштвени ставови на које се ослањао Европски суд правде у предметима Reed, и D и Шведска, и који су испољени приликом доношења CRD свакако до сада довољно променили да је поновно разматрање приступа на овом подручју неопходно и готово извесно (Европска агенција за фундаментална права).⁴

7. Закључак

У праву ЕУ којим се ефектуира слобода кретања људи и даље је приметно фаворизовање разнополних бракова. Искључење истополних венчаних парова из домена термина супружник представља дискриминацију по основу сексуалне оријентације, што је недопустиво, имајући у виду чињеницу да ЕУ такву дискриминацију настоји да елиминира у другим областима. Цивилним партнерима, са друге стране, уживање права којима се реализује слобода кретања у ЕУ учињено је зависним од тога да ли ће држава домаћин признати њихову заједницу. На крају, иако је одредба која се односи на партнере који нису нити у браку нити у регистрованом грађанском партнерству полно неутрална, па се може подједнако применити и на истополне и на разнополне партнере, потенцијал за

3 У последњим годинама све је више истраживања која показују да се концепт породице мења. Видети, на пример, веб страницу *Care, Values and Future of Welfare* <http://www.leeds.ac.uk/cava/> или Williams (2004).

4 Поред тога, Повеља о фундаменталним правима има много већи значај након ратификације Лисабонског споразума, будући да сада има статус споразума. И док детаљно разматрање импликација ове промене излази из оквира овог рада, важно је размотрити питање да ли ова промена у статусу захтева од ЕУ да стави већи акценат на права садржана у Повељи. Штавише, приступање ЕУ Европској конвенцији о људским правима, о којем се тренутно преговара, може у будућности покренути нова питања у овој области.

дискриминацију ових лица по основу сексуалног опредељења постоји и лежи у начину интерпретације услова трајности и оцени доказа његове испуњености од стране националних власти државе у којој партнери желе да се населе. Такође, третман нерегистрованих партнера намеће питање да ли ЕУ у овој области уопште препознаје промењен карактер породице, која се све чешће заснива на везама које нису ни на који начин формализоване.

Литература

Bell, M. (2004), Holding back the tide? Cross-border recognition of same-sex partnerships within the European Union. *European review of private law*, 12 (6)

Deech, R. (2010), Civil partnership. *Family law*

D'Oliviera, J.H.U. (2000), Freedom of movement of spouses and registered partners in European Union. У: J. Basedow, I. Meier, A.K. Schnyder, T. Einhorn and D. Girsberger, eds. *Private law in the international arena – from national conflict rules towards harmonisation and unification*

European Commission (2009), *Communication on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*. COM (2009)

European Commission (2008), *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*. COM (2008a)

European Commission (2008), *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*. COM (2008) 840 final, 10 December 2008

European Commission (2003), *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, COM

European Parliament (2001), *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*

European Union Agency for Fundamental Rights (2010), *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity 2010 Update Comparative legal analysis*. Luxembourg: Publications Office of the European Union

Liber amicorum Kurt Siehr (2010), *TMC Asser Press*, The Hague

McGlynn, C. (2007), *Families and the European Union: law, politics and pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press

O'Brien, C. (2010), *Yes to gay marriage and premarital sex: a nation strips off its conservative values*

Paladini, L. (2010), Italy: *Constitutional Court rejects same-sex marriage claim*, Public Law 2010: 807

Starup, P. and Elsmore, M. (2010), Taking a logical or giant step forward? Comment on Ibrahim and Teixeira. *European Law Review*, (4)

Tobin, B. (2009), Same-sex couples and the law: recent developments in the British Isles. *International journal of law, policy and the family*, 23

UK Border Agency (2009), *Guidance notes for applying as a European national or as the family member of a European national*. Version 1.0, July 2009

Frimston, R. (2006), Marriage and non-marital registered partnerships: gold, silver and bronze in private international law. *Private client business*, 6

Caracciolo di Torella, E. and Masselot, A. (2004), Under construction: EU family law. *European law review*, 29 (1)

Williams, F. (2004), *Rethinking families*. London: Calouste Gulbenkian Foundation

Dejan Janićijević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Concept of Family in The EU Free Movement Law

Summary

This paper examines the concepts of spouse, civil partner and partner in European Union (EU) law, particularly in regulations referring to the free movement of persons, criticizing the unharmonized approach to defining family in this context. It argues that the narrow interpretation of the term spouse could lead to discrimination on the grounds of sexual orientation. Likewise, grounding free movement rights of civil partners on host state recognition of such partnerships could lead to the same result, which is not compatible with the equality principle in the EU law. The position of unmarried or unregistered partners is also considered; in particular, the paper analyses the requirement to duly attest durability of the relationship and its impact on the same-sex partners wishing to immigrate to a Member State. The author holds that it is necessary to reconsider the law in this area and adjust it to the EU's efforts to eliminate discrimination on the grounds of sexual orientation.

Keywords: spouse, same-sex marriage, civil partnership, family.

Др Јелена Видић Трнинић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.65/.68-055.3/.5(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕР КАО ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИК У САВРЕМЕНИМ ПРАВИМА ЕВРОПЕ**

Апстракт: Почев од последњих деценија прошлог века, а посебно у XXI веку, у великом броју савремених права Европе дошло је до признавања наследноправних дејстава ванбрачној заједници. Све присутнија тенденција признавања ванбрачној заједници својства чињенице по основу које се може законски наслеђивати, актуелизовала је и питање значајних разлика у погледу многобројних аспеката њене наследноправне регулативе. Аутор се у раду, управо, бави специфичностима које долазе до изражаја у националним законодавствима земаља Европске уније, приликом регулисања наследноправног положаја ванбрачног партнера, указујући на то у којој мери постојање различитих правила у погледу наслеђивања ванбрачних партнера може представљати препреку њиховом усаглашавању, односно доласку до јединственог решења на простору Европске уније. Имајући у виду да ванбрачни партнер у праву Србије не улази у круг законских наследника, у раду је учињен и осврт на разлоге који су српског законодавца мотивисали приликом опредељивања за овакво законско решење, као и на оправданост потребе да се могућност узајамног законског наслеђивања ванбрачних партнера и у нашем праву предвиди законом.

Кључне речи: ванбрачна заједница, ванбрачни партнер различитог пола, истополни ванбрачни партнер, законски наследни део.

* jvidic@pf.uns.ac.rs

** Рад је посвећен пројекту Утицај европског и прецедентног права на развој грађанског материјалног и процесног права у Србији и Војводини, који финансира Покрајински секретаријат за науку и технолошки развој.

1. Увод

Схватање о потреби признавања правних дејстава ванбрачним заједницама између партнера различитог пола присутно је почев од последњих деценија прошлог века, да би крајем XX века продрло и схватање о потреби признавања одређених правних дејстава и заједницама живота истополних партнера. Сходно наведеном, у великом броју земаља Европе ванбрачним заједницама су призната и одговарајућа наследноправна дејства.

У том смислу, упоредноправна анализа показала је да ванбрачни партнер улази у круг законских наследника у више од половине законодавства земаља Европске уније. У одређеном броју ових земаља наследноправна заштита пружа се искључиво истополним ванбрачним заједницама, у неким од њих искључиво хетеросексуалним ванбрачним заједницама, док су поједине земље приступиле наследноправном уређењу и једних и других. У правима појединих земаља ванбрачна заједница може производити наследноправна дејства само уз услов њене регистрације, док у правима неких других земаља овај услов није предвиђен. Ни обим, у којем је дошло до изједначења ванбрачне заједнице са браком, није исти, те су тако у правима појединих земаља наследноправна дејства ванбрачне заједнице у потпуности изједначена са оваквим дејствима брака, док у правима неких других земаља то није случај. Управо ове разлике, као и специфичности сваког конкретног законодавства, приликом нормирања наследноправног положаја ванбрачног партнера као законског наследника представљају тежиште истраживања, са циљем указивања на чињеницу да њихово постојање може представљати препреку усаглашавању ових правила, односно доласку до јединственог решења на простору Европске уније.

Осим тога, имајући у виду с једне стране чињеницу да у праву Србије ванбрачној заједници нису призната наследноправна дејства, а с друге стране опредељеност наше земље да приступи европским интеграцијама, у раду је учињен и осврт на разлоге који су српског законодавца, мотивисали приликом опредељивања за овакво законско решење, као и на оправданост потребе да се могућност узајамног законског наслеђивања ванбрачних партнера и у нашем праву предвиди законом. Наиме, иако Породични закон Србије из 2005. године положај ванбрачних партнера различитог пола изједначује са положајем супружника, дефинишући ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи¹ у сфери наследноправних односа, њихов положај није изједначен с обзиром на то да важећи Закон о наслеђивању Србије,

1 Чл. 4. Породичног закона Србије, *Службени гласник РС*, 18/05.

како је то наведено, ванбрачног партнера не сврстава у круг законских наследника.

2. Хронолошки приказ признавања наследноправних дејстава ванбрачној заједници

Прва земља која је ванбрачном партнеру различитог пола из фактичке заједнице признала својство законског наследника, јесте Словенија, и то Законом о наслеђивању из 1976. године.² Доношењем Закона о регистрацији истополне партнерске заједнице из 2005. године³ у праву ове земље дошло је и до признавања законских наследних права истополном партнеру из регистроване ванбрачне заједнице, при чему је, почев од 2013. године, могуће и наслеђивање између истополних партнера из фактичких ванбрачних заједница.

Претежно, током последње деценије XX века, могућност законског наслеђивања између истополних ванбрачних партнера, доношењем Закона о регистрованом партнерству, предвиделе су и скандинавске земље. У Данској је до доношења овог закона дошло 1989. године,⁴ у Шведској 1994. године,⁵ а у Финској 2001. године.⁶

Крајем прошлог века законска наследна права ванбрачном партнеру призната су и у праву Холандије доношењем Закона о регистрованом партнерству из 1998. године, којим су регулисане и хетеросексуалне и истополне ванбрачне заједнице, а која су инкорпорирани у Грађански законик Холандије.⁷ У праву Белгије 2000. године ступио је на снагу Закон о законској кохабитацији из 1998. године којим ванбрачним

2 Zakon o dedovanju (ZD), *Uradni list SRS*, 15/76, Retrieved 04, February 2014, from <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO317>

3 Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS), *Uradni list RS*, 65/2005, Retrieved 04, February 2014, from <http://www.uradni-list.si/1/content?id=56999>

4 The registered partnership Act, No. 372 of June 1, 1989, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>

5 The Law on Registered Partnership (1994:117), Retrieved 05, February 2014, from <http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Suede-TheRegisteredPartnershipAct.pdf>

6 Act on registered partnership, No. 950/2001, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>

Act on registered partnership, No. 950/2001, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>

7 Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW4.html>. Нови наследноправни прописи Холандије - Књига IV Грађанског законика Холандије, ступили су на снагу 1. 1. 2003. године.

партнерима истог и различитог пола, који су сачинили писмену изјаву о кохабитацији код одговарајућих локалних власти, није била призната могућност узајамног наслеђивања, с тим што су изменама које су у овом праву ступиле на снагу 2007. године, а које су инкорпориране у Грађански законик Белгије,⁸ надживелом кохабитанту призната и одређена законска наследна права.

Признавање ванбрачном партнеру својства законског наследника нарочито је постало актуелно током прве деценије овог века када су бројне земље Европе својим националним законодавствима уредиле ово питање. Тако је у праву Немачке Законом о регистрованом животном партнерству из 2001. године⁹ дошло до признавања законских наследних права истополним партнерима из регистроване ванбрачне заједнице. Након тога, и у праву Хрватске, ванбрачном партнеру различитог пола из фактичке заједнице признато је својство законског наследника Законом о наслеђивању из 2003. године,¹⁰ при чему је у праву ове земље, 2014. године, Законом о животном партнерству особа истог пола¹¹ дошло и до признавања законских наследних права како истополним партнерима из регистрованих ванбрачних заједница тако и истополним партнерима из фактичких ванбрачних заједница. Током 2004. године право законског наслеђивања истополном партнеру из регистроване ванбрачне заједнице признато је и у праву Енглеске, доношењем Закона о регистрованом партнерству.¹² У праву Чешке 2006. године доношењем Закона о регистрованом партнерству¹³ такође је дошло до признавања законских наследних права истополним партнерима из регистрованих ванбрачних заједница. Следећа земља која је признала наследноправна дејства ванбрачној заједници је Грчка, која је то учинила Законом из 2008. године.¹⁴ Њиме је право законског

8 Code Civil Belge, Retrieved 06, February 2014, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>

9 Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG), Retrieved 06, February 2014, from <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BjNR026610001.html>

10 Zakon o nasljeđivanju Hrvatske, *Narodne novine*, 48/2003, Retrieved 06, February 2014, from http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp

11 Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, 92/14, Retrieved 12, August 2014, from <http://www.zakon.hr/>

12 Civil Partnership Act 2004, Retrieved 07, February 2014, from http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_1

13 Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, Předpis č. 115/2006 Sb., Retrieved 08, February 2014, from <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-115>

14 Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society, Retrieved 09, February 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#%22itemid%22:\[%22001-128294%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#%22itemid%22:[%22001-128294%22]})

наслеђивања признато ванбрачним партнерима различитог пола, који су регистровали своју заједницу. Током 2009. године у праву Мађарске дошло је до признавања наследноправних дејстава ванбрачној заједници када је ступио на снагу Закон о регистрованом партнерству,¹⁵ којим је предвиђена могућност регистрације искључиво истополних ванбрачних заједница, а којим су партнери из оваквих заједница стекли и право узајамног законског наслеђивања. Након наведених земаља до признавања наследноправних дејстава ванбрачној заједници дошло је и у праву Ирске, Законом о грађанском партнерству и одређеним правима и обавезама кохабитаната из 2010. године,¹⁶ којим су законска наследна права призната како истополним партнерима из регистрованих ванбрачних заједница тако и кохабитантима, односно ванбрачним партнерима истог и различитог пола из фактичких заједница. У 2010. години законска наследна права призната су и истополним партнерима из регистрованих ванбрачних заједница у праву Аустрије, а која су инкорпорирана у Аустријски грађански законик.¹⁷ Напослетку, у праву Малте Законом о ванбрачним заједницама из 2014. године¹⁸ право законског наслеђивања признато је како истополним тако и ванбрачним партнерима различитог пола под условом регистрације ванбрачне заједнице.

3. Врста ванбрачне заједнице по основу које се може наслеђивати и неопходност њене регистрације

Иако је, када је реч о врсти ванбрачне заједнице по основу које се може наслеђивати, позитивноправно стање националних законодавстава Европе разнолико, одређене тенденције се могу уочити.

У том смислу, приметно је да ванбрачна заједница у највећем броју законодавстава, представља основ позивања на наслеђивање, само ако се ради о истополној ванбрачној заједници. То су законодавства Шведске, Данске, Финске, Чешке, Мађарске, Енглеске, Аустрије и Немачке. У нешто мањем броју законодавстава, ванбрачна заједница представља основ позивања на наслеђивање, независно од тога да ли се ради о

15 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról, Retrieved 11, February 2014, from http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A0900029.TV

16 Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, Retrieved 12, February 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0024/index.html>

17 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), Retrieved 12, February 2014, from http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html

18 ACT No. IX of 2014, Retrieved 14, July 2014, from <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26024&l=1>

хетеросексуалној или истополној ванбрачној заједници. Ово је случај у законодавствима Словеније, Хрватске, Белгије, Холандије, Ирске и Малте. Напошетку, у праву Грчке наслеђивање је могуће само по основу хетеросексуалне ванбрачне заједнице.

Неуједначеност је присутна и у погледу питања неопходности регистравања ванбрачне заједнице пред одговарајућим надлежним државним органом, као услова под претпоставком чијег испуњења она може производити одговарајућа правна дејства, па и наследноправна. Ипак, и у погледу овог питања, видљиве су тежње којима савремена национална законодавства стреме.

У том смислу, уочљиво је да у већини посматраних законодавстава ванбрачна заједница може производити одговарајућа правна дејства, па и наследноправна, само уз претпоставку испуњења услова који се односи на њено регистравање. У ову групу, улазе законодавства Шведске, Данске, Финске, Чешке, Мађарске, Енглеске, Аустрије и Немачке. У наведену групу улазе и законодавства Холандије, Белгије и Малте, у којима неопходност регистравања постоји у погледу обе врсте ванбрачне заједнице које у њима могу производити наследноправна дејства. Напошетку, у ову групу улази и законодавство Грчке у којем неопходност регистравања постоји у погледу хетеросексуалне ванбрачне заједнице као јединог вида правно прихваћене ванбрачне заједнице у њему.

Разлике у погледу неопходности услова регистравања ванбрачне заједнице понекад се могу уочити и у оквиру једног истог законодавства. Тако се у правима Ирске, Словеније и Хрватске истополни ванбрачни партнери могу узајамно наслеђивати уколико је овакво партнерство регистровано. У праву Ирске могућност остваривања законских наследних права постоји и између ванбрачних партнера из фактичких заједница који су живели заједно најмање пет година или најмање две године, уколико имају заједничку децу.¹⁹ У праву Словеније до 2013. године, а у праву Хрватске до 2014. године, Законима о наслеђивању ових земаља законско право наслеђивања ванбрачних партнера из фактичких заједница, које су трајале дуже време, било је резервисано искључиво за ванбрачне partnere различитог пола.²⁰ Одлуком Уставног суда Словеније из 2013. године споменута одредба Закона о наслеђивању проглашена је неуставном,

19 Part 15, section 172 (1) (5) Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act.

20 Čl. 10/2 Zakona o dedovanju; čl. 8/2 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske. О критеријумима који се имају узети у обзир приликом оцене времена трајања хетеросексуалне ванбрачне заједнице, које је неопходно за признавање наследноправних дејстава истој, видети: (Gavela, Belaj, 2008: 196).

уз образложење, да се њоме, на овакав начин, прави дискриминација у наслеђивању истополних ванбрачних партнера из фактичких заједница, и то искључиво по основу сексуалне оријентације. Стога, након наведене одлуке, право законског наслеђивања у законодавству ове земље припада и истополним ванбрачним партнерима из фактичких заједница.²¹ Законом о животном партнерству особа истог пола Хрватске из 2014. године предвиђено је да законска наследна права може остварити и истополни ванбрачни партнер, под условом да је неформално животно партнерство трајало најмање три године и од почетка испуњавало претпоставке прописане за његову ваљаност.²²

4. Наследноправни положај ванбрачног партнера

У највећем броју законодавстава Европске уније наследноправни утицај брачне везе квалитативно је изједначен са сродством, с обзиром на то да најчешћи вид наследноправног овлашћења супружника представља наслеђивање у својину. Исти наследноправни утицај има и ванбрачна заједница, имајући у виду чињеницу да се у претежном броју ових права ванбрачној заједници признаје идентичан обим наследноправних дејстава, који, у сваком од њих, има и чињеница брака. Ово је случај у законодавствима Шведске, Данске, Финске, Чешке, Мађарске, Енглеске, Аустрије, Немачке, Хрватске, Холандије, Малте,²³ Словеније,²⁴ као и Ирске, када се ради о

21 Odločba U-I-212/10-15, Retrieved 04, February 2014, from <http://odlocitve.us-rs.si/ursr/us-odl.nsf/o/FC62EF78571FE59EC1257B4800408D62>

22 Čl. 3/1; čl. 4/2 Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola.

23 Chapter 3, section 1. The Law on Registered Partnership (1994: 117); section 3, The registered partnership Act, No. 372 of June 1, 1989; chapter 3, section 8. (1) Act on registered partnership, No. 950/2001; § 45. Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, Předpis č. 115/2006 Sb; 3. § (1) c) 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról; chapter 3, s. 71. Civil Partnership Act 2004; § 537 a Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB); § 10. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG); čl. 8/2 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske; čl. 4/2, čl. 55. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola; art. 8 (1) Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht; art. 4 (1) ACT No. IX of 2014.

24 Čl. 10/2 Zakona o dedovanju. Одлуком Уставног суда Словеније из 2009. године, čl. 22. Закона о регистрацији истополне партнерске заједнице, којим је било регулисано наслеђивање између истополних ванбрачних партнера, проглашен је неуставним, уз образложење да се њиме прави дискриминација у наслеђивању истополних ванбрачних партнера у односу на супружнике, односно ванбрачне партнере различитог пола. Услед тога, након наведене одлуке, у погледу наслеђивања између истополних партнера из регистрованих ванбрачних заједница важе иста она правила која се примењују и у погледу наслеђивања између супружника, односно ванбрачних партнера

истополним партнерима из регистроване ванбрачне заједнице.²⁵

Међутим, иако квалитативно изједначење утицаја чињенице ванбрачне заједнице са чињеницом сродства у данас постојећим правима Европе представља правило, конкретан наследноправни положај ванбрачног партнера није у свима њима исти. Ипак, без обзира на сву разноликост регулативе, која је присутна у погледу начина решавања овог питања, а која се јавља као последица утицаја различитих историјских, друштвених, економских, културних, социјалних, моралних и политичких фактора, одређене тенденције се могу уочити.

4.1. Наследноправни положај ванбрачног партнера у првом наследном реду

Наследноправни положај ванбрачног партнера²⁶ у конкуренцији са сродницима оставиоца, изразито је повољан, при чему оваква позиција ванбрачног партнера долази до изражаја, чак и онда када се као његови потенцијални санаследници појављују потомци оставиоца. Правна регулатива великог броја земаља представља пример за то. Тако, кроз специфична законска решења садржана у Законима о наслеђивању Данске и Шведске, као и у Грађанском законнику Холандије долази до изражаја привилеговање наследноправног положаја супружника, а тиме и ванбрачног партнера оставиоца у односу на његово потомство, чији се крајњи наследноправни исход огледа у тежњи да целокупна заоставштина оставиоца припадне надживелом супружнику, односно ванбрачном партнеру све до његове смрти, који, по правилу, представља

различитог пола из фактичких заједница, према Закону о наслеђивању ове земље (Odločba U-I-425/06-10, Retrieved 04, February 2014, from <http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#/Odlocba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istospolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavu>). Осим тога, након споменуте Одлуке Уставног суда Словеније из 2013. године, у погледу наслеђивања између истополних ванбрачних партнера из фактичких заједница, важе иста она правила, која се примењују и у погледу наслеђивања између ванбрачних партнера различитог пола из фактичких заједница, односно, између супружника, према Закону о наслеђивању ове земље.

25 Part 8, section 73. Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

26 Имајући у виду да је у претходним излагањима већ указано која/е врста/е ванбрачне заједнице је/су прихваћена/е у сваком од посматраних законодавстава, у даљим излагањима, ради избегавања непотребног понављања, искључиво ће бити коришћен израз – ванбрачни партнер, осим, у погледу оних законодавстава, у којима се обим конкретних наследноправних овлашћења ванбрачног партнера разликује, у зависности од тога о којој врсти ванбрачне заједнице је реч.

моменат остваривања законских наследних права потомака оставиоца.²⁷ У праву Ирске повољнији наследноправни положај супружника, односно ванбрачног партнера од положаја потомака као законских наследника произлази из величине његовог законског наследног дела у конкуренцији са њима, а који према Закону о наслеђивању ове земље износи 2/3 заоставштине.²⁸ У праву Енглеске супружнику, а тиме и ванбрачном партнеру, у случају када конкурише са потомцима на име наследноправних овлашћења припадају у потпуности у својину све покретне ствари из личне имовине, законски легат у износу од 125.000 фунти, као и камата на законски легат 6% годишње, почев од дана смрти оставиоца па до исплате. Преостала заоставштина дели се на две половине, при чему једна половина остатка заоставштине припада потомству оставиоца, док на другој половини остатка заоставштине ванбрачном партнеру припада право на доживотну камату (имовина након смрти ванбрачног партнера припада потомству).²⁹ Према Грађанским законцима Мађарске и Малте супружнику, а тиме и ванбрачном партнеру оставиоца, у конкуренцији са потомцима припада право плодуживања на непокретности у којој је он заједно живео са оставиоцем, као и на покућству и другим стварима које служе тој непокретности, при чему, у праву Мађарске остатак заоставштине дели на једнаке делове са оставиоцевим првостепеним потомцима,³⁰ док му у праву Малте припада 1/2 заоставштине, а другу половину деле првостепени потомци.³¹ Напослетку, Грађанским закоником Чешке, као и Законима о наслеђивању Хрватске и Словеније, предвиђено је

27 О конкретном начину поделе заоставштине између потомака и супружника, односно ванбрачног партнера у наведеним правима, видети: kapitel 4. §17, §18, § 26, kapitel 2. § 9. stk. 1., § 11. stk. 2, LOV nr 515 af 06/06/2007 Gaeldende (Arveloven), Retrieved 11, March 2014, from <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=2664>; 3 kap. 1§, 2§, 9§ Årvdabalk (1958:637), Retrieved 11, March 2014, from <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19580637.HTM>.; art. 10/1 a, art.11/1, art. 13/ 2-4. Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht.

28 Part 6, section 67 (2) Succession Act, 1965, Number 27/1965, Retrieved 12, March 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/1965/en/act/pub/0027/index.html>.

29 S. 46(2) Administration of Estates Act 1925, Retrieved 13, March 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents>. Заоставштина на коју потомци имају право, држаће се у законском трасту (*statutory trust*), која ће се делити на једнаке делове између оне деце оставиоца која су жива у тренутку његове смрти и која су навршила 18 година или су ступила у брак, односно, формирала грађанско партнерство пре навршених 18 година живота (s. 47(1) Administration of Estates Act 1925). Опширније о законском трасту за потомке видети: (Sawyer, 1995:180-182; Mellows, 1993:181-182).

30 7:58. § (1), 7:55. § (1) (2) 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről, Retrieved 13, June 2014, from http://n/ptk2013.hu/wp-content/uploads/2013/03/uj_ptk_szov.html

31 Art. 808., art. 635., art. 633. Civil Code of Malta, Retrieved 12, March 2014, from <http://landwise.landesa.org/record/1070>.

да супружник, а тиме и ванбрачни партнер, дели заоставштину на једнаке делове са оставиочевим првостепеним потомством, што значи да наведена лица у њима имају потпуно исти наследноправни положај.³²

Наследноправна позиција ванбрачног партнера неповољнија је од овакве позиције потомства оставиоца у знатно мањем броју законодавстава. Тако, наследни део супружника, односно ванбрачног партнера у првом наследном реду, према Грађанском законнику Аустрије износи 1/3 заоставштине,³³ а према Грађанском законнику Немачке 1/4 заоставштине.³⁴ У праву Финске према Закону о наслеђивању ове земље заоставштину, чак и у случају постојања оставиочевог супружника, а тиме и ванбрачног партнера, наслеђују само оставиочеви потомци, између којих се заоставштину дели на једнаке делове, уколико се ради о првостепеним потомцима, док се максимум заштите положаја ванбрачног партнера огледа у његовом праву да остане у поседу целе (неподељене) имовине ванбрачних партнера.³⁵

Неповољнији наследноправни положај ванбрачног партнера у односу на потомство оставиоца нарочито долази до изражаја у оним законодавствима у којима ванбрачни партнер има ужа законска наследна права у односу на она која супружник (или у појединим од њих и истополни партнер из регистроване ванбрачне заједнице) оставиоца има у њима. Тако у праву Грчке ванбрачном партнеру на име законског наследног дела у конкуренцији са потомцима припада право на 1/6 заоставштине, за разлику од супружника, којем, према Грађанском законнику ове земље, у првом наследном реду припада право на 1/4 заоставштине.³⁶ У праву Белгије наследноправна овлашћења ванбрачног партнера у конкуренцији са потомством оставиоца огледају се у његовом праву доживотног плодуживања на непокретности која је током заједничког живота представљала заједничко пребивалиште, као и на покућству којим је ова

32 § 1635. Law No. 89/2012 Coll. Civil Code of the Czech Republic, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb> ; čl. 11. Zakona o dedovanju Slovenije; čl. 9. Zakona o nasljeđivanju Hrvatske.

33 § 757 (1) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

34 § 1931 (1) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) из 1896. године, Retrieved 14, March 2014, from <http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html>

35 Chapter 2, section 1; chapter 3, section 1a (1) (2) Code of inheritance Finland, 40/1965, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>

36 Section 11 (1), Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society; art. 1820. Civil code of the Hellenic Republic, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikos/%CE%95%CF%85%CF%81%CE%B5%CF%84%CE%AE%CF%81%CE%B9%CE%BF/%CE%91%CE%A3%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%9F%CE%A3%CE%9A%CE%A9%CE%94%CE%99%CE%9A%CE%91%CE%A3/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>.

непокретност опремљена, за разлику од супружника којем у овом случају припада право доживотног плодуживања на целој заоставштини која на име наслеђа припада потомству оставиоца.³⁷ Напоследку, за разлику од супружника и истополног партнера из регистроване ванбрачне заједнице, наследна права ванбрачних партнера из фактичких заједница ужа су од оваквих права потомака и у праву Ирске имајући у виду чињеницу да они немају аутоматски право наслеђивања умрлог ванбрачног партнера, већ искључиво право да поставе захтев суду за одговарајуће обезбеђење из заоставштине, а у случају финансијске зависности од умрлог партнера.³⁸

4.2. Наследноправни положај ванбрачног партнера у осталим наследним редовима

У односу на остале сроднике оставиоца ванбрачни партнер има још повољнији наследноправни положај. У одређеном броју права, као што су права Данске, Шведске, Финске, Холандије, Малте и Ирске, овакав наследноправни положај супружника, а тиме и ванбрачног партнера, произлази из чињенице да он у случају непостојања потомака може искључити из наслеђивања било које претке и побочне сроднике, као његове потенцијалне законске наследнике.³⁹

У осталим правима ванбрачни партнер оставиоца може искључити из наслеђивања велики број предака и побочних сродника, при чему у ситуацији када наслеђује истовремено са неким од њих, посматрано са аспекта обима наследноправних овлашћења, по правилу има повољнији наследноправни положај. У том смислу, круг споменутих сродника, који супружнику, а тиме и ванбрачном партнеру оставиоца могу конкурисати у наслеђивању, најужи је у правима Хрватске и Чешке, у којима он обухвата само родитеље оставиоца, у конкуренцији са којима му, на име наследног

37 Art. 745. *octies* § 1; art. 745. *bis* § 1. Code Civil Belge.

38 Part 15, Section 194, Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

39 Специфичност права скандинавских земаља, која их разликује у односу на остала права Европе, огледа се у чињеници да надживелог супружника, односно ванбрачног партнера, који се у једном моменту, појавио као једини наследник заоставштине, након његове смрти имају право да наследе, не само његови наследници, већ и наследници раније умрлог супружника, односно ванбрачног партнера. Видети: Kapitel 2. § 9. stk. 2., kapitel 3. § 15. stk. 1-2. LOV nr 515 af 06/06/2007 Gaeldende (Arveloven); 3 kap. 2§ Ärvdabalk (1958:637); chapter 3, section 1 Code of inheritance Finland, 40/1965; art. 10/1 a,b Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht; art. 810. Civil Code of Malta; part 6, section 67 (1) Succession Act, 1965, Number 27/1965.

дела, припада 1/2 заоставштине.⁴⁰ Донекле сличан наследноправни положај супружник, а тиме и ванбрачни партнер, има и у праву Мађарске када се ради о наслеђивању добара тековине, с обзиром на чињеницу да њему у наслеђивању ових добара такође могу конкурисати само родитељи оставиоца. Наследноправна овлашћења ванбрачног партнера на наведеним добрима огледају се у његовом праву да наследи некретнину у којој је заједно становао са оставиоцем, као и покућство и остале ствари које су служиле тој некретнини, при чему му припада и право на 1/2 остатка заоставштине.⁴¹ У правима Енглеске и Словеније круг предака и побочних сродника који супружнику, а тиме и ванбрачном партнеру, могу конкурисати у наслеђивању, поред родитеља оставиоца, обухвата још и сво њихово потомство (у праву Енглеске само потомство рођених браће и сестара). Притом је законски наследни део ванбрачног партнера у конкуренцији са наведеним сродницима у правима ових земаља, такође, постављен на висок начин. Тако он у праву Словеније износи 1/2 заоставштине.⁴² У праву Енглеске ванбрачном партнеру припада право на све покретне ствари из личне имовине, као и на законски легат који износи 200.000 фунти, уз камату на законски легат 6% годишње почев од дана смрти оставиоца, па до исплате, при чему му припада и право на једну половину преостале заоставштине.⁴³ У законодавствима појединих земаља германске правне традиције круг предака и побочних сродника, које супружник, односно ванбрачни партнер може искључити из наслеђивања још је ужи, с тим што и у овим законодавствима, у прилог повољније наследноправне позиције ванбрачног партнера у односу на овакву позицију предака и побочних сродника који му могу конкурисати у наслеђивању, говори висина његовог законског наследног дела. Тако, у праву Аустрије, круг сродника који ванбрачном партнеру могу конкурисати у наслеђивању, обухвата родитеље и њихове првостепене потомке, као и деде и бабе оставиоца, у конкуренцији са којима он има право да наследи 2/3 заоставштине.⁴⁴ У праву Немачке овај круг обухвата родитеље и све њихове потомке, као и деде и бабе оставиоца, у конкуренцији са којима ванбрачни партнер има право да наследи 1/2 заоставштине.⁴⁵

40 Čl. 11/1-3 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske; § 1636, § 1637 (1) Law No. 89/2012 Coll. Civil Code of the Czech Republic.

41 B. 7:60. §, 7:61. § 2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről.

42 Čl. 14/1-2, čl. 17 Zakona o dedovanju Slovenije.

43 S. 46(3) Administration of Estates Act 1925.

44 § 757 (1) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

45 § 1931 (1-2) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) из 1896. године.

Наследноправна позиција ванбрачног партнера није повољнија у односу на овакву позицију предака, односно побочних сродника оставиоца, или то, барем, не мора увек бити у малом броју савремених поредака Европе. Тако у законодавству Мађарске ванбрачни партнер може да се појави као наследник на добрима старине тек уколико нема ниједног претка и побочног сродника, као потенцијалног наследника на њима, којем у супротном, у конкуренцији са споменутим сродницима, по правилу припада право плодуживања на овим добрима.⁴⁶

Неповољнији наследноправни положај ванбрачног партнера у односу на претке и побочне сроднике оставиоца посебно долази до изражаја у оним правима у којима ванбрачни партнер има ужа законска наследна права у односу на она која супружник (или у појединим од њих и истополни партнер из регистроване ванбрачне заједнице) оставиоца има у њима. У том смислу, у правима Грчке и Белгије ванбрачни партнер из права законског наслеђивања не може искључити ниједног претка нити побочног сродника који улазе у круг потенцијалних законских наследника у правима ових земаља. Притом, у праву Грчке ванбрачном партнеру у конкуренцији са наведеним сродницима, припада право на 1/3 заоставштине, за разлику од супружника којем, у оваквом случају, припада право на 1/2 заоставштине.⁴⁷ У праву Белгије ванбрачном партнеру припада исти онај обим доживотног плодуживања који му припада и у случају конкуренције потомака, за разлику од супружника, којем у овом случају, припада или право доживотног плодуживања на целој заоставштини (у случају постојања режима одвојености имовина) или право наслеђивања на целокупној заједничкој имовини и плодуживања на посебној имовини оставиоца (у случају постојања режима заједничке имовине).⁴⁸ Напоследку, ванбрачни партнери из фактичких заједница у праву Ирске, а за разлику од супружника и истополног партнера из регистроване ванбрачне заједнице, такође не могу искључити из наслеђивања ниједног претка и побочног сродника, при чему у конкуренцији са њима имају исти онај обим наследноправних овлашћења који им припада и у случају постојања потомака оставиоца.⁴⁹

46 7:68. §, 7:69. § 2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről.

47 Section 11 (1), Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society; art. 1820-1821. Civil code of the Hellenic Republic.

48 Art. 745. *octies* § 1; art. 745. *bis* § 1. Code Civil Belge.

49 Part 15, Section 194, Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010.

5. Закључак

У великом броју законодавстава Европске уније у једном релативно кратком временском периоду дошло је до признавања ванбрачног партнера положаја законског наследника, што је истовремено актуелизовало и питање значајних разлика у погледу многобројних аспеката наследноправне регулативе ванбрачне заједнице. У том смислу различит је, најпре, начин регулисања врсте ванбрачне заједнице по основу које се може наслеђивати. Разликује се и начин нормирања питања неопходности њене регистрације, као услова за наслеђивање ванбрачних партнера. Ставови савремених законодавстава, нису исти ни у погледу питања признавања ванбрачној заједници истих или ужих наследноправних дејстава у односу на брак. Од посебног значаја су специфичности сваког конкретног законодавства у погледу наследноправног положаја ванбрачног партнера у конкуренцији са сродницима као законским наследницима.

Ове разлике свакако представљају баријеру неопходности хармонизације приватног права националних држава и стварања заједничког права у смислу приближавања националних правних система на простору Европске уније. Међутим, треба назначити да су оне у великој мери последица чињенице да је наследно право више него било која друга грана права обојено традицијом, менталитетом, а делом и историјом односа са народима. Докле год постоје те разлике између народа европских земаља, не може се говорити да ће *de lege ferenda*, у једном кратком периоду, доћи до апсолутне унификације приватног – наследног права у погледу правне регулативе овог питања. Ипак, према тенденцијама које су уочене кроз овај рад, имајући у виду стање од пре две или три деценије, када, по правилу, осим правним пословима за случај смрти, није било могуће пренети имовину ванбрачном партнеру, прихваћена решења у посматраним земљама Европе, указују на одређена кретања у правцу унификације и овог дела приватног права, за коју ће, међутим, управо због специфичности правне гране и односа које оно регулише, бити потребно дуже време него што је то случај са неким другим правним гранама.

Када је реч о нашем праву, мишљења смо да непризнавање наследноправног значаја ванбрачној заједници представља одговарајући правни израз респектовања законодавца још увек традиционалног става нашег друштва по питању схватања и уважавања брака и брачних вредности с једне стране, и схватања и уважавања вредности ванбрачне заједнице са друге стране. Међутим, опредељеност Србије да приступи европским интеграцијама свакако ће у блиској будућности актуелизовати ово питање и код нас. Као највећи проблем који би се појавио појавио по питању законских наследних

права ванбрачних партнера, при сада постојећој концепцији фактичке ванбрачне заједнице, видимо немогућност објективног проверавања њене трајности, који, као правни стандард, инаугурише Породични закон Србије. Ту наравно не мислимо само на временско трајање него и на квалитет трајности ванбрачне заједнице. Као решење сматрамо једино могућност да се у судском поступку овај квалитет доказује аналогијом са одредбама породичног права, у којем се у поступку за поделу заједничке имовине између ванбрачних партнера трајност ванбрачне заједнице поставља као фактичко питање и у сваком конкретном случају се мора посебно доказивати. Због тога смо мишљења да, при важећој концепцији ванбрачне заједнице, она у нашем праву не би требало да стекне својство чињенице која би представљала основ позивања на наслеђивање. У овом контексту ваља напоменути да је у Преднацрту Грађанског законика Србије предложена могућност регистрације ванбрачне заједнице.⁵⁰ Концепт ванбрачне заједнице који би подразумевао обавезу њене регистрације пред одговарајућим органом, а који је као такав прихваћен и у великом броју осталих права Европе, представљао би бољи и квалитетнији начин њеног регулисања, под претпоставком чијег прихватања би могућност увођења права узајамног законског наслеђивања између ванбрачних партнера требало размотрити и у нашем праву.

Литература

Administration of Estates Act 1925, Retrieved 13, March 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents>

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) из 1811 године , Retrieved 12, February 2014, from http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html

Act on partnership, No. 950/2001, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>

ACT IX of 2014, Retrieved 14, July 2014, from <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26024&l=1>

Ärvdabalk (1958:637), Retrieved 11, March 2014, from <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19580637.htm>

50 Чл. 4. Преднацрта Грађанског законика Србије, Трећа књига, Породични односи, Retrieved 17, March 2014, from <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>.

Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Retrieved 07, February 2014, from <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20022194/201307010000/211.231.pdf>

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) из 1896. године, Retrieved 14, March 2014, from <http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html>

Burgerlijk Wetboek Boek 4. Erfrecht, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW4.html>

Gavela, N., Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb

Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG), Retrieved 06, February 2014, from <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html>

Zakon o dedovanju Slovenije (ZD). *Uradni list SRS*, Br. 15 (1976); Retrieved 04, February 2014, from <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO317>

Zakon o nasljeđivanju Hrvatske, *Narodne novine*, Br. 48 (2003); Retrieved 06, February 2014, from http://www.poslovniforum.hr/zakoni/z_naslj01.asp

Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS), *Uradni list RS*, Br. 65 (2005); Retrieved 04, February 2014, from <http://www.uradni-list.si/1/content?id=56999>

Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, *Předpis č. 115 (2006) Sb*; Retrieved 08, February 2014, from <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-115>

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, Br. 92 (2014); Retrieved 12, August 2014, from <http://www.zakon.hr/>

Law no. 3719/2008 - Reforms concerning the family, children and society, Retrieved 09, February 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#{%22itemid%22:\[%22001-128294%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128294#{%22itemid%22:[%22001-128294%22]})

Law No. 89/2012 Coll. Civil Code of the Czech Republic, Retrieved 14, March 2014, from: <http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb>

LOV nr 515 af 06/06/2007 Gaeldende (Arveloven), Retrieved 11, March 2014, from <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=2664>

Mellows, A. R. (1993). *The Law of Succession*. London

Odložba U-I-212/10-15, Retrieved 04, February 2014, from <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/FC62EF78571FE59EC1257B4800408D62>

Odločba U-I-425/06-10, Retrieved 04, February 2014, from [http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#!/Odlocba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istospolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavu\(\)](http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#!/Odlocba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istospolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavu())

Преднацрт Грађанског законика Србије, Трећа књига, Породични односи, Retrieved 17, March 2014, from <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

Породични закон Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 18 (2005)

Sawyer, C. (1995). *Succession, Wills & Probate*. Bristol

Succession Act, 1965, Number 27 (1965); Retrieved 12, March 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/1965/en/act/pub/0027/index.html>

The registered partnership Act, No. 372 of June 1, 1989, Retrieved 05, February 2014, from <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>

The Law on Registered Partnership (1994:117), Retrieved 05, February 2014, from <http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Suede-TheRegisteredPartnershipAct.pdf>

Civil Partnership Act 2004, Retrieved 07, February 2014, from http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_1

Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, Retrieved 12, February 2014, from <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0024/index.html>

Code of inheritance Finland, Number 40 (1965); Retrieved 14, March 2014, from <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>

Code Civil Belge, Retrieved 06, February 2014, from <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>

Civil Code of Malta, Retrieved 12, March 2014, from <http://landwise.landesat.org/record/1070>

Civil code of the Hellenic Republic, Retrieved 14, March 2014, from <http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikos/%CE%95%CF%85%CF%81%CE%B5%CF%84%CE%AE%CF%81%CE%B9%CE%BF/%CE%91%CE%A3%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%9F%CE%A3%CE%9A%CE%A9%CE%94%CE%99%CE%9A%CE%91%CE%A3/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>

2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes

törvények módosításáról, Retrieved 11, February 2014, from http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A0900029.TV

2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről, Retrieved 13, June 2014, from http://n/ptk2013.hu/wp-content/uploads/2013/03/uj_ptk_szov.html

Jelena Vidić Trninić, LL.D.

Assistant professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad

**Cohabitation Partner as an Intestate heir in
Contemporary European Laws**

Summary

The author of this paper analyses the legal position of cohabitation partners with regard to succession as defined in contemporary European jurisdictions, focusing on the significant differences that may be observed concerning various aspects of their succession regulations. The author argues that although there is a whole range of different rules dealing with the succession of cohabitation partners, which certainly are an obstacle on the path to their alignment within EU, the mechanisms adopted in the studied jurisdictions do seem to go in the direction of unification of this area of private law, too. Nevertheless, given the particular character of this area of law and the relationships that it regulates, such unification shall – in author’s opinion – take longer time than it is required for some other areas of law. At the same time, it is the author’s belief that the factual cohabitation as it exists in domestic law, with its shortcomings herein presented, should not be recognised as a ground for legal succession, whilst, provided there is a revision of the concept of cohabitation in domestic law reflected in addition of the requirement of its registration, the domestic law should consider introducing the mutual legal succession between cohabitation partners.

Key words: cohabitation, cohabitation partner, same-sex partner, intestate share.

Анђелија Тасић,*
Асистенткиња Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.921.3

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРОЦЕСНИ ПОЛОЖАЈ УМЕШАЧА У АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИМ ПАРНИЦАМА**

Апстракт: Парница, по правилу, за сва трећа лица представља *res inter alios gesta*. Међутим, правилима општег парничног поступка, али и процесним правилима садржаним у другим законима, одређеном кругу лица допуштено је да учествују у туђој парници када се донета одлука тиче и њихових права и интереса. Предмет анализе у овом раду јесу правила о учешћу умешача у антидискриминационим парницама која су различито регулисана у домаћем антидискриминационом законодавству. У раду ће бити дат критички осврт на постојећа законска решења, отворено питање целисходности учешћа појединих субјеката у парници у својству умешача и сагледан простор за другачије уређивање ове области *de lege ferenda*.

Кључне речи: умешач, интервенцијско дејство пресуде, антидискриминационе парнице.

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број 179046).

1. Уводне напомене

Да парница, по правилу, за сва трећа лица представља *res inter alios gesta* већ одавно представља аксиом парничног процесног права. Ипак, од овог правила постоје изузеци. Одређена трећа лица, различита од суда и странака, могу да имају правни интерес¹ да учествују у парници на страни тужиоца или туженог када успех једне од парничних странака може да утиче и на њихова права и интересе, а донета пресуда може да се одрази на њихову правну сферу.² Исто важи и за одређене државне органе који у туђим парницама штите општи (јавни) интерес. Ради заштите правног интереса трећа лица, односно органи, умешају се у туђу парницу и стичу статус умешача. С обзиром на овлашћења која у туђој парници имају, умешачи се класификују на тзв. обичне умешаче, умешаче са положајем јединственог супарничара и умешаче *sui generis*.³

Законом о парничном поступку⁴ прописани су услови за допуштеност и основаност мешања, правила о ступању у парницу и дејству које донета одлука има на процесну ситуацију умешача. Међутим, осим у Закону о парничном поступку, поједина посебна правила о умешачима налазе се и у другим законима који садрже процесне одредбе по којима се поступа приликом решавања одређене врсте спорова.

Предмет овог рада биће анализа правила о учешћу трећих лица у антидискриминационим парницама, а одабиру теме допринео је диспарат између значаја антидискриминационих парница са једне стране и пажње која им је у литератури посвећена. Нажалост, рад не може бити поткрепљен примерима из домаће праксе будући да је она у овој области изузетно скромна. Управо из тог разлога циљ овог рада јесте и да се још

1 Познић дефинише правни интерес преко типова тог интереса. Тако, правни интерес трећег лица постоји када се правноснажност пресуде проширује и на њега, када се, у случају губитка парнице, странка може регресирати од њега или када у његову корист може настати право на накнаду штете према странци уколико ова изгуби парницу (О типологији правног интереса детаљније: Poznić, Rakić Vodinelić, 2010: 187–188).

2 Интервенција трећег лица може имати тројаку функцију: помоћну функцију мешања (којом умешач штити свој правни положај), подстичућу функцију (којом мотивише странку да активно учествује у парници) и контролну функцију (којом осигурава аргументе за отклањање интервенцијског дејства пресуде) (Dika, 2008: 268).

3 Ова класификација није широко прихваћена. Тако, може се наћи у Станковић, 2010: 165, али не и у Познић, Ракић-Водинелић, 2012: 154–165 који не издвајају умешаче *sui generis* као посебну врсту без обзира што законодавац посебним чланом закона уређује процесни положај јавног тужиоца као умешача.

4 Чл. 215–219. Закона о парничном поступку, („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014), у даљем тексту и ЗПП.

једном скрене пажња на могућност судске грађанскоправне заштите од дискриминације кроз отварање проблема у једном сегменту ове заштите, учешћу трећих лица у овим парницама.

У последњих осам година усвојена су три закона из области заштите од дискриминације која у себи садрже и процесна правила из области грађанскоправне заштите од дискриминације. То су Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом⁵, Закон о равноправности полова⁶ и Закон о забрани дискриминације.⁷ Закон о забрани дискриминације представља тзв. кровни закон чије се процесне одредбе примењују и на поступке који се воде по правилима ЗДИ. На све њих се, пак, сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку. У сваком од ових закона примењен је различит приступ у регулисању мешања у туђу парницу. ЗЗД ниједном одредбом не регулише положај умешача у антидискриминационим парницама. Исто важи и кад је у питању ЗДИ. За разлику од њих ЗРП у чл. 43. садржи три става који се односе (и) на умешаче.

Да би се свеобухватно анализирано учешће трећих лица у антидискриминационим парницама, потребно је видети ко је и под којим условима активно процесно легитимисани субјект у овим парницама. Према ЗЗД то су: свако ко је повређен дискриминаторским поступањем⁸ (чл. 41. ст. 1); Повереник за заштиту равноправности и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лице (чл. 46. ст. 1) и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају (тзв. тестер) (чл. 46. ст. 1. 3). Правилима ЗДИ прописано је да поступак⁹ могу да покрену особа са инвалидитетом према којој је дискриминација извршена и њен законски заступник (чл. 42. ст. 2), као и пратилац особе са инвалидитетом у случају да је према њему извршена

5 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл. гласник РС“, бр. 33/2006, у даљем тексту и ЗДИ.

6 Закон о равноправности полова, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, у даљем тексту и ЗРП.

7 Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009, у даљем тексту и ЗЗД.

8 Чини се да термин „свако ко је повређен дискриминаторским поступањем“ може погрешно да наведе на помисао да је реч о *actio popularis*. Због тога се у некој наредној редакцији текста може размотрити преузимање хрватског (особа која тврди да је жртва дискриминације по одредбама овога закона овлашћена је поднети тужбу и тражити... (Čl. 17. St. 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije, „Narodne novine“, br. 85/08, 112/12)) или босанског решења (свако лице или група лица која сматра да је дискриминисана може тражити заштиту својих права путем постојећих судских и управних поступака (Čl. 11. st. 1. Zakona o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 59/09)).

9 Закон користи правнотехнички некоректан термин „покретање спора“.

дискриминација (чл. 42. ст. 3). У ЗРП као активно процесно легитимисани субјекти наведени су свако лице коме је повређено право или слобода због припадности одређеном полу (чл. 43. ст. 1), и синдикат или удружења чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова (чл. 43. ст. 2. и 3).

Учешће трећих лица у антидискриминационим парницама представља један од европских антидискриминационих стандарда. Наиме, Директивом ЕУ 2000/78 у чл. 9. ст. 2. прописана је дужност држава чланица да својим прописима обезбеде да удружења, организације и друга правна лица која, у складу са критеријумима који су утврђени националним правом, могу учествовати у име или у интересу лица које се жали, с његовим или њеним пристанком, у било ком судском или управном поступку који се води ради спровођења обавеза из ове директиве.¹⁰ Без обзира на то што Србија није чланица ЕУ, она је потписала Споразум о стабилизацији и придруживању и постала кандидат за чланство, што подразумева хармонизацију законских решења са прописима ЕУ.¹¹ Због тога су европски прописи о мешању у антидискриминационе парнице релевантни за нормативно уобличавање судских антидискриминационих поступака, укључујући и начин остваривања интереса трећих лица у антидискриминационим парницама.

10 Директива о запошљавању (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, Official Journal L 303, 02/12/2000 P. 0016 – 0022).

11 Србија је потписала Споразум о стабилизацији и придруживању 29. априла 2008. године. Овим споразумом она се обавезала да успостави зону слободне трговине и усклади своје законодавство са правом ЕУ. Марта 2012. године Србија је добила статус кандидата за чланство у ЕУ.

Треба поменути да и многе друге државе, попут Аустрије¹², Босне и Херцеговине,¹³ Хрватске¹⁴, Македоније,¹⁵ садрже одредбе о учешћу трећих лица у антидискриминационим парницама.¹⁶

У наредним редовима биће анализирано учешћа умешача у парницама на које се примењују одредбе ЗЗД, а у засебном делу рада и одредбе Закона о равноправности полова.

2. Обичан умешач

Обичан умешач је треће лице, различито од суда и странака, које у парници штити неки свој правни интерес.¹⁷ Његове активности у парници

12 Допуштено је учешће само једне конкретне организације, Асоцијације невладиних организација против дискриминације која учествује у парници. Све невладине организације позване су да се придруже овој асоцијацији и тако обезбеде своје учешће у парници. Уколико, пак, желе да делују самостално, и даље остаје могућност учешћа у парници, али у складу са правилима општег парничног поступка која подразумевају доказивање правног интереса (Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66/2004, са каснијим изменама).

13 Према босанском закону, лицу или групи лица која тврде да су жртва дискриминације може се придружити тело, организација, установа, удружење или друго лице које се у оквиру своје делатности бави заштитом од дискриминације лица или групе лица о чијим се правима одлучује у поступку.

14 У Хрватској се као умешачи могу јавити тело, организација, установа, удружење или друга особа која се у оквиру своје делатности бави заштитом права на једнако поступање у односу на групу о чијим се правима одлучује у поступку.

15 На страни лица које тврди да је дискриминисано може се придружити орган, организација, установа или друго лице које се у оквиру своје делатности бави заштитом права на једнако поступање (Закон за спречавање и заштита од дискриминација „Службен весник на Република Македонија“, бр. 50/2010).

16 Иако се у раду нећу шире бавити том темом, важно је поменути и институт *amicus curiae*, којим се најчешће означавају невладине организације или трећи којима је одобрено да пред судом изнесу своје мишљење и на тај начин му помогну у доношењу одлуке. (Опширније: случај *Doherty and Anor v. South Dublin County Council, the Minister for the Environment, Heritage and Local Government, Ireland and the Attorney General*, наведен у *European Anti-Discrimination Law Review*, 2007: 80).

17 Дефиниција умешача готово да се није мењала у домаћој литератури у последњих стотинак година. Тако се умешач најчешће дефинише као „онај који има правног интереса да у парници која тече међу другим лицима једна од странака победи“ (чл. 118. Законика о судском поступку у грађанским парницама, наведено према Аранђеловић, 1932: 133), као „оно лице, различито од странака и њихових заступника, које учествује у парници на страни једног од парничара на тај начин што се придружује његовом захтеву за пресуду“ (Marković, 1957: 224), (при чему је Закон о парничном поступку из 1957. увео термин „умешач“ који замењује термин „споредни умешач“ (наспрам кога је постојао „главног умешача“ који се односи на врсту супарничара)), као „треће

лимитиране су на предузимање оних парничних радњи које не штете интересима странке којој се придружио. Он не може да предузима диспозитивне парничне радње, осим да уложи правни лек (чл. 217. ЗПП).

Интервенијенти, дакле, могу бити исти они субјекти који имају и активну процесну легитимацију за покретање поступка. Док ћу се могућношћу да друго дискриминисано лице ступи у парницу уз тужиоца бавити у делу који се односи на умешача са положајем јединственог супарничара, на овом месту биће речи о могућности да у парницу ступе Повереник за заштиту равноправности¹⁸, организација која се бави заштитом људских права и добровољни испитивач дискриминације.

Процесни положај Повереника за заштиту равноправности и организације за заштиту људских права разликује се у односу на то да ли се они мешају у парницу која се води поводом дискриминације конкретнoг лица или већег броја субјеката.

У првом случају они би имали положај обичног умешача. За учешће у конкретнoј парници определила би их спознаја да би то могла бити једна од тзв. стратешких парница¹⁹, а Повереника за заштиту равноправности и

лице које се у текућем спору придружује једној од странака да би је помагало и да би контролисало начин на који она води спор“ (Poznić, 1970: 339) што је и дефиниција која је задржана у најновијем издању уџбеника истог аутора (Poznić, Rakić Vodinelić, 2012: 154).

18 Повереник за заштиту равноправности је независан државни орган установљен Законом о забрани дискриминације. Његово установљавање у складу је са Општом препоруком бр. 2. Европске комисије за борбу против расизма и нетолеранције државама чланицама Савета и препорукама Европске уније. У његовој надлежности су, између осталог, примање притужби грађана, покретање поступака и упозоравање јавности на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације (детаљније: Петрушић, 2011: 69–82, Петрушић, Крстић, Маринковић, 2014: 217–274, Петрушић, Грубач, 2014: 69–88).

19 Стратешке парнице не представљају неку посебну врсту парница већ се од стандарних разликују по циљу који имају. Бројне су предности, али и мане ових парница. Најчешће се наводе следеће вредности стратешких парница: појединачан случај има шири значај за друштво и јудикатуру; користи се снага права да би се заштитила или унапредила права мањине, обесправљене или маргинализоване друштвене групе; установљава се преседан који користи будућим тужиоцима; скреће се пажња јавности на проблем (а често је јефтинији пут од организоване медијске кампање); у случају да суделују међународни судови, могу да изазову притисак међународне заједнице; представљају исплативо средство да се отворе спорна питања; омогућавају шири приступ правосуђу; тестирају и разјашњавају садржај важећег права и шире одговорност државе кроз установљавање параметара које држава треба да спроведе. Неки од проблема су: исход парница ретко кад може да се предвиди; постоје тешкоће у одабиру случајева јер врло мали број њих дође до суда, било због тога што се спор реши вансудским путем, или због тога што људи не знају да постоји начин да заштите своја

могућност да заштити општи интерес.²⁰ Знањем и искуством они би могли да помогну дискриминисаном лицу да извојује победу, што би могло да се одрази на подизање свести о значају забране дискриминације. Положај Повереника и организације такав је да би се они могли придружити само тужиоцу, а не било којој парничној странци. На одлуку да учествују у конкретној парници утицао би и стадијум у коме се она налази и могућност да као умешачи својим радњама у тој фази поступка допринесу успеху тужиоца.

Питање је, међутим, да ли и као обични умешачи ови субјекти морају да испуне исте услове као и да сами покрећу поступак. Уколико се дискриминација односи на конкретно лице, Повереник или организација морају имати писану сагласност дискриминисаног лица за покретање поступка (чл. 46. ст. 2. ЗЗД). Према општим правилима парничног поступка, пак, обе странке могу се противити учешћу умешача у парници, а суд, упркос противљењу, може да одобри учешће умешача у парници. У антидискриминационим парницама би противљењу странке којој Повереник или организација желе да се придруже требало придати већи значај, онакав какав има ускраћивање сагласности за покретање поступка у парницама за заштиту од дискриминације. При томе треба имати у виду да, када је реч о обичним умешачима, странка може да анулира дејство умешачевих радњи. Из тог разлога противљење странке на неки начин обесмишљава само учешће Повереника (Petrušić, 2012: 920).

У другом случају, и дискриминисано лице и остали процесно легитимисани субјекти могли би да покрену поступак за заштиту од дискриминације. То би били случајеви дискриминације који се односе на читаву групу лица. Као пример може послужити парница у којој је истакнут захтев за уклањање огласа којим се за радно место књиговође тражи факултетски

права; парнице не осликавају увек мишљење јавног мњења и могу да доведу до исхода који нема подршку у јавности; стратешке парнице у многоме зависе од проналажења погодног клијента; у земљама у којима су правна заштита и извршење одлука слаби, парница не мора да има очекивани исход; уколико не постоји независно правосуђе, покушај да се изврши промена снагом судске одлуке може бити безуспешан; тешко је контролисати ток стратешких парница, посебно када је по среди тзв. класна тужба; корист од стратешке парнице не мора заиста да има угрожена група људи, јер им статус жртве не побољшава реалан положај у друштву; парнице могу бити прескупе; појединачан случај ретко зависи од успеха кампање (Опширније: European Roma Rights Center, 2004: 43; Coomber, 2012: 11–21; Schokman, Creasey, Mohen, 2012: 1–7).

20 Апстрактни правни интерес (који се темељи на регистрованој делатности, заједничком циљу) за заштиту права на једнако поступање био би основ за мешање организација и удружења у туђу парницу (Crnić, Dika, Grgić, Marijan, Palić, Pavković, Potočnjak, 2011: 87).

образован Србин не старији од 35 година. За предмет овог рада занимљива је ситуација у којој је дискриминисано лице већ покренуло тај поступак, а неко од осталих набројаних субјеката жели да му се придружи у парници у својству умешача. Иако се може поставити питање да ли би они заправо били умешачи са положајем јединственог супарничара, ипак због критеријума „да се на њих односи дејство пресуде“²¹ (чл. 219. ЗПП), који се односи на ове умешаче, сматрам да је њихов положај ипак ближи обичним умешачима. Ипак, за њихово ступање у парницу требало би, *de lege ferenda*, да важе блажи услови када је реч о противљењу странке, а треба размотрити и могућност еломинисања правила о утицају странке на дејство предузетих радњи умешача, имајући у виду да су они и сами могли да покрену поступак.

Чини се да тестер, са друге стране, не би имао интерес за учешће у туђој парници као умешач. Законодавац је прописао да ако тестер није поднео тужбу, може бити саслушан као сведок (чл. 46. ст. 5. ЗЗД). Ова се одредба може тумачити двојачко – или као намера законодавца да нагласи да се тестер, осим у улози тужиоца, може појавити још *само* у улози сведока или као жеља да се посебно истакне важност његовог сведочења.

За заштиту правних интереса трећих лица која се мешају у антидискриминационе парнице одређени значај има институт интервенцијског дејства пресуде.²² Интервенцијско дејство пресуде важно је у оним случајевима када дискриминисано лице покрене поступак у парници за заштиту од дискриминације и истакне захтев за накнаду штете,²³ а

21 Умешач са положајем јединственог супарничара је оно лице које је и само могло бити странка у парници и на које ће се односити правно дејство пресуде. О правној природи супарничарске интервенције начелно постоје два становишта. Према првом схватању, умешач стиче положај супарничара само у процесном смислу, али нема право на располагање предметом парнице. Према другом схватању овај умешач ступањем у парницу стиче неограничени положај главне странке па самим тим може и да диспонира предметом парнице (Dika, 2008: 288).

22 Овај институт први пут је изричито дефинисан Законом о парничном поступку из 2011. године. Међутим, и пре тог времена његово постојање било је неспорно у теорији грађанског процесног права. Под овим појмом подразумева се ситуација у којој странка која је изгубила парницу покреће нову против лица које јој се у претходној парници придружило као обичан умешач. У новој парници умешач не може да оспорава утврђено чињенично стање, као ни правне квалификације садржане у образложењу правноснажне пресуде (чл. 218. ЗПП).

23 Од свих активно процесно легитимисаних субјеката према ЗЗД, овај захтев може истаћи само дискриминисано лице. ЗРП није поставио таква ограничења, па и синдикати и организације које се баве унапређењем равноправности полова могу да истакну одштетни захтев. Ипак, тим захтевом могло би се једино тражити да тужени накнади штету дискриминисаном лицу (Pajvančić, Petrušić, Jašarević, 2010: 111).

дискриминатору, на пример послодавцу који је правно лице, придружи се у својству умешача запослени²⁴ који је непосредно извршио акт дискриминације. Запосленом је у интересу да тужени успе у парници јер ће, у противном, према општим правилима облигационог права бити дужан да послодавцу надокнади штету. Уколико жели да се ослободи интервенцијског дејства пресуде, умешач може истаћи приговор рђавог вођења парнице (*exceptio male gesti processus*), а под условима да у време ступања у претходну парницу није благовремено био обавештен о парници која је претходно вођена, и тиме био спречен да предузима радње које би довеле до повољнијег исхода те парнице; да је странка из парнице у којој се придружио као умешач, намерно или из грубе непажње, пропустила да предузима парничне радње које би довеле до повољнијег исхода те парнице, и да је странка из претходне парнице својим парничним радњама спречавала да наступи дејство радњи њеног умешача (чл. 218. ЗПП). Последица усвајања приговора рђавог вођења парнице јесте поновно расправљање о чињеничним и правним питањима о којима је расправљано у ранијој парници.

3. Умешач са положајем јединственог супарничара

Уколико парницу покрене дискриминисано лице, њему се, у својству умешача, могу придружити и сва трећа лица која су и сама могла да покрену ову исту парницу. Донета пресуда, дејством проширене правноснажности, утиче и на умешаче са положајем јединственог супарничара. То може бити случај када је дискриминисана група лица, на пример на тај начин што јој је онемогућен улазак у неки ресторан, спортски објекат или биоскоп. Сваки припадник групе овлашћен је на покретање парнице, а ако није покренуо парницу, може се придружити тужиоцу. Међутим, ако припадник групе, који је и сам дискриминисан, жели да истакне неки свој самостални правозаштитни захтев према туженом, онда је у његовом интересу да покрене самосталну парницу или да се накнадно придружи тужиоцу као супарничар јер као умешач не може истаћи свој самостални захтев. О таквом би случају било речи ако умешач жели да истакне захтев за накнаду материјалне или нематеријалне штете коју је претрпео због дискримина-

24 Антидискриминациони закони нису се одредили у погледу тога ко може да буде тужена странка, физичко, правно или и физичко и правно лице (те се, у недостатку ограничења, узима да то могу бити и физичко и правно лице). За разлику од њих, Законом о спречавању злостављања на раду („Сл. гласник РС“, бр. 36/10), на пример, прописано је да запослени који сматра да је изложен злостављању од стране послодавца са својством физичког лица или одговорног лица у правном лицу може против послодавца да поднесе тужбу пред надлежним судом (чл. 29. ст. 1).

ције. Тако, на пример, када се ради о групи жена запослених код одређеног послодавца које сматрају да су мање плаћене за исти рад само због тога што су Ромкиње, свака од њих овлашћена је да покрене парницу. Уколико једна од њих то учини, остале жене могу да ступе у парницу у својству странке, па ће доћи до заснивања накнадног супарничарства. Међутим, оне могу и да одлуче да у парници учествују као умешачи са положајем јединственог супарничара, мада би у том случају своје право на накнаду штете морале да остварују у посебној парници. Ипак, оне би имале интерес да се придруже тужиоцу јер би за њих било од значаја и само утврђивање постојања дискриминаторског поступања јер је то веома често најсложеније питање у антидискриминационим парницама. Након што суд на несумњив и ауторитативан начин утврди да је дискриминација извршена, жене би могле на основу те пресуде да се у посебној парници појаве као (материјалани и обични) супарничари и истакну своје одштетне захтеве. У погледу учешћа других дискриминисаних лица у антидискриминационим парницама треба се још једном вратити на пример наведен код обичних умешача, а који се тиче објављеног огласа за посао дискриминаторске садржине. Може се поставити питање да ли се дискриминисаном лицу као умешачи могу придружити само лица која су се јавила на конкурс и испуњавају остале услове конкурса (на пример, Мађар, старији од 35 година са факултетском дипломом) или и лица која сама не испуњавају услове конкурса али је група којој припадају дискриминисана (на пример, Мађар без факултетске дипломе и млађи од 35 година)? У вези са тим потребно је имати у виду да у многим случајевима дискриминације није неопходно да постоји „стварна жртва“. Овакав став заузео је и Европски суд правде, који је у случају *Feryn* изразио свој експлицитан став да не мора постојати „стварна жртва“ дискриминације да би се и утврдило да је до дискриминације дошло.²⁵ Према томе, у наведеном примеру, свако лице могло би да се придружи тужиоцу који тражи да се утврди постојање дискриминаторског поступања, без обзира на то да ли је конкурисало и да ли испуњава услове конкурса.

25 C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* (2008) ECR I-000, наведено према Crnić et al., 2011: 27. У овом поступку одлучено је да чињеница да послодавац јавно изјављује да неће запошљавати особе одређене расе или етничког порекла представља понашање које може довести до тога да се лица која припадају одређеној групи не јављају на огласе за посао код тог послодавца, што представља директну дискриминацију.

4. Умешач *sui generis*

У контексту процесног положаја Повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама, треба се осврнути и на положај осталих државних органа у парничном поступку. Осим што, попут Повереника, и јавни тужилац и јавни правобранилац могу бити активно процесно легитимисани субјекти у појединим парницама, јавни тужилац се може још појавити и у процесној улози умешача. Ако јавни тужилац на основу законског овлашћења учествује у парници која тече међу другим лицима, овлашћен је да у границама тужбеног захтева предлаже да се утврде и чињенице које странке нису навеле и изведу докази које странке нису предложиле, као и да изјављује правне лекове (чл. 214. ЗПП).²⁶ Упоредивањем одредбе ЗЗД и наведене одредбе ЗПП, види се и прва разлика између положаја јавног тужиоца као умешача и положаја Повереника као умешача. Јавном тужиоцу дата су далеко шира овлашћења у парничном поступку од оних које има Повереник. Док се Повереник меша на страни једне од парничних странака, штити њен интерес и може да предузме само оне радње које може да предузме и странка којој се придружио, дотле се јавни тужилац појављује као заштитник општег интереса – његова позиција је неутрална а могућност да предузима парничне радње далеко шира. Иако је донекле јасно да Повереник не може остати неутралан, с обзиром на сврху због које је као државни орган установљен, чини се ипак да би и његова овлашћења, по угледу на овлашћења јавног тужиоца, требало да буду шире постављена. Истим чланом закона предвиђено је да ако суд сматра да постоје законски услови за учешће јавног тужиоца у парници и ако је његово учешће потребно, обавестиће о томе надлежног јавног тужиоца и одредиће му рок у коме може да пријави своје учествовање. И ова одредба указује на разлику која постоји између Повереника и јавног тужиоца као умешача. Док Повереник нема тај „луксуз“ да га суд обавештава о постојању антидискриминационе парнице за чији исход би могао да буде заинтересован, дотле је обавеза суда да обавести јавног

²⁶ Законом, међутим, није дефинисано у којим се то ситуацијама јавни тужилац може јавити као умешач *sui generis*. Чл. 207. Закона о парничном поступку из 2004. године („Сл. гласник РС“, бр. 125/2004, 111/2009) било је прописано да јавни тужилац може да ступи у парницу ако постоји сумња да једна или обе странке користе своја права у поступку да би онемогућиле примену принудних прописа о природним богатствима, да би избегле јавне финансијске обавезе или да би онемогућиле примену принудних одредаба међународног уговора. У оним парницама у којима странке, било као носиоци државне својине било као приватна лица, хоће да признањем чињеница, пропуштањем парничних радњи или признањем или одрицањем од тужбеног захтева издејствују пресуду којом ће учињена незаконитост бити прикривена, јавни тужилац имао је право да се противи некој од судских одлука или закључењу судског поравнања (Poznić, 2009: 511).

тужиоца о парници у којој би могао да учествује. Након тог обавештења јавни тужилац треба да одлучи да ли ће учествовати у парници у року који му оставља суд (чл. 214. ст. 4. ЗПП), док за Повереника важе правила општег парничног поступка по којима умешач може да ступи у парницу у току целог поступка, све до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву, као и у току поступка настављеног изјављивањем ванредног правног лека (чл. 215. ст. 2. ЗПП). Ипак, већ у следећој реченици истог члана ЗПП наглашава се да јавни тужилац може и по протоку остављеног рока да се користи правом на ступање у парницу, тако да, заправо, не постоји санкција за пропуштање рока који му је суд оставио.

5. Режим учешћа умешача према Закону о равноправности полова

Како је раније наведено, ЗРП предвиђа посебна правила о учешћу умешача у антидискриминационим парницама. Оне се налазе у делу под насловом „Грађанскоправна заштита“, а надовезују се, заправо, на одредбе о врстама правозаштитних захтева који у антидискриминационим парницама могу да се истакну, као и субјектима који те захтеве могу да истакну. Ове одредбе односе се искључиво на учешће умешача на страни тужиоца у антидискриминационим парницама. Тако, поступак из става 1. члана 43. могу покренути (поступак за заштиту од дискриминације, *прим. А.Т*), уз сагласност дискриминисаног лица, у његово име, синдикат или удружења чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова. Ови субјекти се могу придружити тужиоцу у својству *умешача* (ст. 2. чл. 43. ЗРП); У случају дискриминације којом су повређена права већег броја лица, субјекти из става 2. овог члана могу покренути поступак у своје име. Лице чије је право повређено може се придружити тужиоцу у својству *умешача* (ст. 3. чл. 43. ЗРП); После ступања у поступак, односно после покретања поступка, субјекти из става 2. овог члана могу преко средстава јавног информисања или на други погодан начин обавестити друга оштећена лица, синдикате и удружења о покренутој парници, и позвати их да се, као *умешачи* или супарничари, придруже тужиоцу (ст. 4. чл. 3. ЗРП).

Како се наводи, синдикат или удружења чији су циљеви везани за равноправност полова могу се придружити тужиоцу у својству умешача. Пошто се ова одредба надовезује на ону да поступке у парницама за заштиту од дискриминације синдикат или удружење могу покренути само уз сагласност дискриминисаног лица, и поводом ове одредбе могла би се поставити иста она питања која се односе на дејство противљења странке учешћу умешача у парници. Наредни став односи се на дискриминацију већег броја лица. Тада и синдикат и удружење који се баве заштитом

равноправности полова јесу активно процесно легитимисани субјекти а без сагласности или неких других услова. Лице чије је право повређено може им се придружити у својству умешача. Опет, његов интерес да у парници учествује као умешач уколико има сопствени правозаштитни захтев према туженом огледа се у намери да помогне утврђењу постојања дискриминатоског поступања. Напослетку, трећом одредбом даје се могућност синдикату или удружењу да после покретања поступка или ступања у поступак преко средстава јавног информисања или на други погодан начин обавесте друга оштећена лица, синдикате или удружења о покренутој парници и позову их да се, као умешачи или супарничари, придруже тужиоцу. Овакво законско решење је адекватно јер се њиме подстиче учешће већег броја заинтересованих субјеката у антидискриминационим парницама.

6. Закључне напомене

Учешће трећих лица у антидискриминационим парницама није на исти начин регулисано свим антидискриминационим законима. Док Закон о равноправности полова садржи одредбе које се тичу положаја умешача како у парницама које се односе на дискриминације већег броја лица, тако и дискриминацију конкретног субјекта, дотле Закон о забрани дискриминације остаје нем на случајеве учешћа трећих лица у парници па се на поступке вођење према правилима овог закона сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку. Оне су, међутим, можда неадекватне јер не уочавају специфичности антидискриминационих спорова. То се посебно односи на могућност да Повереник за заштиту равноправности и организација која штити људска права узму учешће у парници коју је покренуо неки од активно процесно легитимисаних субјеката. Позиција Повереника није сагледана на прави начин ни из перспективе умешача *sui generis*, у чијој улози се, према ЗПП, може јавити само јавни тужилац. Треба очекивати да ће законодавац препознати потребу за адекватним регулисањем учешћа трећих лица у парници, укључујући и учешће Повереника за заштиту равноправности, који је, као независни државни орган, специјализован да у јавном интересу ради на сузбијању свих облика и видова дискриминације.

Литература

News from the EU member states. (2007). *European Anti-Discrimination Law Review.* Vol. 5. 80–81

Аранђеловић Д. (1932). *Грађанско процесно право Краљевине Југославије.* Београд: Штампарија „Јовановић“

Coomber A. (2012). *Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence.* *European Anti-Discrimination Law Review.* Vol. 15. 11–21

Crnić I., Dika M., Grgić A., Marijan R., Palić D., Pavković J., Potočnjak Ž. (2011). *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praski.* Zagreb: Centar za mirovne studije

Dika M. (2008). *Građansko parnično право – странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку.* Zagreb: Narodne novine

Marković M. (1957). *Građansko процесно право (knjiga прва – сveska I).* Beograd: Savez удружења правника Југославије

Rajvančić M., Petrušić N., Jašarević S. (2011). *Komentar Zakona o равноправности полова.* Beograd: Удружење грађана „Centar modernih veština“

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

Петрушић Н., Грубач М. (2014). *Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака* Зборник радова Правног факултета у Нишу. Бр. 66. 69–88

Petrušić N. (2012). *Procesni položaj Poverenika za zaštitu равноправности u anti-diskriminacionim parnicama.* *Pravni život:* 11/2012. 905–922

Петрушић Н. (2011). *Поступак пред Повереником за заштиту равноправности.* У: М. Бркић, М. Илић (Прир.) у: Стари у Србији: проблеми и изазови (стр. 69–82), Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Центар за социјални рад у Нишу „Свети Сава“

Poznić B., Rakić-Vodinelić V. (2012). *Građansko процесно право (scripta – sveska I).* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union

Poznić B., Rakić-Vodinelić V. (2010). *Građansko процесно право.* Beograd: Savremena administracija

Poznić B. (2009). *Коментар Закона о парничном поступку (Prema тексту Закона из 1976. Године са доцнијим изменама и допунама).* Beograd: Službeni glasnik

Poznić B. (1970). *Građansko процесно право.* Beograd: Savremena administracija

Schokman B., Creasey D., Mohen P. (2012). *Short guide – strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights*. Advocates for international development

Станковић Г. (2010). *Грађанско процесно право – парнично процесно право (прва свеска)*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. (2004). Budapest, Hungary: European Roma Rights Center

Прописи

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. *Official Journal. L 303, 02/12/2000 P. 0016 – 0022*

Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. I Nr. 66 (2004)

Закон за спречување и заштита од дискриминација. *Службен весник на Република Македонија*. Бр. 50 (2010)

Закон о забрани дискриминације. *Сл. гласник РС*. Бр. 22 (2009)

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник Босне и Херцеговине*. Бр. 59 (2009)

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72 (2011), 49(2013) – одлука УС, 74(2013) – одлука УС, 55 (2014)

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 125 (2004), 111 (2009)

Закон о равноправности полова. *Сл. гласник РС*. Бр. 104 (2009)

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. *Сл. гласник РС*. Бр. 33 (2006)

Закон о спречавању злостављања на раду. *Сл. гласник РС*. Бр. 36 (2010)

Закон о сузбијању дискриминације. *Народне новине*. Бр. 85(2008), 112 (2012)

Судске одлуке

C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* (2008) ECR I-000

Doherty and Anor v. South Dublin County Council, the Minister for the Environment, Heritage and Local Government, Ireland and the Attorney General

Anđelija Tasić, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Procedural Position of An Intervener in Anti-Discrimination Lawsuits

Summary

The institute of an intervener is one of many procedural institutes whose regulation is characterized by considerable disparity in the Serbian anti-discrimination legislation. Considering the fact that this subject matter is not regulated either in the Act on the Prohibition of Discrimination (2009) or in the Act on the Prevention of Discrimination against People with Disabilities (2006), the applicable law on this matter is embodied in the Civil Procedure Act as a subsidiary source of law. In addition, the Gender Equality Act includes some subject-specific provisions on the right of third parties to participate in anti-discrimination lawsuits. Given the fact that this right of third parties is a European standard envisaged in EU documents, it is important to address a number of questions on the procedural position of an intervener. Who can be an intervener? Which of the claimants can he/she join and support? What kind of status may he/she have in the proceedings? What is the purpose of the intervener's involvement in the proceeding? Finally, can the intervener support the defendant and is there leeway for applying the intervention effect of the final judgment? In this context, the author provides a detailed analysis of the procedural dilemmas underlying this subject matter and proposes a legal solution *de lege ferenda* which would be most appropriate for regulating the participation of interveners in anti-discrimination lawsuits.

Keywords: anti-discrimination lawsuits, interveners, intervention effect of the judgment.

КРИВИЧНОПРАВНА СЕСИЈА

Др Војислав Ђурђић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.1(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

НОВИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ – НОВИ РАЗЛОЗИ ЗА УСКЛАЂИВАЊЕ СА ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ СТАНДАРДИМА**

Апстракт: Нови кривични поступак установљен 2011. године представља компилацију инквизиционог модела претходног поступка и адверзијалног главног претреса из англоамеричког типа кривичног поступка. Увођење јавнотужилачке истраге изискивало је од законописаца суптилан приступ заштити људских права у кривичном поступку, како би се успоставио еквилибријум између ефикасног и правичног поступка. Уместо очекиваног, погрешна концепција, заснована на идеји да јавнотужилачка истрага буде строго формална као судска, да докази изведени од несудских органа поступка имају исту доказну снагу као судски и да суду нема места приликом спровођења истраге – има за последицу претерано инфериоран положај окривљеног у односу на јавног тужиоца. Осим што таква концепција не може да издржи тест Европског суда за људска права, и конкретна законска решења о истрази отварају питање усаглашености с европским правним стандардима. Одредбама о покретању ове фазе поступка, којима није обезбеђена судска заштита, доведено је у питање право окривљеног на приступ суду и право на делотворно правно средство, а установљеном истрагом против непознатог учиниоца угрожено је право присуства сопственом суђењу. Ни сва процесна правила о главном поступку не афирмишу начело правичног поступка: посредно изнуђивање доказа одбране у дисхармонији је са постулатом да је терет пружања доказа на тужиоцу, као једном од стубова претпоставке невиности; широке могућности да се на главном претресу без нарочитих законских препрека користе несудски докази из истраге, разориле су начело непосредности и начело контрадикторности. Доведена су у питање

* vojadj@gmail.com

** Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

и нека минимална права одбране и одговарајуће гаранције личне слободе приликом хапшења и одређивања притвора, што заједно са претходним неусклађеностима наводи на закључак да има више разлога да се са европским правним стандардима хармонизује нови него стари кривични поступак који је с тим циљем реформисан.

Кључне речи: *правичан поступак, право на приступ суду, „једнакост оружја“, претпоставка невиности, право на одбрану.*

1. Конститутивни елементи права на правично суђење

У кривичнопроцесној и уопште у правној литератури мали је број радова о теоријском поимању међународних правних стандарда (Бељански, 2001: 10, Радуловић, 2010: 223–224). За потребе овога рада под међународним (европским) правним стандардом сматраћемо оно „што припада праву *ex aequo et bono*; што се у свом елементарном облику усталило, било као идеја, било као правна чињеница; што јесте или би могло представљати универзални минимум неког правног правила, независно од тога да ли је саставни део позитивног унутрашњег или међународног права“ (Бељански, 2001: 10).

На оваквом поимању међународних правних стандарда могућа је експликација права на правично суђење, установљеног чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција). Недовољна доктринарна посвећеност појму међународних правних стандарда одражава се и на гледиште о стандардима које инволвира право на правично суђење и њихову класификацију. По нашем мишљењу, конститутивни елементи права на правично суђење односе се на судску заштиту, фундаментална начела (судског) поступка и на атрибуте суда који у националним оквирима одлучује о људским правима и слободама. Отуда и три групе стандарда кроз које се остварује право на правично суђење: (1) право на приступ суду; (2) право на правичан поступак, саздано на начелу правичног поступка, начелу јавности и начелу суђења у разумном року; и (3) право на суд, које такође у себи садржи правно тројство – право на законит суд, право на независан суд и право на непристрасан суд (упореди Узелац, 2010: 104). Иако се то може рећи и за остале конститутивне елементе, веома комплексну садржину има начело правичног поступка. Узимајући у обзир мишљења и праксу Европског суда за људска права (у даљем тексту: Европски суд), две су групе критеријума на основу којих се оцењује правичност поступка у кривичним стварима: а) *општи*, најширег обима примене, који важе за странке у сваком судском поступку, и б) *посебни*

критеријуми, који се због принудног карактера поступка односе само на окривљеног у *кривичном поступку*. Општи конститутивни елементи појма правичног поступка у било ком судском поступку јесу: (1) право странака да присуствују радњама и да буду саслушане, (2) право на „једнакост оружја“, (3) забрана незаконитих доказа и (4) обавезно образложење судских одлука. У посебне елементе правичног поступка убрајају се: (1) претпоставка невиности и (2) посебне гаранције права на одбрану (право окривљеног да буде упознат са предметом и разлoзима оптужбе, право да има довољно времена и могућности за припрему одбране, право да се брани сам или уз помоћ браниоца, право да неометано комуницира са својим браниоцем, право да разгледа и преписује списе предмета, право на бесплатног браниоца, право на бесплатну помоћ тумача, право на саслушање сведока одбране под истим условима као и сведока оптужбе, право на жалбу против кривичне пресуде, право на накнаду штете због неосноване осуде, као и забрана *ne bis in idem*; опширније о начелу правичног поступка види Ђурђић, 2006: 67–93).

У раду ће бити анализирана решења кривичнопроцесног законика из 2011. године, али само неке законске одредбе поводом којих се може поставити питање да ли обезбеђују правичност суђења сагласно европским правним стандардима.

2. Право на приступ суду и делотворно правно средство

Право на правну заштиту се у општој теорији права схвата као начин остваривања субјективних права (Вукадиновић, Степанов, 2001: 337), односно као једна врста правног овлашћења која улази у сам његов појам (Митровић, 2010: 634). То право се у англосаксонском правном систему означава као *право на приступ суду (Access to Court)* и третира као самостално правно овлашћење. Суштински, право на приступ суду означава један изграђен концепт различитих формално-правних захтева (гаранција) да би се остварило само право (Вукадиновић, Степанов, 2001: 338), нпр. право на изузеће судије, право на судску одлуку у разумном року или право жалбе. Оно је уграђено у темеље правне државе, независно од могућности различитог одређивања права (van Dijk, 1995: 345–379), и данас се с разлогом сврстава у основна људска права. Кроз право на приступ суду испољава се скоро читава цивилизација права и правосуђа, а уједно се одређује и положај суда у остваривању сврхе права (Перовић, 1995).

У Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода није експлиците предвиђено право на приступ суду, али га Европски суд за људска права узима као стандард инхерентан праву на правично суђење.

Свој став Европски суд заснива на формулацији прве реченице става 1. чл. 6. ЕК, коју, према мишљењу овог суда, треба тумачити у контексту целине и у светлу циља и сврхе Европске конвенције, као међународног уговора који ствара право, и општих правних принципа (случај *Golder v. United Kingdom*). На тај начин тумачено, овај члан обухвата „право на суд“, а право на приступ суду, тј. право на покретање поступка пред судом (које се тиче грађанских питања) представља само један аспект тог права.

У оквиру права на правично суђење, сваком лицу окривљеном за кривично дело Европска конвенција гарантује право на суд (чл. 6. ст. 1. ЕК). Као што је речено, према мишљењу Европског суда, један аспект тог права је и право на приступ суду, које се узима као правни стандард и за грађанска права и за решавање кривичних ствари. Право на приступ суду (о праву на приступ суду у уставно-судској пракси види Симовић, Симовић, 2009: 239–241) подразумева да лице „оптужено“ за кривично дело или дело са одређеним кривичним карактеристикама које чине применљивим члан 6. ЕК, има право да захтева да се његов предмет решава на суду. Међутим, то не значи да „оптужено“ лице може захтевати да се настави кривично гоњење или да се одржи главни претрес пред судом, него само кад се „утврђује оптужба“ да то обави суд (van Dijk, 1995: 395, види случај *Lutz v. Germany* и случај *Adolf v. Austria*).

Кад се ради о правима гарантованим Европском конвенцијом, право приступа суду је у тесној вези са правом на делотворно правно средство (чл. 13. ЕК). Суштину овог права чини гаранција делотворног правног средства пред националним властима која се пружа свакоме ко сматра да су му повређена права и слободе предвиђене Европском конвенцијом (случај *Klass and others v. Germany*). Овом гаранцијом Конвенција непосредно намеће обавезу државама да пруже заштиту људских права превасходно унутар својих правних система (случај *Kudla v. Poland*). Она садржи захтев да се обезбеди домаћи правни лек на основу кога би националне власти разматрале суштину жалбе везану за одговарајуће право из Европске конвенције и пружиле подесно задовољење (Лич, 2007: 343).

У вези са наведеним правом на приступ суду и правом на делотворно правно средство, поставља се питање да ли законско уређење покретања јавнотужилачке истраге одговара европским правним стандардима. Наиме, према новом процесном законнику, истрага се покреће наредбом јавног тужиоца против које окривљени нема право жалбе суду нити право приговора вишем јавном тужиоцу (чл. 296), па се отвара питање зашто лице против кога орган гоњења „утврђује оптужбу“ нема право на судску заштиту (тј. право на приступ суду) нити право на било какво правно

средство, па консеквентно и питање да ли је ново законско решење о отварању истраге у хармонији са европским стандардима. У крајњем, поставља се питање има ли законодавац обавезу да пропише правно средство против незаконито или арбитрерно покренуте истраге и тако осумњиченом (за кривично дело) осигура судску заштиту.

Поводом покретања и спровођења јавнотужилачке истраге, разнолика су решења у упоредном праву – неке земље не предвиђају судску контролу истражног поступка (нпр. Немачка), док друге прописују одређена правна средства правне заштите и у претходном поступку, тј. и приликом покретања и спровођења истраге (нпр. Аустрија). У том погледу засад није створен европски правни стандард обавезујући за државе чланице нити Европски суд захтева судску контролу преткривичног и истражног поступка. Међутим, иако Европски суд није директно успоставио право окривљеног на судску заштиту од незаконите одлуке о отварању истраге у оквиру националног правног поретка, он је у већем броју предмета испитивао претпоставке за почетак и оправданост истраге и њеног трајања, чиме је успоставио наднационалну контролу претпоставки за покретање и вођење јавнотужилачке истраге (Ђурђевић, 2010: 10). Управо зато што је у различитим предметима и разним поводима Европски суд разматрао законитост покретања и вођења јавнотужилачке истраге, па је у више одлука испитивао постојање основане, тј. разумне сумње (*reasonable suspicion*), која је сада код нас снижена на основе сумње, установљавање правног лека против одлуке о покретању јавнотужилачке истраге и успостављање судске заштите, предупредило би у многим случајевима осуду наше државе пред тим судом.

Независно од постојања европских стандарда, законска регулатива покретања истраге мора бити у складу са уставним гаранцијама које се тичу кривичног поступка. Приликом разматрања уставности процесног законодавства не треба губити из вида да су, приликом доношења Устава из 2006, уставна начела и гаранције везане за кривични поступак утемељене на српској процесноправној традицији судског кривичног поступка, у коме је и фаза истраге судске природе. Поред тога, и читава уставна регулатива одише јемствима судске заштите, особито домен људских права и слобода. Стога се у духу судске заштите као темељног принципа који прожима читав текст Устава, имају интерпретирати и уставне норме којима се успостављају гаранције везане за кривични поступак. Ако се потенцира предмет расправе, треба такође узети у обзир поштовање законитости и забрану арбитрерности у поступању државних органа, као захтеве који извиру из владавине права и непосредно се изводе из начела уставности и законитости, а садржани су и у уставним јемствима правичног суђења

и забране самовласног ограничења личне слободе, у обиму у коме се распростиру на претходни поступак. У њиховој жижи такође је судска заштита као уставно јемство без којег би ограничења гарантованих права и слобода у кривичном поступку могла угрозити и саму есенцију тих права и слобода.

Из ове начелне расправе следи да се принцип судске заштите као фундаментални принцип уставне заштите људских права распростире и на претходни кривични поступак, па *eo ipso* и на одлуку о отварању истраге којим ова фаза започиње. Са тог становишта посматрано, позитивноправна регулатива отварања јавнотужилачке истраге која забрањује приступ суду (чл. 296. ЗКП/2011) била би у нескладу са општим уставним принципом судске заштите људских права и слобода. Међутим, за коначну оцену уставности законског уређења почетка истраге потребно је анализирати и уставне одредбе о праву на правично суђење и праву на правно средство, које се директно односе на кривични поступак. У оквиру уставних гаранција права на правично суђење, експлиците је предвиђена судска заштита и самим тим право приступа суду поводом одлуке о покретању кривичног поступка. Свакоме је гарантовано „право да... суд... расправи и одлучи о... основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега“ (чл. 32. ст. 1. Устава).

И законско уређење јавнотужилачке истраге, која је уистину установљена после доношења Устава, морало би бити у складу са цитираном уставном одредбом. Евентуално супротно тумачење да се уставна одредба односи на коначну првостепену одлуку суда у кривичном поступку зато што се користи израз „*расправи и одлучи*“, што може асоцирати на расправу, тј. главни претрес у првостепеном кривичном поступку, не би се могло прихватити јер нужно води ка закаснелом изрицању правде, чиме би се дерогирала есенција права на судску одлуку о основаности сумње приликом покретања поступка. Иако су уставописци приликом формулисања уставне гаранције вероватно били инспирисани тадашњим законским решењем да се истрага покреће кад постоји основана сумња о делу и учиниоцу, уставна норма нема објективно значење да суд одлучује о основаној сумњи као степену уверења испод којег нема судске контроле покретања кривичног поступка. Смисао је уставне одредбе да се осигура судска контрола законитости и правилности покретања кривичног поступка, чиме се установљава право приступа суду као гаранција од незаконитог и арбитражног покретања јавнотужилачке истраге. Треба тумачити да се први део цитиране уставне одредбе којом је предвиђено право на судску одлуку о „*основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*“ односи на сваку одлуку о покретању кривичног поступка, било да започиње

фазом истраге или непосредном оптужбом, а да се други део одредбе којим се установљава право на судску одлуку о „оптужбама“ односи на првостепену судску одлуку којом се коначно одлучује о кривичној ствари. Ни смањење чињеничног супстрата за покретање истраге са „основане сумње“ на „основе сумње“ не може дерогирати цитирану уставну одредбу, јер њом није предвиђено да суд одлучује једино у случају кад треба оценити да ли постоји основана сумња, а не и основи сумње, него да суд цени „основаност“ сумње, тј. да ли има места сумњи, да ли има разлога за сумњу која се јавља као повод за покретање кривичног поступка.

Уобичајено се заштита људских права осигурава помоћу правних средстава, те је онда разумљиво установљавање уставне гаранције означене као право на правно средство: „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“ (чл. 36. ст. 2. Устава). Иако се приликом покретања истраге не одлучује о неком појединачном праву или на закону заснованом интересу, формално покретање кривичног поступка директно погађа људско достојанство као неприкосновено човеково право и ограничава остваривање многих других права (право на рад, изборно право и многа друга права), те се постојање делотворног правног средства показује као преко потребно.

Из изложене интерпретације уставних норми може се извести закључак да је законодавац био обавезан да у нормативни систем покретања и вођења јавнотужилачке истраге, у закону дефинисане као прве фазе кривичног поступка, угради право приступа суду установљавањем одговарајућег поступка, што се, између осталог, могло постићи прописивањем правног средства против наредбе јавног тужиоца о покретању истраге. Установљавање права на приступ суду и делотворног правног средства био би ефикасан правни метод заштите од незаконитог и арбитрерног покретања истраге. Робовање идеји да се у истрагу суд не сме мешати, наметнуто из англоамеричког поимања кривичног поступка као парнице, уз истовремено давање доказне снаге свим истражним судским радњама као да су изведене у фер двобоју пред судом на главном претресу, у тој мери ставља осумњиченог у инфериоран положај у односу на другу процесну странку, да претходном поступку у целини одузима атрибуте правичног.

3. Суђење у одсуству окривљеног и право присуства сопственом суђењу

Право окривљеног да присуствује сопственом суђењу представља конститутивни елемент начела правичног поступка. С њим је тесно

повезано право да буде саслушан пре доношења одлуке, а даља консеквенца овог права је да има могућност да се изјасни о свим захтевима, те чињеничним и правним наводима противне странке – *audiatur et altera pars*. Европски суд сматра да окривљени у кривичном поступку мора да присуствује суђењу (случај *Ekbatani v. Sweden*, став 25; случај *Colozza v. Italy*, став 27). Сврха и циљ члана 6. став 1. и члана 6. став 3. тачке од (ц) до (е) Европске конвенције претпостављају присуство окривљеног (Mole, Narby, 2006: 38).

Бројним правилима кривичног процесног законодавства јемчи се право странака да присуствују процесним радњама и да буду саслушане пре доношења судске одлуке. Таква јемства имају правила о достављању судских одлука и других писмена; правила о саслушању окривљеног пре отварања истраге, пре доношења судских одлука о примени појединих мера принуде и о његовом изјашњавању на главном претресу о наводима оптужбе; правила о присуству истражним радњама и обавештавању странака о рочишту за њихово предузимање; правила о позивању странака на главни претрес; правила о контрадикторном извођењу доказа на главном претресу, правила о одговору на жалбу итд.

И поред ових многобројних гаранција, ниједно процесно законодавство у упоредном праву не оставља остваривање назначених права без икаквих ограничења. Напротив, у сваком од њих статутирани су изузеци којим се та права, у већој или мањој мери ограничавају, зарад постизања различитих циљева. Допушта се, пре свега, у интересу обезбеђења доказа предузимање појединих, тзв. хитних истражних радњи без присуства странака, и то пре отварања истраге, ако постоји опасност од одлагања или је учинилац непознат. Наш законодавац уводи ту могућност и за дела за која је надлежно јавно тужилаштво посебне надлежности у случају кад јавни тужилац процени да присуство осумњиченог и његовог браниоца „може утицати на сведока“ (чл. 300. ст. 2. ЗКП/2011). Одступања се такође прописују и карактеристична су за неке упрошћене форме кривичног поступка, установљене преваходно ради економичности, као што је, на пример, поступак за издавање казненог налога. Право присуства процесним радњама посве је искључено код предузимања радњи или мера којима се ограничава право приватности, јер то изискује њихова природа и сврха. Само по себи је бесмислено питање присуства странака специфичним радњама као што су тајни надзор и снимање осумњиченог, ангажовање прикривеног иследника, контролисана испорука и сл., те о овом праву не може ни бити речи.

Са аспекта права окривљеног да присуствују процесним радњама и да буде саслушан пре доношења одлуке, највеће одступање представља законска могућност суђења у одсуству окривљеног, коју предвиђају нека процесна законодавстава, али има и оних која то експлиците забрањују. У земљама које то допуштају, сврха је суђења у одсуству окривљеног да се спречи наступање застарелости кривичног гоњења и изигравање правде од стране учиниоца кривичног дела (Cassese, 2003: 400–401).

У вези са правом окривљеног да присуствује сопственом суђењу, може се поставити питање да ли је новоустановљена законска могућност вођења истраге против непознатог учиниоца (чл. 295. ст. 1. тач. 2. ЗКП/2011) у складу са стандардима правичног поступка. Најпре треба рећи да је по самом закону истрага фаза кривичног поступка, па отуда питање може ли се и под којим условима водити кривични поступак а да лице против кога се води то уопште не зна. Разуме се да непознати осумњичени, зато што уопште не зна да се против њега води кривични поступак, из тог разлога не може користити права која му припадају приликом покретања и у току кривичног поступка, пре свега, право на личну одбрану и право на браниоца, али и сва друга права која би му припадала у једном правичном поступку.

Будући да суђење у одсуству није експлиците забрањено Европском конвенцијом, према ставу Европског суда, поступци одржани у одсуству окривљеног у принципу нису инкомпатибилни с Конвенцијом (случај *Poitrinol v. France*, став 31), па суђење у одсуству окривљеног може бити допуштено у неким изузетним околностима: ако су судске власти поступале с потребном ревношћу а ипак нису успеле да обавесте лице о самом претресу (случај *Colozza v. Italy*), ако је то у интересу правде у неким случајевима болести окривљеног (случај *Ensslin and Others v. the Federal Republic of Germany*), ако се странка одрекла да присуствује суђењу под условом да је то одрицање неопозиво и ако је „пропраћено минималним јемствима која су примерена његовој важности“ (случај *Poitrinol v. France*, 1993: 31).

Да ли истрага против непознатог учиниоца може задовољити стандарде правичног суђења, зависи од тога да ли су у време њеног вођења, а нарочито после, кад се поступак настави против познатог учиниоца, осигурана јемства да поступак у целини узев буде правичан.

Нова јавнотужилачка истрага је фаза формалног кривичног поступка у којој јавни тужилац предузима доказне радње чији резултати имају доказну снагу као да их је извео суд или као да су странке извеле те доказе на главном претресу пред судом надлежним да пресуди кривичну ствар.

Искази сведока и вештака које је испитао јавни тужилац могу се директно користити на главном претресу (чл. 406. ЗКП/2011), па након упознавања суда и окривљеног са тим исказима бити чињенична основа пресуде (довољно је да се испитана лица „не могу пронаћи“ или да вештак или сведок „без законског разлога неће да да исказ на главном претресу“). Због такве природе истраге против непознатог учиниоца и процесних последица које у даљем поступку могу настати, бранилац постављен по службеној дужности за посебан случај био би адекватно јемство, аналогно кад се окривљени одрекао свог права да присуствује главном претресу: став је Европског суда да тада окривљени мора имати браниоца (случај *Pelladoah v. Netherlands*). Насупрот томе, наш законодавац такву могућност не предвиђа иако предвиђа обавезну стручну одбрану кад се окривљеном суди у одсуству (чл. 74. ст. 1. тач. 4–6. и тач. 9). Недостају јемства и после започете или спроведене истраге против непознатог учиниоца: не постоје гаранције да ће окривљени, за кога се касније сазна, имати могућност да испита сведоке или вештаке противне странке. Ако се испитана лица у тако спроведеној истрази не могу пронаћи или без законског разлога не желе да дају исказ на главном претресу, такви искази су законити и на њима се може заснивати пресуда, а окривљени нема законску могућност да их одстрани из поступка. Тиме је угрожено право окривљеног на „једнакост оружја“ и право да испита или постигне да се испитају сведоци, као неспорни правни стандарди права на правично суђење. Управо зато што не предвиђа јемства за време истраге против непознатог учиниоца ни у каснијем поступку против окривљеног који буде откривен и зато што не забрањује да се на доказима из тако спроведене истраге заснива пресуда (за случај да се сведоци и вештаци не могу испитати на главном претресу), законски нису обезбеђене гаранције да кривични поступак у свим случајевима може бити правично спроведен, па је из тог разлога законска регулатива у дисхармонији са Европском конвенцијом и стандардима права на правично суђење које изграђује Европски суд за људска права.

4. Изнуђивање доказа одбране противречи правним стандардима на којима је изграђена претпоставка невиности

Претпоставка невиности је процесна гаранција која штити окривљеног од предрасуда и предубеђења, у чијој бити је нормативни захтев за легитимним начином утврђивања правно релевантних чињеница у кривичном поступку. Она отклања могућност постојања тзв. дубитативних пресуда, уноси нужан ред у поступак доказивања и кондиционира судију да пре пресуђења не заузима дефинитивне ставове о кривици оптуженог (Крапац, 1989: 159).

Претпоставка невиности инволвира три општа правила која детерминишу њено значење и обим важења: (1) поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, (2) терет доказивања не сме бити на окривљеном и (3) сумња у релевантне чињенице (тзв. ризик недоказаности) мора бити у корист окривљеног. Ове правне стандарде изградио је Европски суд и узима их као одлучујуће приликом оцењивања да ли су повређене одредбе Европске конвенције о претпоставци невиности, оцењујући их самостално или заједно с њима повезаним стандардима који творе нека друга гарантована права или слободе човека. Према мишљењу суда, одредба става 2. члана 6. Европске конвенције о претпоставци невиности захтева, између осталог, да приликом обављања својих дужности судије не смеју полазити од предубеђења да је окривљени учинио дело које му се ставља на терет, да терет доказивања лежи на тужиоцу и да свака сумња [у постојање чињеница] мора ићи у корист окривљеног (случај *Barbera, Masegue and Jabardo v. Espana*, став 91).

Општим правилом наведеним под (2) решава се питање терета пружања доказа у кривичном поступку. У вези с тим, изграђен је правни стандард да окривљени није дужан да доказује своју невиност, као иманентан елемент конструкције правичног поступка. Кад тога не би било, окривљени никад не би био сигуран кад ће отпасти све сумње у његову кривицу и да ће кривична ствар бити дефинитивно пресуђена по ауторитативним правним стандардима. Гледиште да нико не може бити стављен у положај да доказује своју невиност, Европски суд доследно спроводи, било да оцењује законску регулативу или фактичко поступање према окривљеном, али допушта и извесне изузетке кад терет доказивања преваљује на окривљеног, по правилу, кад се на окривљеног примењује законска или чињенична претпоставка. Те претпоставке морају бити у разумним границама које узимају у обзир последице које могу наступити за оптуженог и морају чувати права одбране (Лич, 2007: 271).

У погледу терета доказивања може се поставити питање да ли је посредно изнуђивање доказа у корист окривљеног инкопатибилно са овим општим правилом на коме се темељи претпоставка невиности. Наиме, новим процесним кодексом наметнута је обавеза странкама и браниоцу да на припремном рочишту предложи доказе под претњом санкције да се на главном претресу неће извести они докази који без оправданих разлога нису предложени на том рочишту (чл. 350). Очигледно су законописци били мотивисани идејом повећања ефикасности (у вези с тим види Бејатовић, 2010: 184–207) поступка која им је замаглила поглед на јемства људских права у кривичном поступку. Из овакве регулативе могао би се извести закључак да ће за одбрану бити изнуђено предлагање доказа на

припремном рочишту, уопштено посматрано, а особито у ситуацијама кад окривљени и његов бранилац нису намеравали да износе доказе у корист одбране, па то чине само зато што је законом забрањено да касније предложи и изведу своје доказе. За законом наметнуто изнуђивање доказа не може се ни у ком случају устврдити да је у хармонији са правом окривљеног да не доказује своју невиност, тј. са стандардом да је терет доказивања на тужиоцу. За окривљеног је установљена још једна доказна забрана: на главном претресу се изводе докази само у вези са делом оптужнице који оптужени оспори (чл. 349. ст. 4). Јасно је да се овим доказним забранама ограничава право окривљеног на одбрану и право да изводи доказе у своју корист, као и да та ограничења нису предвиђена европском конвенцијом нити су установљена у пракси Европског суда. Из ових разлога, питање правичности поступка постаје још израженије у случајевима кад окривљени нема браниоца, а таква ситуација може настати за сва дела са запрећеном казном мањом од осам година затвора, што у пракси представља највећи број кривичних дела о којима судови одлучују. Наиме, питање је да ли се уопште може говорити о правичности поступка кад су оптужени правни лаици, па не знају који део оптужбе и зашто треба оспорити, нити знају да на припремном рочишту имају обавезу да предложи доказе. Зато, све те доказне забране које се испољавају као ограничење права оптуженог да изводи доказе у своју корист и у одређеним случајевима га доводе у претерано инфериоран положај у односу на тужиоца, треба преиспитати са становишта правних стандарда обухваћених правом на правично суђење.

5. Посредни докази и формално прокламовање „једнакости оружја“

Право странке да у поступку предузима све радње које може предузети њезин противник, у теорији се означава као *једнакост оружја*, што у бити значи забрану да се поступак уреди и спроведе помоћу неоправдане дискриминације између странака. Европски суд за људска права тумачи да је појам „једнакости оружја“ инхерентан део ширег појма „правичног поступка“ и да то право, по мишљењу суда, значи да у кривичним стварима оптужба и одбрана морају имати могућност да сазнају за предлоге, захтеве и друге процесне радње својега противника и могућност супротстављања сопствених.

Процесној равноправности окривљеног са противном странком доприноси и установљено јемство да он има право да „да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају“, предвиђено Европском конвенцијом (чл. 6. ст. 3. д ЕК), што је такође и уставно јемство (чл. 33. ст. 5. Устава).

Ови европски стандарди и уставна јемства угрожени су прешироким а непотребним ограничавањем начела непосредности и контрадикторности на главном претресу (чл. 406), путем изједначавања доказа из истраге са доказима које странке изведу пред судом на главном претресу. Без нарочитих законских препрека искази сведока и вештака могу на главном претресу постати доказно средство, па и они које је јавни тужилац прибавио њиховим испитивањем без присуства окривљеног и његовог браниоца (кад је истрага вођена против непознатог учиниоца или применом става 2. члана 300), а одбрана тада нема могућности да унакрсно испита сведоке или вештаке, што је у директној супротности с напред цитираним јемством. Насупрот оваквом законском решењу, Европски суд стоји на становишту да сви докази по правилу морају да буду изнети на јавном главном претресу у присуству оптуженог, контрадикторним аргументовањем супротстављених страна (случај *Lüdi v. Switzerland*, став 47). Коришћење посредних доказа стога може да доведе до повреде члана 6. Европске конвенције, у зависности од целокупне правичности поступка (Лич, 2007: 277). Кад се јави потреба да се употребе искази дати током истраге (нпр. сведок одбија да јавно на претресу понови свој исказ), оптужени мора имати могућност да оспорава такве изјаве, било у време када се оне дају, било касније. Ако није постојала адекватна могућност и прописна прилика да окривљени испита сведока, његова осуда не може бити искључиво или углавном утемељена на исказу тог сведока (случај *Kostovski v. Netherlands*, став 44). Коришћење исказа које су у претходном поступку дала лица која, у складу с националним законом, одбију да дају пред судом, само по себи није некомпатибилно са Европском конвенцијом, али може довести до осуде само ако постоје докази коју потврђују тај исказ (случај *Unterpertinger v. Austria*).

И факултативна стручна одбрана за велики обим кривичних дела (за која се уистину води сумарни кривични поступак) ставља окривљеног без браниоца у инфериоран положај у односу на јавног тужиоца, јер окривљени не може знати да ли и које део оптужбе треба оспорити, када и које доказе треба предложити, па му због незнања бива касније ускраћено право на извођење доказа у његову корист. Објективним условљавањем окривљеног тиме да мора познавати процесне прописе да би на главном претресу могао остваривати право да изводи доказе, без прописивања обавезне стручне одбране, априори доводи до анулирања прокламоване „једнакости оружја“. Непознавање права од стране окривљеног који се сам брани потиरे формалну равноправност процесних странака на главном претресу који је адверзијално уређен.

Наведени стандарди, изграђени у пракси Европског суда, показују се као довољан сигнал да треба преиспитати законске одредбе о посредним доказима, којима се ограничава право окривљеног на унакрсно испитивање сведока и вештака, и одредбе којима се прокламује формална „једнакост оружја“ на главном претресу, али не осигурава стварна реализација права на одбрану и процесна равноправност странака. До те евентуалне ревизије само рестриктивна примена законских ограничења јемстава која чине садржину права на правично суђење може бити брана да спроведени кривични поступци не буду оцењени као неправични пред нашим уставном и стразбуршком судском инстанцом.

Литература

Бејатовић, С. (2010). Ефикасност кривичног поступка и међународни правни стандарди. У С. Бејатовић (прир.), *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске Уније* (стр. 184–207). Београд–Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intemex

Бељански, С. (2001). *Међународни правни стандарди у кривичном поступку*. Београд: Београдски центар за људска права

Ван Дијк, П., Ван Хооф, Г. Ј. Х. (2001). *Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима*. Сарајево: Müller

Van Dijk, P. (1995). *Acces to Court the European System for the Protection of Human right*. Dordrecht–Boston–London

Вукадиновић, Г., Степанов, Р. (2001). *Теорија права I*. Петроварадин: Футура

Димитријевић, В., Пауновић, М., Ђерић, В. (1997). *Људска права*. Београд: Београдски центар за људска права, Досије

Ђурђевић, З. (2010). Судска контрола државноодвјетничког казненог прогона и истраге: поредбеноправни и уставни аспект. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*. 17 (1). 7–24

Ђурђић, В. (2006). Начело правичног поступка. *Ревизија за криминологију и кривично право*. 44 (3). 67–94

Ђурђић, В. (2012). Ревизија основних процесних начела на којима је уређен нови кривични поступак Србије. *Правна ријеч*. 33. 447–465

Крапац, Д. (1989). Основна права човјека и грађанина и начела кривичног поступка. У В. Васиљевић (прир.), *Права човека и савремена кретања у криминалној политици* (стр. 142). Будва–Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Лич, Ф. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права, књига 1*. Београд: Београдски центар за људска права

Митровић, Д. (2010). *Увод у право*. Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање

Mole, N., Harby, K. (2006). *Rigt to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition. Council of Europe

Перовић, С. (1995). Природно право и суд. *Правни живот*. 9. 29–127

Радуловић, Д. (2010). Кривичнопроцесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније. У С. Бејатовић (прир.), *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске Уније*. Београд-Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intemex

Симовић, М. Н., Симовић, М. (2009). *Мјесто и улога Уставног суда БиХ у заштити људских права*. Бања Лука: Графомарк

Узелац, А. (2010). Право на правично суђење у грађанским предметима: Нова пракса Еуропског суда за људска права и њен утицај на хрватско право и праксу. *Зборник Правног факултета у Загребу*. 60 (1). 101–148

Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

New Serbian Criminal Procedure - New Reasons for Harmonization with European Legal Standards

Summary

The new criminal procedure, set forth in 2011, represents a compilation of the inquisitive model of preliminary proceedings, on the one hand, and adversarial trial of the Anglo-American type of criminal procedure on the other. Introduction of the public prosecutor's investigation required a subtle legislative approach to the protection of human rights in criminal proceedings, in order to establish equilibrium between efficient and just procedure. Instead of the expected, the erroneous conception based on the ideas that the public prosecutor's investigation should be strictly formal as that of a court, that evidence taken by the non-judicial authorities should have the same bearing as those taken by the courts, and that the court should have no role in conducting investigation, resulted in an overly inferior position of the accused compared to that of the public prosecutor. Beside the fact that such conception can not pass the ECJ test, the specific legal solutions referring the investigation open the question of harmonization with the European legal standards. The provisions on initiation of this phase of the proceedings, not being legally sanctioned, put in question the right of the accused to access justice, as well as his right to an effective legal remedy, and the introduced investigation against the unknown perpetrator, the right to be present at one's own trial is being jeopardized. Neither do all procedural rules pertaining to the trial support the fair procedure principle: the indirect extortion of evidence from the defense is discordant with the rule that the burden of proof lies on the prosecutor, as one of the main pillars of the assumption of innocence; as well as the broad opportunity to use non-judicial evidence at the hearing without any major legal obstacles, have demolished the principles of directness and contradictoriness. Even some of the minimal right of the defense as well as the guarantees of personal freedom in the course of arrest and detention, are threatened, which alongside previous discrepancies, leads to the conclusion that there are numerous reasons for the new criminal procedure should be harmonized with the European standards, rather than the old one, which has been reformed for that reason.

Key words: fair trial, access to justice, „equality of arms“, presumption of innocence, right to defense.

Др Милош Бабић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци и
судија Суда Босне и Херцеговине

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.4(497.6):341.645(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ –ДАМЈАНОВИЋ И ЊЕН УТИЦАЈ НА СУЂЕЊЕ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

Апстракт: У раду се расправља питање примјене правила временског важења кривичних закона у суђењима за међународна кривична дјела од стране судова у Босни и Херцеговини. При томе се указује на постојање два различита кривичноправна режима који се примјењују на осуђене: један који примјењују судови Ентитета и Брчко Дистрика, који ова правила досљедно примјењују и изричу казне затвора у оквирума оних казни које су биле примјенљиве према ранијим кривичним законима, укључујући и тзв. међузаконе, и други који примјењује Суд БиХ који на ова дјела примјењује КЗ БиХ из 2003. године и за њих изриче и казну дуготрајног затвора у трајању до 45 година, иако ова казна није постојала у кривичним законима када су та дјела вршена.

У раду се посебно расправља кривичноправна ситуација настала након пресуде ЕКЉП у предмету *Мактоуф – Дамјановић* (18. јули 2013), којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. става 1. ЕКЉП. Аутор посебно расправља схватање према којем су овом пресудом отклоњени сви неспоразуми у вези са примјеном наведених правила, те заузима став да такво схватање није основано, при чему указује на низ других отворених проблема у примјени наведених правила и након наведене пресуде.

Посебна пажња у раду је посвећена инкриминацији Злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ коју Суд БиХ примјењује као ново кривично дјело на основу члана 7. става 2. ЕКЉП. Аутор сматра да таква примјена ове инкриминације није основана и анализом кривично-правне природе законског бића овог кривичног дјела закључује да се у

* m.babic@pravobl.org

основи не ради о сасвим новом кривичном дјелу, те да се стога његова кажњивост не може изводити или заснивати на овој одредби, односно општим начелима међународног права.

Кључне ријечи: *принцип законитости, правила временског важења, принцип неретроактивности, обавезне примјене новог повољнијег закона, злочин против човјечности.*

1. Уводне напомене

1. Питање примјене правила која се односе на временско важење кривичних закона, као најважнији сегмент принципа законитости, посебно је актуелно у данашњем времену када су веома честе измјене кривичног законодавства. То се посебно односи на тзв. транзицијске или пост-транзицијске државе настале на југословенским просторима, које су након државноправног осамостаљивања успоставиле своје сопствено кривично законодавство, са низом нових установа и рјешења. Како се ради о новим државама у којима је посебно изражена потреба мијењања многих дотадашњих рјешења, односно њиховог саображавања са стандардима прихваћеним у савременом кривичном праву, промјене у овој материји су доста честе, што редовно има посебан значај за питање примјене правила која се односе на временско важење кривичних закона.

Након ступања на снагу Кривичног закона Босне и Херцеговине 2003. године, ово питање је у најснажнијој мјери дошло до изражаја управо у Босни и Херцеговина у суђењима за *најтежа кривична дјела против међународног права* која су извршена за вријеме оружаног сукоба у периоду од 1992. до 1995. године. Оно је у средишту интересовања не само правничке јавности, првенствено ради тога што су на сцени два посве различита режима или приступа у примјени кривичних закона на такве случајеве, а што зависи од тога на којем се нивоу она процесуирају: ентитетском или од стране Суда БиХ.

2. Када је у питању примјена кривичног закона на ова кривична дјела од стране Суда Босне и Херцеговине, нужно је нагласити да је овај суд већ на самом старту у суђењима за ова кривична дјела, у знатној мјери под утицајем или уз асистенцију неких међународних тијела али и судија (а нешто касније и уз „подршку“ Уставног суда БиХ), заузео став (*sic!*) да се на та дјела примјењује КЗ БиХ. Наравно, прихватајући овакав став, суд се није ни пуштао у оцјену конкуришућих закона у погледу њихове строгости,¹ односно оцјену који је од тих кривичних закона (некада и

1 Треба рећи да то није чинио ни сам Уставни суд поступајућим по апелацијама све до пресуде ЕКЉП у предмету *Maktouf – Дамјановић* (иако је мериторно одлучивао о

више њих) у односу на конкретни случај, најблажи за учиниоце таквих кривичних дјела, односно који му од њих обезбјеђује најповољнији исход. И онда када се, након евентуалних приговора одбране, упуштао у такву оцјену, суд је при томе имао погрешан приступ, јер се углавном позивао на одредбу из члана 4а КЗ БиХ, односно члана 7. става 2. ЕКЉП, чија примјена подразумијева само дјела која у вријеме њиховог извршења нису била предвиђена као кривична дјела, али се њихова кажњивост може извести или засновати на општим правним начелима међународног права признатим од свих цивилизованих народа.² У таква дјела наша стручна правничка јавност углавном сврстава кривично дјело злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ (што је такође спорно и што је управо предмет ауторове расправе у овом раду). У претметима у којима је изрицао казну дуготрајног затвора, суд је примјену КЗ БиХ темељио на томе да је КЗ СФРЈ, као закон времена извршења, строжи јер је предвиђао смртну казну.

Овакву примјену кривичног закона, односно *одустајање од примјене принципа неретроактивности*, Суд БиХ је редовно правдао тежином ових кривичних дјела и потребом њиховог „адекватног кажњавања“, јер се полазило од става да се сврха кажњавања не би могла остваривати уколико би се трајање изречених казни затвора свело у казнене оквире предвиђене у КЗ СФРЈ. Ову аргументацију својим одлукама је подржао и сам Уставни суд БиХ, који је по апелацијама у неким предметима прихватио праксу овог суда одступања од принципа законитости из члана 3, као и правила временског важења из члана 4. КЗ БиХ јер се, како тај суд у својим одлукама наводи, ради о „злочинима према међународном праву“. При томе се и овај суд позивао на одредбу члана 4а КЗ БиХ, односно одредбу члана 7. става 2. ЕКЉП, иако су углавном били у питању ратни злочини који су били предвиђени као кривична дјела и у претходном кривичном законодавству, што ове одредбе, како је већ наведено, не подразумијевају. Дакле и Уставни суд је, баш као и Суд БиХ, примјену ових кривичних дјела погрешно заснивао на овим одредбама.

Иста аргументација је коришћена и пред Европским судом за људска права (у наставаку ЕКЉП), при чему је БиХ као тужена страна истицала да се наведени принципи и правила, посебно правило неретроактивности, не примјењују ако су у питању кривична дјела која су у вријеме њиховог

питању основаности ретроактивне примјене кривичног закона), јер ни у једном случају није, на основу општеусвојених правила која се односе на то, вршио *in concreto* оцјену који је од конкуришућих закона повољнији за учиниоца (тако нпр. у својим одлукама у предметима Неђо Самарџић и Гојко Јанковић, АП 519/07 и АП 126/08).

2 Као нпр. у првостепеној пресуди број Х-КР-06/299 против оптуженог Зијада Куртовића од 30.04.2008. године. Одредба из члана 4а је дословно преузета из чл. 7. ст. 2. ЕКЉП.

вршења представљала кривична дјела према „општим правилима међународног права“. Наравно, показало се да се ради о неприхватљивој аргументацији коју ЕКЉП није прихватио.

3. Оваквом праксом примјене кривичног закона, правосуђе на нивоу БиХ (Суд БиХ и Уставни суд БиХ) је инаугурисало *принцип легитимитета* као основни принцип у примјени кривичног закона у суђењима за ова кривична дјела, што није прихваћено као пракса ни у једној европској земљи. Примјену кривичног закона која подразумева одступање од принципа законитости у тој мјери више не практикују ни међународни судови који не суде на основу кодификованог кривичног законодавства које примјењују, јер их Римски статут обавезује на примјену принципа законитости који је детаљно регулисан у члановима 22. до 24, чија потписница је и Босна и Херцеговина. Дакле, ријеч је о опасном преседану у европској судској пракси, поготово ако се има у виду да је Суд БиХ национални суд у земљи у којој постоји кодификовано кривично законодавство, уз додатну обавезу која произилази из наведених одредаба Римског статута чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Најзад, ваља нагласити да ни једна држава у окружењу која суди за наведена кривична дјела (Србија, Хрватска, Црна Гора, али ни једна Њемачка) на овај начин не примјењује кривични закон, већ се досљено примјењују основни принципи и правила која се односе на временско важење, посебно правило неретроактивности према којем је искључена примјена новог кривичног закона, осим ако је он повољнији за учиниоце кривичних дјела³. На исти начин поступају и судови Ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.

2. Примјена кривичног закона након пресуде ЕКЉП у предмету Maktouf – Дамјановић

1. Након доношења пресуде у предмету Maktouf – Дамјановић, започиње једна нова фаза у суђењима за међународна кривична дјела. Након што је овај суд нашао да је Суд БиХ примјеном КЗ БиХ повриједио одредбу из члана 7. ЕКЉП, многи сматрају да су ријешени проблеми када је у питању примјена правила која се односе на важење и примјену кривичног закона у суђењима за ова кривична дјела. При томе се углавном полази од става да је примјена тих правила од стране Суда БиХ сада усклађена са праксом

3 Вид. нпр. Шкулић, 2010: 66–107; Муниврана Вајда, 2012: 812–822; Муниврана Вајда, 2013: 258–275; Бачић-Павловић, 2004: 616. Вид. и пресуду Апелационог суда Црне Горе, Кж бр. 339/10, од 25. 02. 2011. године у којој је истакнута потреба примјене опште-прихваћених правила временског важења кривичног закона, укључујући и правило обавезне примјене новог блажег закона.

судова у Ентитетима и Брчко Дистрикту, јер и овај суд у суђењима за ова кривична дјела сада примјењује КЗ СФРЈ као блажи кривични закон.

Овакво схватање није основано, јер превиђа или занемарује нека друга питања која су повезана са примјеном правила која се односе на временско важење кривичног закона. Оно углавном има у виду ова кривична дјела и за њих прописане казне у једном и/или другом кривичном закону (КЗ СФРЈ и КЗ БиХ) и то углавном минимално прописане казне које је имао у виду ЕКЉП у предмету *Мактоуф – Дамјановић*. Дакле и након ове пресуде многа питања остају и даље отворена, као што је питање примјене неких општих установа везаних за суђење за ова кривична дјела (нпр. заједничког или удруженог злочиначког подухвата, тзв. „проширеног саизвршилаштва“ из члана 180, командне одговорности и др.) које нису биле предвиђене у ранијем кривичном законодавству, а неке од њих чак ни у важећем КЗ БиХ (нпр. удружени злочиначки подухват).

Проблематичан је и став овог суда према којем је блажи КЗ БиХ у односу на максимално предвиђену казну, али исто тако и када је у питању примјена кривичног дјела злочина против човјечности које као такво није познавало претходно кривично законодавство, али је ЕКЉП става да се у односу на ово дјело мора примјењивати КЗ БиХ, јер „*не постоји друга могућност*“.

Све ово јасно потврђује да и даље остаје отворено питање поштовања принципа законитости, односно забране ретроактивне примјене новог кривичног закона, јер је овај суд ово питање ријешо само у односу на минимално прописану казну за ова кривична дјела, што није требало уопште бити спорно јер је свакоме и ко није правник посве јасно да је блажи закон који прописује минималну казну од пет, од закона који ту границу поставља на десет година затвора. Тиме је ријешен само један, мањи дио ове сложене проблематике у примјени кривичног закона, док је озбиљнији, који се односи на максималне казне, односно казну дуготрајног затвора и наведене установе којима се *неприхватљиво проширује кажњивост и кривична одговорност за ова дјела*, остао и даље споран, јер то није ни био предмет наведених апелација пред ЕСЉП. Посебан проблем је, како је већ речено, примјена злочина против човјечности чију примјену Суд БиХ темељи на одредама из члана 7. става 2, односно члану 4а КЗ БиХ.

Наведено потврђује да не стоји прије наведено схватање да је са овом пресудом овај проблем ријешен и да је судска пракса у суђењима за ова дјела коначно уједначена. Ово истовремено показује да ово питање није наишло на одговарајући третман наше професионалне заједнице која није нашла за сходно да расправи питање какве све кривичноправне консеквенце ова пресуда има, односно питање њеног дејства на праксу

наших судова, не само у односу на будућа суђења за ова кривична дјела, већ и на већ пресуђене случајеве. Пресуда којом је утврђена повреда члана 7. ЕКЉП, односно којом је утврђено кршење људских права и у којој се истовремено наводи да она остаје на снази иако се заснива на кршењу принципа законитости, захтијева веома озбиљну и широку расправу, имајући у виду да ентитетско правосуђе и правосуђе у окружењу, поступа сасвим другачије у оваквим случајевима.

3. Примјена кривичног дјела злочин против човјечности из чл. 172. КЗ БиХ

1. Оно што је након доношења наведене пресуде ЕКЉП посебно значајно је став овог суда у вези са *злочиним против човјечности* према којем „Суд БиХ и ентитетски судови *морају примјењивати* КЗ БиХ“, јер је ријеч о дјелу које није предвиђао закон који је важио у вријеме његовог извршења. Образлажући такав свој став, суд наводи да је у питању кривично дјело које није познавало раније кривично законодавство и да стога ови судови „немају никакве друге могућности него да примјењују Кривични закон из 2003. године у таквим предметима“ (пар. 55. Пресуде).

Овај став је и код нас владајући и углавном се заснива на томе да је ријеч о *новом кривичном дјелу* чија примјена се заснива, како је речено, на одредби члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ. Овакав став у суђењима за ово кривично дјело има и Суд БиХ, али и Уставни суд који у неким својим одлукама (нпр. по апелацијама у предметима Јанковић и Самарџић, АП 126/8 и АП 519/07) закључује да у оспореним пресудама Суда БиХ није дошло до повреде права апеланата из члана 7. ЕКЉП.

Оваква аргументација није основана, јер не стоји тврдња да не постоје друге могућности у оваквим предметима, нити да се ради о посве новом кривичном дјелу, ради чега се његова кажњивост заснива на општим начелима међународног права прихваћеним од цивилизованих народа, те се сходно томе примјењује на основу наведених одредаба.

2. Полазећи, дакле, од става да наведено становиште ЕКЉП у вези са примјеном ове инкриминације *није кривичноправно основано*, те да Суд БиХ погрешно ретроактивно примјењује одредбе које се односе на правила временског важења кривичног закона из члана 4. и члана 4а КЗ БиХ у предметима у којима се суди за кривично дјело злочин против човјечности, одлучио сам свој *другачији став* изнијети и понудити нашој стручној јавности.

Као што је већ речено, домаћа стручна јавност углавном заступа становиште да је у питању ново кривично дјело, па се сходно томе његова кажњивост и примјена заснива на одредбама члана 7. става 2. ЕКЉП, односно на општим начелима међународног кривичног права. Већ је наглашено да је овакав став неоснован и не произилази из озбиљне анализе законског бића овог кривичног дјела и његове кривичноправне природе. Наиме, раније кривично законодавство ово кривично дјело није познавало у овом облику, углавном ради његових општих елемената, али када су у питању радње које обухвата његово законско биће, односно алтернативни облици који заправо и чине *суштину његовог неправа*, оно је било инкриминисано у највећој мјери у оквиру кривичног дјела ратни злочин против цивилног становништва. Ово дјело се, заправо и појављује као *модификовано кривично дјело* ратни злочин против цивилног становништва које своју кривичноправну егзистенцију наставља и у другом облику, као злочин против човјечности, али за чије постојање се захтијевају и неки додатни услови који га и разликују од тог дјела.

Дакле, ради се о кривичном дјелу веома комплексне кривичноправне природе, што је од посебног кривичноправног значаја управо у вези са питањем примјене правила временског важења. Наиме, као што је већ истакнуто ово кривично дјело *као такво* наше раније кривично законодавство није познавало, па се стога оно редовно сврстава у категорију *нових кривичних дјела*. Међутим, то до краја није посве тачно, јер се ради о таквом кривичном дјелу које је по структури свог неправа, односно елементима који га чине, истовремено и „ново” и „старо” кривично дјело.

Ново је, јер *као такво није постојало* и тако је обликовано да, поред *инкриминисаних радњи* које су таксативно наведене у законском опису, његово законско биће обухвата и одређене *опште елементе* који су заједнички за све његове алтернативне облике. Ријеч је о елементима *широки и систематски напад усмјерен против било којег дијела цивилног становништва, те свијест на страни учиниоца да такав напад постоји*, у оквиру (или уз постојање) којих инкриминисане радње из члана 172. морају бити предузете да би се радило о овом кривичном дјелу. Ово кривично дјело се и по неким другим особинама разликује од ратних злочина, па су стога одређена нечовјечна дјела и поступци из других, углавном ратних злочина, издвојени и добили своју кривичноправну самосталност у оквиру посебног (и тежег, иако не и по прописаној казни) кривичног дјела – злочин против човјечности.

С друге стране, ако се упореди ово дјело са ратним злочинима, конкретно ратним злочином против цивилног становништва из ранијег кривичног законодавства, онда није тешко закључити да је највећи број ових радњи био обухваћен том инкриминацијом. Из тога јасно произилази да се овдје *не ради о радњама*, односно чињењу и нечињењу, које *није било инкримисано* раније, што значи да се у погледу *кривичног неправa* које чини окосницу законског бића овог злочина, *не ради о посве новом*, већ о кривичном дјелу које је у основи *било инкриминисано* и прије овог злочина, али на другачији начин и у виду кривичног или кривичних дјела под другим називима. Тако, већ наведени ратни злочин против цивилног становништва једино није обухватао присилни нестанак лица (тач. и) и апартхејд (тач. ј) из садашњег чл. 172. Међутим, ако се има у виду садржај радњи ових облика дјела, нпр. присилног нестанка особа који је дат у објашњењу овог појма у тац. х), онда није спорно да се све ове радње могу подвести под неки од облика ранијег ратног злочина против цивилног становништва, као што је расељавање, мучење, убиство, нечовјечно поступање, наношење великих патњи или неко друго класично кривично дјело, као што је убиство, силовање, противправно затварање и др. Чак и неке радње које представљају апартхејд могу бити подведене под неки од облика овог дјела или неког другог класичног кривичног дјела.

Дакле, имајући у виду ту чињеницу, није тешко закључити да се примјена ове инкриминације не може заснивати на одредбама из става 2. члана 7. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, јер ове одредбе подразумевају „чињење и нечињење” које у вријеме њиховог предузимања није било инкриминисано у унутрашњем кривичном законодавству. Дакле, без обзира што су овом дјелу додати и неки општи елементи у чије оквире су постављене већ раније инкриминисане радње, оно се у погледу примјене кривичног закона, не може третирати као „ново”, већ као „старо” кривично дјело за које вриједи принцип неретроактивности, осим ако је нови закон повољнији, када се обавезно примјењује тај закон. С обзиром на то да се нови закон примјењује само онда када је *повољнији за учиниоца* (став 2. члан 4. КЗ БиХ), онда је јасно да се примјеном дјела из члана 172. КЗ БиХ крши принцип законитости, односно принцип неретроактивности из става 1. члана 4. КЗ БиХ, без обзира да ли је нови закон строжи или је исто строг као и раније.

3. Имајући, дакле, у виду да се ради о радњама које су биле инкриминисане, овдје је заправо ријеч о „премјештању” и превођењу наведених радњи из постојећих у кривично дјело злочин против човјечности које није било предвиђено као кривично дјело у вријеме њиховог предузимања, што је својеврсни легислативни облик „препакивања” старих у нове

инкриминације. Ова легислативна пракса није непозната, али примјена новог кривичног дјела у оваквим случајевима није могућа због принципа забране ретроактивне примјене кривичног закона. Квалификавање ових радњи као злочина против човјечности представља *произвољно* тумачење кривично-правних норми, а како за овакво дјело у вријеме његовог чињења није била предвиђена ни казна, може се закључити да у овом случају није испоштовано *начело законитости ни у односу на дјело, ни у односу на казну*, као нераскидиве интегралне дијелове овог начела.⁴

Оваква примјена кривичног закона је у нашем случају заправо и *посве непотребна*, јер ове радње не би *остале некажњиве* с обзиром на то да су, како је речено, готово све биле инкриминисане у оквиру ратног злочина против цивилног становништва (са истом прописаном казном) или су представљале неко друго класично кривично дјело, као што је нпр. силовање, убиство и др. Таквим тумачењем и примјеном кривичног закона избјегле би се и евентуалне нелогичности које могу настати у односу на ратне злочине, а посебно кривично дјело геноцида, за које ће се казна изрицати до 15 или 20 година, а за ово казна дуготрајног затвора до 45 година. Ако се има у виду и то да ентитетско правосуђе за ова дјела изриче казне затвора до 15, односно 20 година, онда се може рећи да је у овом дијелу примјене кривичног права код нас на сцени висок степен арбитрерности, па и кривично-правни хаос, што у перспективи може представљати потенцијални негативни узор и доста лош примјер нашој судској пракси у примјени кривичног законодавства уопште.

4. Најзад, ако би се и пошло од претпоставке да се ради о новом кривичном дјелу чија се кажњивост заснива на општим правним начелима међународног права, тј. ставу 2. члана 7. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, онда се и таквом примјеном крши начело законитости, нарочито у оном његовом дијелу који се односи на *прописану казну – nulla poena sine lege*.⁵ Наиме, у нашем случају је нужно имати у виду да је ријеч о националном суду који, за разлику од међународних судова, има своје кодификовано, односно писано кривично законодавство и да у његовој примјени мора да

4 Сликовито, ова ситуација се може упоредити са бившом пљачком, која је као што је познато ретрансформисана у дјела која су је чинила (нпр. злоупотреба службеног положаја, тешка крађа и др.). Ако би се ово дјело поново увело као посебно кривично дјело, посве је јасно да се извршена посебна кривична дјела која чине пљачку не би могла квалификовати као кривично дјело пљачке, јер су она прије тога била инкриминисана у оквиру другог, односно као друга кривична дјела, чак и под условом да је за та дјела била предвиђена иста казна као и за пљачку као ново кривично дјело.

5 Дакле, таквом примјеном начело законитости се не протеже и на прописану санкцију, већ се своди само на законитост дјела, што је супротно принципу законитости из члана 3. КЗ БиХ који подразумемијева оба ова захтјева.

се придржава *принципа законитости* а не *принципа легитимности*. Принцип легитимности, односно веома еластично поимање начела законитости, везано је за примјену међународног кривичног права у одређеним судским случајевима, првенствено за познато Нирнберншко суђење (које се одвијало у једном другом међународно-правном амбијенту), које је риједак примјер да је у неким аспектима начело легитимности превагнуло у односу на начело законитости у кривичном праву. То, међутим, није послужило као преседан за будућа суђења ни у једној земљи континенталног правног система (упор. Шкулић, 2010: 66–107).

5. За разлику од тих земаља, примјена кривичног права од стране Суда БиХ када је у питању овај злочин (као и друга најтежа међународна кривична дјела), представља највеће одступање од праксе европских земаља и враћа га чак на традиционално међународно кривично право које *начело законитости није протезало на кривичне санкције*. Таква примјена није ни на линији савременог међународног кривичног права у којем се важење принципа законитости више не може оспоравати, јер је овај принцип у свим својим сегментима *досљедно прихваћен у Римском статуту* и све земље које су потписнице овог Статута (у које спада и БиХ), морају то начело прихватити и у пракси досљедно примјењивати.⁶ Ако се, поред тога, има у виду и то да се овдје ради о националном суду и законодавству које експлицитно, већ у основним одредбама, регулише општеприхваћена правила временског важења кривичног законодавства (чл. 4. ст. 1. и 2. КЗ БиХ), онда се може рећи да такво одступање од владајуће праксе континенталних земаља представља *озбиљан преседан*. Оваква пракса у примјени кривичног права води урушавању принципа законитости и успостављању кажњавања без кривичноправног основа у односу на вријеме извршења кривичног дјела и стога се своди на „*ex post кажњавање*”.

6 Одредба члана 22. Статута садржи овај принцип под насловом „Nullum crimen sine lege“ у којем се истиче да лице неће бити кривично одговорно по Статуту ако његови поступци не представљају кривично дјело из надлежности Суда (ст. 1), односно да се при тумачењу одређених кривичних дјела, она неће моћи проширивати путем аналогије (ст. 2). У чл. 23. је инаугурисан принцип законитости казне према којем лице осуђено од стране МКС може бити кажњено само у складу са Статутом, док је у члану 24. предвиђена забрана ретроактивности *ratione personae*, тј. забрана ретроактивна примјене Статута, а у ст. 2. истог члана је предвиђена обавезна примјена блажег закона, односно закона „*који иде у корист окривљеног*”. Према томе, у овим одредбама принцип законитости је превиђен у свим својим аспектима, што је својствено континенталним европским кривичним законодавствима. Овакво схватање и регулација овог принципа резултат је увјерења да међународно обичајно право у довољној мјери не обезбјеђује гарантивну функцију кривичног права.

У вези са заснивањем кажњавања за ово дјело на одредбама члана 7. става 2. ЕКЉП, потребно је нагласити да се у литератури, посебно Њемачкој, веома често наглашава да је одредба из члана 7. става 2. ЕКЉП веома нејасна. При томе се посебно указује на опасност да се оваква одредба узме као *основ за кажњавање, због њене неодређености*. То је основни разлог што ова одредба није наишла на општи консензус земаља чланица Савјета Европе и стога су неке од њих ставиле резерве у погледу ове одредбе, тј. нису је ратификовале. То није учинила управо једна Њемачка, која је није ратификовала (иако је самој Европској конвенцији дат висок статус у унутрашњем праву, тј. има статус савезног закона), с образложењем да она представља *кршење начела законитости* (о томе више вид. Roxin, 1997: 101).

Значајно је напоменути да ни пракса ентитетског судовања није на линији праксе Суда БиХ, већ се у том погледу досљедно примјењује начело законитости, односно правила временског важења кривичних закона која су владајућа у континенталном и модерном кривичном праву. То најбоље потврђује већ помало заборављена одлука Врховног суда Федерације БиХ у *предмету Ерак-Дамјановић* (Одлука ВСФБиХ, Кж-58/99, од 16. марта 1999). Овако, имамо два потпуно различита кривичноправна режима у кажњавању за ове злочине у БиХ, у зависности од тога на којем се кривичноправном нивоу таква дјела процесуирају, што води у *неподношљиву дискриминацију осуђених лица и кршење уставног принципа једнакости грађана пред законом*.

6. И већина других земаља које признају међународно право као дио унутрашњег правног поретка, строго поштују начело законитости које спрјечава непосредну примјену међународног кривичног права и непосредно кажњавање међународних злочина. Тако је нпр. у Хрватској владајући, или како се у тамошњој литератури наглашава „увријежен” став, како није могуће судити за она дјела која су почињена прије њихове законске имплементације у хрватски правни систем. При томе се наглашава да међународни обичаји, а поготово општа правна начела, не могу изравно прописивати казнена дјела, у ком смислу се наводе и уставне одредбе према којима казне и друге казненоправне санкције морају бити одређене законом. Из тога, произилази да чак ни (изравно примјењиви) међународни уговори не могу у хрватском правном поретку самостално стварати нова казнена дјела, тј. утемељивати кажњивост, већ је потребно да хрватски закон пропише казненоправну санкцију. Стога се у Хрватској правној знаности често истиче да се путем *начела законитости казне* допуњује и тумачи *начело законитости дјела*, што су јединствени дијелови начела законитости. С обзиром на такво схватање начела законитости (које, дакле, подразумева како законску предвиђеност дјела, тако и казне) и на истакнуту забрану ретроактивне примјене кривичног закона,

у Хрватској нема осуда за злочин против човјечности, иако је ово дјело у хрватски казнени закон унесено готово кад и у наш (још 2004. године), јер је „увријежен“ став да се ово, као ни други међународни злочини, не могу ретроактивно примјењивати.⁷

И савремена њемачка теорија сматра да међународно кривично право није директно примјењиво. Наиме, према члану 25. Устава Њемачке општа правила међународног права представљају „дио федералног права и директно креирају права и дужности за становнике федералне територије“, што значи да су међународни уговори и обичаји дио њемачког правног поретка. Међутим, када се ради о процесуирању међународних злочина, наведена одредба се тумачи и примјењује у тијесној вези са одредбом из члана 103. става 2. Устава према којој дјело може бити кажњено само ако је законом претходно предвиђено као кривично дјело.⁸

Чак и сама Енглеска, која се сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног права, данас примјењује право које познаје начело *nullum crimen, nulla poena sine lege* у смислу да се ниједна казна не може изрећи ако прије извршења кривичног дјела није била прописана одговарајућа забрана понашања које представља кривично дјело, као и казна за такво дјело (упор. Шкулић, 2010: 84, фусн. 54).

Имајући у виду све изнесено, може се закључити сљедеће:

1. Како су готово све радње које чине законско биће кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ биле кажњиве у претходном кривичном законодавству, погрешна је примјена ове инкриминације на основу одредби из члана 7. ст. 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, које подразумијевају да се ради о чињењу или нечињењу које није било кажњиво у вријеме њиховог предузимања. Таквом примјеном крши се принцип законитости у дијелу који се односи на забрану ретроактивне примјене кривичног закона који се у кривичноправној литератури редовно истиче као најважнији сегмент принципа законитости.

7 Упор. нпр. у Бачић–Павловић, 2004: 616. Позивајући се поред осталог и на начело законитости из чл. 2. тадашњег КЗХ, наглашава се да се наведени злочин не може ретроактивно примјењивати, те да ће се „за учињена дјела која су по својој нарави злочин против човјечности судити као да су класична дјела која су обухваћена о опису дјела против човјечности: убојства, силовања и др“. Вид. такође и у Муниврана Вајда, 2012: 812–822, као и рад Муниврана Вајда, 2013: 258–275.

8 Ваља имати у виду да су проблеми везани за ретроактивну примјену кривичног закона на ратне злочине, као и злочин против човјечности, такође актуелни и у Њемачкој, јер је и једна Њемачка ово кривично дјело у своје законодавство увела тек доношењем посебног Кривичног закона за међународна кривична дјела (*Völkerstrafgesetzbuch*) од 2002. године. До тада је познавала само кривично дјело геноцида.

2. Ако се ово кривично дјело примјењује као ново на основу одредби из члана 7. ст. 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, тј. у складу са општим начелима међународног права јер није било кажњиво у старом или претходном кривичном законодавству (што чини Суд БиХ, што је по мом мишљењу погрешно), опет се крши принцип законитости у дијелу који се односи на *прописану казну* (чл. 3. КЗ БиХ), а који је у нераскидивој вези са принципом *законитости дјела*. Наиме, принцип неретроактивности не подразумијева само забрану изрицања строже казне од оне која је била предвиђена у претходним законима (укључујући и тзв. међузаконе), већ и оне или оних казни које нису постојале у тим законима. Како казна дуготрајног затвора није постојала у тим кривичним законима, јасно је да се ради о *непримјенљивој казни*, па је њеном примјеном повријеђен принцип законитости у односу на захтјев да је предвиђеност казне за то дјело у вријеме његовог извршења обавезна (*nulla poena sine lege*). Поред тога, ако се има у виду да се ради о веома недређеним одредбама (већ наведена упозорења у кривичноправној литератури, посебно њемачких аутора, да она никако не смије бити основ за кажњавање), онда се може рећи да се ради о *повреди принципа законитости и у односу на дјело* (*lex certa* – захтјев да закон мора бити јасан и прецизан у опису законског бића кривичног дјела, а овдје то није).

3. Дакле, како год предметну инкриминацију третирали (као „нову” или „стару”), ријеч је о произвољној ретроактивној примјени кривичног закона, односно *ex post кажњавању*, што представља кршење темељних принципа како унутрашњег, тако и међународног кривичног права (чл. 3. и 4. ст. 1. КЗ БиХ, те чл. 7. ст. 1. ЕКЉП; чл. 11. Унив. декларације од 1948; чл. 15. МПГПП; чл. 22–24 Римског статута и др.). Остаје, дакле, једина могућност да се те инкриминсане радње квалификују као одговарајући ратни злочини (или евентуално као геноцид или неко класично кривично дјело, нпр. убиство) према кривичном закону времена извршња, односно претходним кривичним законима (*међузаконима*) који су били најповољнији за оптужене, јер нису садржавали ни смртну ни казну дуготрајног затвора. Примјена било којег другог кривичног закона на основу којег би се изрицала казна која се по тим законима није могла примијенити (тзв. *непримјенљива казна*), представља изигравање смисла правила из члана 4. става 2. КЗ БиХ, односно кршење принципа *обавезне примјене повољнијег или блажег кривичног закона*, а тиме и овог принципа предвиђеног у наведеним међународним документима, као и члану 75. ставу 4(ц) Допунског протокола I уз Женевске конвенције; члану 6. ставу 2(ц) Допунског протокола II уз Женевске конвенције и др., те члану 24. ставу 2. Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Литература

Бачић, Ф., Павловић, Ш. (2004). *Коментар Казненог закона Хрватске*. Загреб: Организатор

Maktouf – Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, ECR, 18. 06.2013.

Муниврана Вајда, М. (2012). Међународни злочини према новом Казненом закону. *ХЉКПП*. 19 (2). 812–822

Муниврана Вајда, М. (2013). Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву. У С. Ного (ур.), *Међународна кривична дела*, (стр. 258–275). Тара – Београд: Intermex

Одлука у предмету *Неђо Самарџић*, АП 519/07

Одлука у предмету *Гојко Јанковић*, АП 126/08

Одлука Врховног суда Федерације БиХ у предмету *Ерак-Дамјановић*, Кж-58/99, од 16. марта 1999. године

Пресуда Апелационог суда Црне Горе, Кж бр. 339/10, од 25. 02. 2011. године
Првостепена пресуда у предмету *Зијад Куртовић*, број Х-КР-06/299, од 30.04.2008. године

Roxin, C. (1997). *Straffrecht, AT, 3. Auflage*. München

Статут МКС

Шкулић, М. (2010). Начело законитости у кривичном праву. *Анали ПФ у Београду*. LVIII (1). 66–107

Miloš Babić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law in Banja Luka,

University of Banja Luka,

Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina

The Judgment of the European Court of Human Rights in Maktouf and Damjanovic, and its Impact on Adjudication of International Crimes

Summary

This paper discusses the legal rules governing the time limits of application of criminal legislation in adjudicating international crimes before the courts in Bosnia and Herzegovina. The author points out to the existence of two different criminal law regimes which are used against the criminal offenders: the first one is used by the courts of the B&H Entities and the Brčko District, where these rules are applied consistently and the criminal offenders are awarded prison

sentences within the penal framework envisaged in earlier criminal codes, including the so-called interim laws; the second one is applied by the Court of Bosnia and Herzegovina which, in compliance with the B&H Criminal Code of 2003, may award long-term imprisonment of up to 45 years for the commission of these criminal offences even though this penalty did not exist in the B&H criminal law at the time when the acts were committed.

In particular, the paper focuses on the legal issue arising from the European Court of Human Rights (ECtHR) judgment in *Maktouf and Damjanovic vs. Bosnia and Herzegovina* (18 July 2013), where the Court established a violation of Article 7, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The author discusses the common standpoint that the judgment removed all misunderstandings concerning the application of these rules; considering that such conception is unjustified, the author identifies a number of other outstanding problems which occurred in the application of these rules after rendering the above judgment.

The author specifically considered the criminal provision on Crimes against Humanity as envisaged in Article 172 of the B&H Criminal Code, which the B&H Court regards as a new criminal offence which is envisaged in Article 7, paragraph 2 of the ECHR. The author believes that such application of this criminal offence is unjustified. Upon providing an analysis of the elements of crime constituting the legal nature of this criminal offence, the author concludes that it is not a completely new criminal offence; for this reason, it may not be subject to this provision, i.e. the punishment shall not be imposed by relying on the basis of general principles of international law.

Key words: legality principle, time limit rules, principle of retroactivity, obligation to apply a more favourable law, crimes against humanity.

Др Елизабета Ивичевић Карас*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Загребу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.121(497.5)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ОСВРТ НА РЕФОРМУ ХРВАТСКОГ КАЗНЕНОГ ПОСТУПКА КРОЗ ПРИЗМУ ОКРИВЉЕНИКОВОГ ПРАВА НА ПРАВИЧНИ ПОСТУПАК

Апстракт: У раду се из перспективе окривљениковог права на правични поступак обрађује посљедња, пета законодавна новела из студеног 2013. године, којом је хрватски законодавац настојао у цијелости имплементирати одлуку Уставног суда Републике Хрватске од 19. српња 2012. године и ускладити Закон о казненом поступку донесен 2008. године с Уставом Републике Хрватске и Еуропском конвенцијом за заштиту људских права и темељних слобода. С обзиром на велики опсег реформе, критички се разматрају само поједина законска рјешења у свјетлу захтјева које законодавцу налажу начела контрадикторности и једнакости оружја развијена у пракси Еуропског суда за људска права, те посебна јамства окривљеникове обране. Заштита права на правични поступак осигурава се кроз сустав битних повреда одредаба казненог поступка, па се разматра забрана утемељења пресуде на незаконитим доказима која је још доношењем новог Закона о казненом поступку 2008. године релативизирана, а посљедњом законодавном новелом и додатно уређена. Слиједи критички осврт на нову битну повреду одредаба казненог поступка – тешку повреду права на правично суђење, због њеног одударања од постојећег сустава битних повреда одредаба казненог поступка и улоге другоступањских судова, те напосљетку закључна разматрања о дјеломично оствареној сврси посљедње реформе хрватског казненог поступка, гледане кроз призму окривљениковог права на правични поступак.

Кључне ријечи: казнени поступак, казнено процесно право, правични поступак, начело контрадикторности, начело једнакости оружја, права обране, битне повреде одредаба казненог поступка.

* elizabeta.ivicevic@pravo.hr

1. Увод

Република Хрватска постала је пуноправном чланицом Еуропске уније 1. септембра 2013. године, претходно прошавши кроз преговоре о чланству који су трајали готово шест година и који су у тренутку довршетка представљали најдуготрајније преговоре једне земље кандидаткиње. Изнимно тешко преговарачко поглавље за Републику Хрватску било је 23. поглавље „Правосуђе и темељна права“, о којему су преговори отворени тек у липњу 2010. након испуњења мјерила, која су укључивала и реформу правосудног сустава. У свом извјешћу о испуњавању обвеза из Поглавља 23. поднесеном у свибњу 2011. недуго прије довршетка преговора, Влада Републике Хрватске посебно је истакнула важност доношења новог Закона о казненом поступку у просинцу 2008. године,¹ који је требао омогућити „брже закључење истрага, те учинковитије прикупљање доказа“.²

Новим Законом о казненом поступку Република Хрватска настојала је слиједити трендове сувремених реформи казног поступка западно-еуропских земаља, уважити бројне препоруке Одбора министара Вијећа Еуропе (Pavišić, 2008: 519), те ускладити хрватско казнено процесно право с еуропском правном стечевином. Ипак, главни мотив опсежне законодавне реформе био је јачање учинковитости казног поступка, првенствено учинковитије процесуирање корупције и организираног криминала. Ширењем могућности подузимања различитих мјера процесне присиле према окривљенику, успоредо с преласком на државноодвјетнички модел истраге, законодавац није осигурао dostatна процесна јамства нужна за успоставу процесне равнотеже, посебице тијеком претходног поступка, па је нови закон показивао знатне недостатке и трпио озбиљне стручне критике.³ Те су се критике убрзо показале оправданима, јер је нови Закон о казненом поступку непосредно прије свог ступања на снагу најприје у односу на казнена дјела из надлежности Уреда за сузбијање корупције

1 Закон о казненом поступку, *Нар. нов.*, 152/08, 76/09, 80/11, 121/11- прочишћени текст, 91/12 – Одлука Уставног суда РХ, 143/12, 56/13, 145/13 (даље: ЗКП)

2 Влада Републике Хрватске. *Извјешће о испуњавању обавеза из Поглавља 23. – Правосуђе и темељна права.* (2011), преузето 16. травња 2014. са http://www.vlada.hr/hr/content/download/170379/2487455/file/23%2520Pravosude%2520i%2520temeljna%2520prava-lzv%2520o%2520ispunjenju%2520obveza.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=hm2VU_vXJlrA7AbT0IHgCQ&ved=0CBoQFjAA&usg=AFQjCNH2cQjy7DEdW20Fzkvmjr-LUrf9Ng

3 Недуго прије изгласавања законског текста у Хрватском сабору, стручна јавност упозоравала је на изнимно кратак временски рок у којем је израђен нацрт законског текста, те непримјерено кратко вријеме остављено за јавну и стручну расправу о том приједлогу, као и на читав низ двојбених предложених законских рјешења (Опширније видјети сажетак и закључке Савјетовања Хрватског удружења за казнене знаности и праксу, одржаног од 4–6. просинца 2008. у Опатији, у: Burić, Novokmet, 2009: 362–364).

и организираног криминалитета 1. српња 2009, доживио прву, а већ у српњу 2011. године, прије ступања на снагу у односу на остала казнена дјела, другу опсежну законодавну новелу. Штовише, одредбе преко 150 законских чланака преиспитивао је Уставни суд РХ поводом неколико поднесених приједлога за оцјену уставности новог Закона о казненем поступку, те је 19. српња 2012. донио Одлуку⁴ којом је укинуо одредбе 43 законска чланка због тога што су биле противне Уставу Републике Хрватске и Еуропској конвенцији за заштиту људских права и темељних слобода⁵ (даље: Конвенција). Уставни суд је устврдио постојање структуралних недостатака и мањкавости казног поступка,⁶ па је извршење одлуке Уставног суда захтијевало нову законодавну интервенцију која би темељито реформирала казнени поступак. Након двије мање новеле из просинца 2012. и травња 2013, у студеном 2013. године услиједила је пета у низу, опсежна законодавна новела којој је циљ била цјеловита имплементација споменуте одлуке Уставног суда и усклађење Закона о казненем поступку с Уставом РХ.

Међу главним захтјевима који су одлуком Уставног суда постављени пред законодавца била је и заштита процесних права обране окривљеника (Ђурђевић, 2013а: 317), која се прожимају и с осталим елементима уставног и конвенцијског права на правични казнени поступак. Стога је и једна од смјерница коју је Министарство правосуђа поставило за реформу Закона о казненем поступку у 2013. години⁷ била „уграђивање процесних гаранција правичног поступка у претходни поступак“, на начин да евентуална одступања буду уређена као законске изнимке и у складу с уставним претпоставкама. Законодавна реформа из студеног 2013. године представља знатан искорак у смјеру уравнотежења између тежње за учинковитошћу казног поступка и заштите окривљеникових права, првенствено права на правични поступак, премда поједина законска рјешења још увијек нису усклађена с уставним и конвенцијских захтјевима, те их ваља критички сагледати. Због изнимног обима и сложености

4 Одлука и рјешење Уставног суда РХ У-И-448/2009, У-И-602/2009, У-И-1710/2009, У-И-18153/2009, У-И-5813/2010, У-И-2871/2011, 19. српња 2012. Преузето 16. травња 2014. са <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C12570D30061CE54C1257A40002A6523?OpenDocument>

5 Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, *Нар. нов. МУ*, 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

6 Одлука и рјешење Уставног суда РХ У-И-448/2009, У-И-602/2009, У-И-1710/2009, У-И-18153/2009, У-И-5813/2010, У-И-2871/2011, точ. 245.

7 Министарство правосуђа Републике Хрватске, *Смјернице за израду Нацрта приједлога Закона о изменама и допунама Закона о казненем поступку*, преузето 13. свибња 2014. са <http://www.pravosudje.hr/fgs.axd?id=3549>

проблематике окривљениковог права на правични поступак, у овом раду размотрић се тек поједина питања која су још од доношења новог Закона о казненем поступку 2008. године у средишту занимања и критике стручне јавности.

2. Поједини елементи правичног поступка

2.1. Опћенито

Право окривљеника на правични казнени поступак људско је право зајамчено Уставом РХ⁸ те Конвенцијом. Тако чланак 6. ст. 1. Конвенције прокламира право на правично суђење, које у казненоправној материји подразумијева да сватко оптужен за казнено дјело „има право да законом установљени неовисни и непристрани суд правично, јавно и у разумном року испита његов случај“. При томе Конвенција, као нити Устав РХ ни национално законодавство, не даје опћениту дефиницију појма „правичности“. Томе је тако јер је ријеч о сложеној правној конструкцији (Ђурђић, 2014: 54), односно неодређеном правном стандарду, чији садржај одређује Еуропски суд за људска права кроз своје одлуке, на начин да одређује скуп елемената кроз које право на правични поступак изражава и остварује (Ivičević Karas, 2007b: 768–769). Тако су опћи елементи појма правичног поступка, произашли из јудикатуре Еуропског суда за људска права везане уз чл. 6. ст. 1. Конвенције, начела контрадикторности и једнакости оружја, право на образложену судску одлуку и забрана кориштења незаконитих доказа (Кгарас, 2012: 158–159). Посебни елементи правичног поступка, кроз које се опћи елементи конкретизирају, су претпоставка окривљеникове недужности и посебна јамства окривљеникове обране, наведена у отвореном каталогу тзв. „минималних права обране“.

Начело правичног поступка у хрватској теорији казног процесног права сматра се стожерним начелом казног поступка (Кгарас, 2012: 80, Томашевић, 2011: 210). Оно се односи првенствено на законодавца (Кгарас, 2012: 80), који онда то начело мора осигурати кроз низ законских одредби,⁹ водећи рачуна о томе да право на правични поступак „држи истакнуто мјесто“ међу елементима појма демократског друштва.¹⁰ Законодавац

8 Чл. 29., Устав Републике Хрватске, *Нар. нов.*, 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10.

9 Тако у одредби чл. 1. ст. 1. Закона о казненем поступку стоји: „Овај Закон утврђује правила којима се осигурава да нитко недужан не буде осуђен, а да се починитељу казног дјела изрекне казна или друга мјера уз увјете које предвиђа закон и на темељу законито проведеног поступка пред надлежним судом“.

10 ECHR *De Cubber v Belgium* (1984), § 30. Све цитиране пресуде Еуропског суда за људска права доступне су на службеној страници Суда: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/>

мора осигурати да поједина права из чл. 6. Конвенције не буду само теоретска или илузорна, него конкретна и учинковита, што искључује могућност њиховог рестриктивног тумачења¹¹ (Lonati, 2008: 20–21). При томе је могуће истакнути два кључна питања: прво, од којег тренутка се активирају права из чл. 6. Конвенције, и друго, под којим увјетима је могуће њихово ограничење. Одговор на прво питање дао је Еуропски суд за људска права аутономно дефиниравши појам оптужбе за казнено дјело у материјалном смислу, која постоји од тренутка службене обавијести надлежне власти појединцу о постојању сумње да је починио казнено дјело,¹² али и од тренутка када се према појединцу подузму друге мјере из којих произлази сумња да је починио казнено дјело и које суштински утјечу на његов процесну ситуацију.¹³ Дакле, од тренутка оптужбе схваћене у материјалном смислу активирају се јамства правичног поступка, која онда вриједе и тијekom претходног поступка, што истиче и Еуропски суд за људска права.¹⁴

Одговор на друго питање које се тиче допуштених ограничења права на правични поступак, укључујући права обране, такођер даје пракса Еуропског суда за људска права. Наиме, права из чл. 6. Конвенције нису апсолутна, што значи да их је могуће ограничити ради заштите других легитимних интереса. Тако се и права обране могу ограничити, али само ради заштите важног јавног интереса или темељних права друге особе, укључујући и интересе учинковитости казног поступка, с тиме да „свака мјера којом се ограничују права обране мора бити строго нужна“.¹⁵ Дакле, ограничења су допуштена, али их треба тумачити крајње рестриктивно и у том смислу национална законодавства права обране требају установити као правило, а допуштена ограничења као могуће изнимке.

Нови Закон о казненом поступку када је донесен 2008. године карактеризирало је управо ограничавање темељних права обране, напосе у претходном поступку, с тиме да су бројна ограничења била установљена као правило. На то је упозорио и Уставни суд РХ у својој Одлуци од 19. септембра 2012. посебно истакнувши потребу структуралног уравнотежења казнопроцесног поретка, у којему би ограничења појединих права била уређена као уставноправно оправдане изнимке, првенствено када је ријеч

eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

11 ECHR *Moreira de Azevedo v Portugal* (1990), § 66.

12 ECHR *Deweere v Belgium* (1980), § 46.

13 ECHR *Foti et al. v Italy* (1982), § 52.

14 ECHR *Imbrioscia v Switzerland* (1993), § 36; *Magee v The United Kingdom* (2000), § 41.

15 ECHR *Van Mechelen et al. v The Netherlands* (1997), § 58.

о казним дјелима која пријете организираном животу у заједници, као што су казнена дјела тероризма, корупције и организираног криминала, и код којих онда заштита важног јавног интереса легитимно конкурира правима обране¹⁶ (Ђурђевић, 2012: 421). Наведена позитивна обвеза коју је Уставни суд РХ, уз друге позитивне обвезе које нису предмет разматрања у овоме раду,¹⁷ поставио пред законодавца, у начелу је извршена посљедњом законодавном новелом, тако да постоје добра, али и поједина двојбена законска рјешења.

2.2. Начело контрадикторности и окривљениково конфронтацијско право

Начело контрадикторности захтијева да странке „у начелу имају могућност да буду упознате и да расправљају о свим доказима или наводима изнесенима пред судом да би могле утјецати на његову одлуку“.¹⁸ Другим ријечима, конвенцијски појам начела контрадикторности подразумева да странке имају могућност контрадицирања, односно расправљања о доказима (Ascensi, 2006: 69). Управо активним судјеловањем у извођењу доказа и расправљањем о изведених доказима странке могу утјецати на исход казног поступка (Ivičević Karas, 2013: 693).

Начело контрадикторности конкретизира се кроз минимална права обране, а првенствено кроз право окривљеника да испитује свједоке оптужбе те да испитује свједоке обране под једнаким увјетима као свједоке оптужбе. Док се други аспект овог права може разматрати у оквиру захтјева начела једнакости оружја, први подразумева да окривљеник мора имати „одговарајућу и достатну могућност“ испитати свједока оптужбе у тренутку давања исказа или касније тијekom поступка,¹⁹ чиме остварује своје конфронтацијско право које је у сржи начела контрадикторности. Пресуда се не смије темељити искључиво или у одлучујућој мјери на исказу свједока којег окривљеник није имао прилике испитати нити у једној фази поступка, јер ће у противном доћи до повреде чл. 6. Конвенције²⁰ (Lonati, 2008: 199).

16 Одлука и рјешење Уставног суда РХ У-И-448/2009, У-И-602/2009, У-И-1710/2009, У-И-18153/2009, У-И-5813/2010, У-И-2871/2011, точ. 184.3. и точ. 246.

17 За cjеловит приказ и анализу одлуке Уставног суда РХ, видјети Ђурђевић, 2012: 409–438.

18 ECHR *Pellegrini v Italy* (2001), § 44.

19 ECHR *Säidi v France* (1993), § 43., *Lüdi v Switzerland* (1992), § 47.

20 ECHR *Solakov v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2001), § 57.

Након посљедње новеле Закона о казном поступку, из аспекта начела контрадикторности и окривљениковог конфронтацијског права, остало је спорно питање могућности кориштења на расправи државноодвјетничких записника о неконтрадикторном испитивању свједока из истраге или истраживања. Наиме, према изворном тексту новог Закона о казном поступку, доказну радњу испитивања свједока у правилу је државни одвјетник проводио *in camera*, без присутности обране, осим у изнимним случајевима испитивања свједока на доказном рочишту пред суцем истраге. Уједно је окривљениково конфронтацијско право било једино уставом зајамчено право обране које није било прокламирано у опћем каталогу окривљеникових права обране. Посљедња законска новела међутим није донијела велики помак у смјеру испуњења уставних и конвенцијских захтјева. Окривљениково конфронтацијско право унесено је у каталог права обране,²¹ међутим са суженим садржајем у односу на садржаја права прокламираног уставом. Наиме према Закону о казном поступку, окривљеник има право „испитати“, али не и „испитивати“ свједока, како прокламира Устав РХ.²² Према је проширена могућност активног судјеловања обране при државноодвјетничком испитивању свједока у истрази,²³ када се проводи истраживање обрана има само могућност пасивног присуствовања испитивању свједока.²⁴ Напослетку, оно што је најспорније, посљедњом законодавном новелом изричито је прописана могућност читања на расправи државноодвјетничких записника о неконтрадикторно проведеном испитивању свједока, под јединим увјетом да се „само на тим записницима не може искључиво или у одлучујућој мјери темељити осуђујућа пресуда“.²⁵ То значи да се као главни критериј могућности кориштења тих записника прописује тек један од критерија које Еуропски суд за људска права примјењује кад оцјењује допуштена ограничења окривљениковог конфронтацијског права, а који се не би смио примјењивати изолирано од осталих критерија. Наиме, законски оквир би требао бити тако постављен да окривљенику омогућују остваривање конфронтацијског права,²⁶ уз допуштене изнимке које морају бити оправдане легитимним циљем, предвиђене само за случајеве када је ограничење окривљениковог конфронтацијског права строго нужно, те детаљно законски регулиране (Ivičević Karas, 2013:

21 Чл. 64. ст. 1. т. 10. ЗКП

22 Чл. 29. ст. 2. т. 6. Устава РХ

23 Чл. 234. ЗКП

24 Чл. 213.а ст. 3. ЗКП

25 Ч. 431. ст. 2. ЗКП

26 ECHR *Oleg Kolesnik v Ukraine* (2009), § 41

711–712). Дакле, законодавац би требао прихватити рестриктиван приступ у регулирању допуштених ограничења овог темељног права обране (успоредити Кнежевић, 2012: 242). Не преостаје друго него закључити да тренутно важећа законска рјешења не представљају задовољавајући законски оквир поштивања начела контрадикторности и окривљениковог конфронтацијског права.

2.3. Начело једнакости оружја и минимална права обране

Начело једнакости оружја у казненом поступку претпоставља да „окривљеник не смије бити прикраћен у својим темељним процесним правима у односу према тужитељу“, те захтијева једнаке могућности странака у остваривању права на приступ информацијама, првенствено увидом у спис предмета, те у подузимању појединих процесних радњи којима могу утјецати на тијек и резултат поступка (Ivičević Karas, 2007a: 1000). Очито је да између начела једнакости оружја и минималних права обране постоји посебан однос, јер управо у начелу једнакости оружја лежи бит концепције права обране (Fossier, 1998: 63), а права обране нужна су за успоставу и очување једнакости оружја (Frison-Roche, Garé, 2003: 481).

2.3.1. Право на обавијест о природи и разлозима оптужбе и право на тумача

Право окривљеника да у најкраћем року буде обавијештен, потанко и на језику који разумије, о природи и разлозима оптужбе која се подиже против њега²⁷ први је и нужан предувјет учинковите обране (Trechsel, 2005: 193). Ако окривљеник не може остварити право на обавијест о природи и разлозима оптужбе нема једнакости оружја међу странака. Ријеч је о праву које је природно повезано с правом на бесплатну помоћ тумача ако окривљеник не разумије или не говори језик који се употребљава у суду (чл. 6. ст. 3. е) Конвенције) и Еуропски суд за људска права их често заједно разматра (White, Ovey, 2010: 290).

У смислу права на обавијест о природи и разлозима оптужбе, оптужбу је могуће дефинирати као „службену обавијест коју појединцу даје надлежна власт о тврдњи да је починио казнено дјело“.²⁸ Прије посљедње законодавне новеле, проблем у хрватском казненом поступку је било то што се једино у случајевима када се проводила истрага, за казнена дјела у надлежности жупанијских судова, окривљенику достављао налог о

27 Чл. 6. ст. 3. а) Конвенције

28 ECHR *Eckle v Germany* (1982), § 73.

провођењу истраге којим је био обавијештен о оптужби, док у поступцима у којима није провођена истрага окривљеници ту обавијест нису примали. Уставни суд РХ упозорио је на тај структурални недостатак те обвезао законодавца да законом одреди тренутак и обавјештавање особе да је у статусу осумњиченика и у случајевима када се не проводи истрага.²⁹ Тако се, према задњој новели Закона о казненом поступку, рјешење о провођењу истраге окривљенику доставља у року осам дана од доношења, а у случајевима када се не проводи истрага већ истраживање, у правилу за казнена дјела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, обавијест се доставља у року три дана од када је државни одвјетник подузео прву доказну радњу. Новелом су предвиђена и могућа ограничења права на обавијест о оптужби, у смислу одгоде обавијести у року 30 дана, ако се истрага води за неко од каталошких казnenих дјела и ако би се доставом рјешења о провођењу истраге угрозио живот или тијело особе или имовина великих размјера.³⁰ Премда се у литератури наилази на критике да је каталог казnenих дјела за која је допуштено ово ограничење постављен прешироко (Valković, 2013: 527), могуће је закључити да усвојено рјешење уважава начело размјерности те представља искорак у осигурању поштивања права обране у првом стадију поступка, конкретно права на обавијест о оптужби.

Гледе окривљениковог права на тумача, ваља напоменути да је то право проширено кроз двије законодавне новеле из 2013. године, те усклађено с Директивом о праву на тумачење и превођење у казnenим поступцима.³¹ Тако тијekom претходног поступка окривљеник има право на пријевод од тренутка оптужбе у материјалном смислу, односно од сазнања за сумњу, па до окончања казненог поступка, укључујући и изванредне правне лијекове.³² Међутим уједно, у односу на раније уређење, право на превођење је сужено (Ђурђевић, 2013б: 77), јер га више нема сваки окривљеник на чијем се језику води поступак, већ само окривљеник „који не говори и не разумије језик на којем се води поступак“, као и окривљеник који је глух или нијем или глухослијеп.³³

29 Одлука и рјешење Уставног суда РХ У-И-448/2009, У-И-602/2009, У-И-1710/2009, У-И-18153/2009, У-И-5813/2010, У-И-2871/2011 од 19. септембра 2012., точ. 246. и точ. 39.8.

30 Чл. 218.а ЗКП.

31 Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. *OJEU*. L 280/10

32 Чл. 8. ст. 3–8. ЗКП

33 Чл. 8. ст. 4. ЗКП

2.3.2. Одговарајуће вријеме и могућност за припрему обране

Окривљениково право да има одговарајуће вријеме и могућност за припрему своје обране такођер је предувјет учинковите обране и једнакости оружја странака у казненом поступку. Први аспект, одговарајуће вријеме за припрему обране, овисит ће о низу околности конкретног случаја, попут чињеничне и правне сложености случаја, стадију поступка, о томе брани ли се окривљеник сам или уз помоћ бранитеља, те о оптерећености бранитеља (Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, 2009: 319). Други аспект овог права који се односи на одговарајуће могућности за припрему обране неминовно укључује право на бранитеља, и тијеком претходног поступка, а посебице ако је окривљеник у истражном затвору (Harris et al., 2009: 310.), али и остала минимална права обране, напосе права окривљеника да буде обавијештен о природи и разлозима оптужбе. Право на увид у спис предмета, укључујући и могућност пресликавања појединих докумената, недвојбено представља кључну могућност за припрему окривљеникове обране (Pradel, Corstens, 2002: 397). Оно се преклапа с једним од темељних аспеката начела једнакости оружја – правом на доступност информација обрани у казненом поступку, што је у својој јудикатури установио и Еуропски суд за људска права.³⁴

Управо је изворно уређење у новом Закону о казненом поступку права обране на увид у спис предмета изазивало оштре критике стручне јавности, како теоретичара који су доводили у питање његову уставност (Рајчић, 2009: 69), тако и практичара, првенствено одвјетника који су се позивали на захтјеве начела једнакости оружја (Drenški Lasan, Novak, Valković, 2009: 525–527). Наиме, према изворном тексту новог Закона о казненом поступку, обрана је остваривала право на увид у спис предмета тек након што је окривљеник био испитан од стране државног одвјетника, који је ту радњу могао подузети најкасније прије подизања оптужнице. Тиме је било могуће да обрана тек на крају државноодвјетничке истраге буде упозната с доказима који терете окривљеника, чиме је учинковита обрана тијеком тог стадија казног поступка практички била онемогућена. Такво рјешење законодавац је коригирао новелом из 2011. тако да је окривљеник добио право да, ако је против њега поднесена казнена пријава или је подузета нека од присилних доказних радњи, од државног одвјетника захтијева испитивање у року од 30 дана. Ако га у том року државни одвјетник не би испитао, осумњиченик би добио право увида у спис предмета.

Након што је Уставни суд РХ истакнуо важност окривљениковог права на увид у спис предмета, посљедњом законском новелом прокламирано је

34 ECHR *Foucher v France* (1997), § 36.

право на увид у спис предмета, као и садржај тог права³⁵ које се остварује од тренутка обавијести о оптужби, односно чим је окривљеник испитан.³⁶ Могућа ограничења права на увид у спис предмета конципирана су као изнимке допуштене под одређеним увјетима.³⁷ Ипак, још увијек није законом дефиниран садржај списка предмета (Ђурђевић, 2013а: 355), а проблем представља и то што је остваривање права на увид у државноодвјетнички спис уређено Пословником државног одвјетништва, дакле подзаконским актом (Valković, 2013: 547).

2.3.3. Ухићениково право на бранитеља

Сврха чл. 6. ст. 3 ц) Конвенције јест осигурање учинковите заштите права обране,³⁸ те осигурање једнакости оружја (Trechsel, 2005: 245), јер странке у казненом поступку у начелу имају различите материјалне, финансијске и/или интелектуалне могућности за заступање својих интереса (Lievgemont, 2001: 129). Бранитељ доприноси успостави становите равнотеже процесних могућности странака у казненом поступку.

Једно од свакако најспорнијих питања када је ријеч о правима обране јест ухићениково право на бранитеља у полицијској постаји. Премда се Уставни суд РХ није читовао о том проблему, законски текст је требало ускладити са захтјевима произашлима из јудикатуре Еуропског суда за људска права који требају омогућити учинковиту обрану у полицијској постаји. Велико вијеће Еуропског суда за људска права вишекратно је потврдило да право на бранитеља вриједи у фази претходне истраге коју проводи полиција,³⁹ а у пресуди Salduz против Турске, истакнуло је да у правилу приступ бранитељу мора бити омогућен од првог испитивања од стране полиције, осим ако специфичне околности конкретног случаја упућују на постојање увјерљивих разлога за ограничење тог права.⁴⁰ У односу на ранију јудикатуру, Велико је вијеће у пресуди Salduz нагласило да је ограничење на права бранитеља могуће само као изнимка, осуђујући „суставну политику“ ограничења права на бранитеља (Valković, Burić, 2011: 526–527). Право ухићеника на бранитеља кључно је питање учинковите обране, посебице имајући у виду да је Република Хрватска у предметима

35 Чл. 183. ст. 1. ЗКП и чл. 184. ст. 1. ЗКП

36 Чл. 184. ст. 4. т. 1. ЗКП

37 Чл. 184.а ЗКП

38 ECHR *Pakelli v Germany* (1983), § 31.

39 ECHR *John Murray v United Kingdom* (1996), § 62 - 63, *Öcalan v Turkey* (2005), § 131.

40 ECHR *Salduz v Turkey* (2008), § 55.

Mađer⁴¹ и Šebalj⁴² осуђена, између осталог, због ускрате права на бранитеља у полицијској постаји.

Стога је посљедњом законодавном новелом изричито је прописано да ухићеник прима поуку о праву на бранитеља по властитом избору или на бранитеља постављеног с листе дежурних одвјетника⁴³, те да има право слободно, неометано и без надзора разговарати с бранитељем у трајању до 30 минута.⁴⁴ Ухићеника се мора поучити и да бранитељ може бити присутан његовом испитивању.⁴⁵ Међутим, полиција с ухићеником обавља неформалне, обавијесне разговоре, јер формална доказна радња испитивања од стране полиције није законом превиђена па се обавијесни разговори могу обављати без присутности бранитеља. Пропуст законодавца да уреди могућност остваривања ухићениковог права на бранитеља у полицијској постаји и приликом обавијесних разговора снажно је критизиран у стручној литератури из аспекта захтјева Salduz доктрине (Ђурђевић, 2013а: 351–352; Valković, 2013: 530–531). Могуће је закључити да је тај законодавчев пропуст посљедица погрешног тумачења споменуте доктрине, према којој упораба изјава даних полицији без остварења права на бранитеља као доказа за осуду увијек представља повреду чл. 6. ст. 3. ц) Конвенције. Погрешно је међутим из наведеног изводити закључак да се Salduz доктрина примјењује само у случајевима када полиција формално испитује ухићеника, јер је Еуропски суд за људска права у пресудама након Salduz-а⁴⁶ истицао да ухићеник има право на бранитеља од тренутка ухићења, неовисно о томе хоће ли услиједити формално испитивање. Наиме, присутност бранитеља јамство је поштивања ухићениковог права на ускрату исказа (Sudre, Marguénaud, Andriantsimbazovina, Gouttenoire, Levinet, 2011: 416), али једнако је тако и јамство да ухићеник неће бити извргнут могућим злоупорабама од стране полиције (Valković, Burić, 2011: 529).

Коначно, и Директива о праву на бранитеља у казненом поступку⁴⁷ донесена у листопаду 2013, уважавајући јудикатуру Еуропског суда за људска права,

41 ECHR *Mađer v Croatia* (2011), § 158.

42 ECHR *Šebalj v Croatia* (2011), § 257.

43 Чл. 108.а. ст. 1. т. 3. ЗКП

44 Чл. 108. ст. 7. ЗКП

45 Чл. 65. ст. 2. ЗКП

46 ECHR *Mader v Croatia* (2011), § 153.

47 Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty

изричито прописује право осумњиченика на бранитеља не само прије испитивања од стране полиције, него и у случају када му је одузета слобода, које право остварује одмах након одузимања слободе, дакле и након ухићења.⁴⁸ Штовише, није довољно да државе само прокламирају право на бранитеља, него морају осигурати могућност учинковитог остваривања тог права,⁴⁹ осим ако би се ухићеник тог својег права изричито одрекао, под увјетима које такођер прописује Директива.⁵⁰ Ограничења права на бранитеља могућа су само као изнимке, односно привремене дерогације ако географска удаљеност осумњиченика онемогућава безодгодно остваривање права на бранитеља након одузимања слободе.⁵¹ Премда је рок за имплементацију Директиве у национално законодавство релативно дуг, до краја студеног 2016, за очекивати је да ће законодавац питање ухићениковог права на бранитеља у полицијској постаји уредити сукладно Конвенцији и Директиви у једној од надолазећих законодавних новела.

3. Заштита права на правични поступак кроз битне повреде одредаба казненог поступка

3.1. Забрана утемељења пресуде на незаконитим доказима

У хрватском казненом процесном праву, битна повреда одредаба казненог поступка постоји ако се пресуда темељи на незаконитом доказу.⁵² Тиме се осигурава поштивање уставне забране употребе у судском поступку доказа прибављених на незаконит начин,⁵³ која у хрватском казненом процесном праву представља опћи елемент правичног поступка, премда примјерице Еуропски суд за људска права никада није изријеком прокламирао забрану кориштења незаконитих доказа као елемент правичног поступка. Наиме, чл. 6. Конвенције не садржи правила о допустивости доказа, јер материју незаконитих доказа уређују национална права. Тако Еуропски суд за људска права не одређује је ли неки доказ у националном казненом поступку био незаконит, већ је ли начин његова прибављања или употребе у конкретном случају представљао повреду неког конвенцијског права,

and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty. *OJEU*. L 294/13 (даље: Директива о праву на бранитеља у казненом поступку)

48 Чл. 3. ст. 2. ц) Директиве о праву на бранитеља у казненом поступку

49 Чл. 3. ст. 4. Директиве о праву на бранитеља у казненом поступку

50 Чл. 9. Директиве о праву на бранитеља у казненом поступку

51 Чл. 3. ст. 5. Директиве о праву на бранитеља у казненом поступку

52 Чл. 468. ст. 2. ЗКП

53 Чл. 29. ст. 4. Устава РХ

укључујући право на правични поступак из чл. 6. (Кгарас, 2010: 1211-1212). Дакле, Еуропски суд за људска права оцјењује „је ли поступак у цјелини, укључујући и начин прибављања доказа, био правичан“.⁵⁴ У том смислу, и забрана кориштења незаконитих доказа може се сматрати опћим елементом правичног поступка.

Новим Законом о казненом поступку 2008. године редефиниран је појам незаконитих доказа. Засигурно једна од најоспораванијих одредаба била је одредба чл. 10. ст. 3. т. 2. ЗКП, којом је релативизирана забрана употребе једне категорије незаконито прибављених доказа. Наиме, уведено је начело размјерности као критериј оцјене незаконитих доказа прибављених повредом Устава, законом или међународним правом зајамчених права обране, права на достојанство, углед и част те права на неповредивост особног и обитељског живота, на начин да се ти докази нису сматрали незаконитима у поступцима за тешке облике казнених дјела за која се проводио редовити казнени поступак, код којих је повреда права, с обзиром на јакост и нарав, била битно мања од тежине казног дјела. Тиме је била предвиђена примјена правила о вагању интереса при оцјени законитости описане категорије доказа, које је развијено у њемачкој судској пракси те које је познато и у поредбеном праву (Војанић, Ђурђевић, 2008: 980–983). Истовремено, незаконити докази пробављени кршењем Уставом, законом и међународним правом прописане забране мучења, окрутног или нечовјечног поступања нису могли бити предмет описаног „вагања“. Премда се критика новог рјешења позивала на уставну забрану употребе у судском поступку доказа прибављених на незаконит начин (Раџић, 2008: 528–530), у Одлуци од 19. септембра 2012. Уставни суд је оцијенио начелно прихватљивом могућношћу кориштења доказа прибављених повредом одређених права сукладно начелу размјерности, но неуставним је оцијенио сврставање људског права на достојанство у категорију незаконитих доказа који се могу подвргнути вагању.⁵⁵ За разлику од права обране, права на углед и част те права на неповредивост особног и обитељског живота, која се према пракси Еуропског суда за људска права могу ограничити у легитимном циљу и сукладно начелу размјерности, па и онда када је то потребно ради учинковитости казног поступка, право на достојанство, као саставни дио права на душевни и тјелесни интегритет зајамченог у чл. 3. Конвенције, је „апсолутно, недерогабилно и некомпарабилно“, што значи да нису допуштена никаква ограничења нити вагање тог права (Ђурђевић, 2012: 430).

54 ECHR *Lisica v Croatia* (2010), § 48.

55 Одлука и рјешење Уставног суда РХ У-И-448/2009, У-И-602/2009, У-И-1710/2009, У-И-18153/2009, У-И-5813/2010, У-И-2871/2011 од 19. септембра 2012., точ. 44.4. и точ. 44.5.

Након одлуке Уставног суда, законодавном новелом која је улиједила у просинцу 2012. докази прибављени повредом права на достојанство изузети су од могућности вагања, а посљедњом новелом из студеног 2013. модифицирани су и критерији примјене начела размјерности. Тако се незаконитим доказима сматрају докази прибављени повредом Уставом, законом или међународним правом зајамчених права обране, права на углед и част, те права на неповредивост особног и обитељског живота, осим у поступку за тешке облике казnenих дјела из надлежности жупанијских судова, код којих интерес казnenог прогона и кажњавања починитеља претеже над повредом права.⁵⁶ У тим случајевима, међутим, пресуда се не може темељити искључиво на том доказу.⁵⁷

3.2. Нова битна повреда одредаба казnenог поступка: тешка повреда права на правично суђење

Посљедња новела Закона о казненом поступку предвидјела је и једну нову апсолутно битну повреду одредаба казnenог поступка, која постоји „ако је тешко повријеђено право на правично суђење зајамчено Уставом и Конвенцијом за заштиту људских права и темељних слобода“⁵⁸ и о којој другоступањски суд пази по службеној дужности.⁵⁹ Већ на први поглед је очито да је ријеч о одредби која одудара од увријежене концепције битних повреда одредаба казnenог поступка. Наиме, у теорији казnenог процесног права неспорно је да законске одредбе казnenог поступка за темељну сврху имају детаљно и прецизно одредити начин поступања тијела казnenог поступка „ради постизања једнообразности поступка и тиме спречавање неједнаког третирања сваког појединог случаја“ (Grubiša, 1987: 63), односно осигурати правично суђење (Ђурђевић, 2013а: 345). Наиме, начело правичног поступка, одређујући опће правна стандарде поступања у казненом поступку, утјече на конкретна процесна рјешења која онда морају бити у складу са захтјевима правичног поступка (Томашевић, 2011: 210). Управо се кроз сустав битних повреда одредба казnenог поступка омогућује контрола поштивања појединих елемената правичног поступка, зајамчених у конкретним законским одредбама, било да је ријеч о апсолутно битним повредама које, под претпоставком да се утврде, увијек представљају повреду права на правични поступак

56 Чл. 10. ст. 2. т. 2. и ст. 3.

57 Чл. 10. ст. 4. ЗКП

58 Чл. 468. ст. 2. ЗКП

59 Чл. 476. ст. 1. т. 1. ЗКП

и повлаче као посљедицу укидање пресуде, било да је ријеч о релативно битним повредама које доводе до укидања пресуде ако су те повреде утјецале или могле утјецати на пресуду. Тако, примјерице, околност да је пресуда утемељена на незаконитом доказу представља апсолутно битну повреду одредаба казненог поступка која повлачи укидање пресуде, јер кориштење незаконитих доказа у казненом поступку представља повреду права на правични поступак. Искључење јавности с расправе противно закону такођер представља апсолутно битну повреду одредаба казненог поступка и повлачи укидање пресуде у жалбеном поступку,⁶⁰ управо јер је јавност расправе један од темељних увјета правичног поступка (Si-ješčić-Čolić, 2008: 133). Поједина права обране такођер се штите, с једне стране, кроз апсолутно битне повреде одредаба казненог поступка, као примјерице у случају када је оптуженику на расправи ускраћено право да се служи својим језиком или да на свом језику прати тијек расправе. С друге стране, права обране штите се и кроз релативно битне повреде одредаба казненог поступка, јер поједина права обране могу бити повријеђена тијekom расправе, но пресуда ће опстати ако та повреда није утјецала нити могла утјецати на пресуду. У сваком случају, законски концепт битних повреда одредаба казненог поступка захтијева да другоступањски суд одлучујући поводом жалбе утврди конкретну процесну повреду и подведе је под конкретну законом прописану одредбу о повреди казненог поступка.

Напротив, тешка повреда права на правично суђење као битна повреда одредаба казненог поступка која подразумијева да другоступањски судови „кроз своје одлуке изграде правне стандарде“ (Pavlović, 2014: 964), односно да судска пракса тумачи појмове као што је „тешка повреда“ (Kos, Novosel, Nola, Božić, Klarić, Kordej, Pavičić, 2014: 344) није прихватљива. Као што је већ речено, правичан поступак се одређује кроз низ опћих и посебних елемената разрађених у јудикатури Еуропског суда за људска права. Одлучујући у конкретним предметима, Еуропски суд за људска права најприје оцјењује је ли у националном казненом поступку био повријеђен неки од посебних елемената правичног поступка, која је повреда сама по себи противна начелу правичног поступка, па ако утврди да није, тада оцјењује цјелину казненог поступка према опћим елементима правичног поступка, примјењујући тако „атомистички и холистички приступ“ (Karas, 2012: 156–157). При томе дакле оцјењује чињенице конкретног случаја у свјетлу конвенцијског права.

Међутим, хрватски другоступањски судови не могу примјењивати исти приступ, јер као што је истакнуто, поводом жалбе утврђују конкретне законом прописане повреде казненог поступка. Штовише, Закон о казненом

60 Чл. 468. ст. 1. т. 4. ЗКП

поступку не даје дефиницију правичног поступка, па је другоступањски суд у позицији да процјењује правичност поступка и укида пресуде из разлога који нису јасно, прецизно и на предвидљив начин одређени Законом о казненом поступку, чиме штовише излази из јурисдикције редовних судова и улази у јурисдикцију Уставног суда и Еуропског суда за људска права (Ђурђевић, 2013а: 346). Због тога је описана нова апсолутно битна повреда одредаба казног поступка спорна и из уставноправног аспекта те ваља очекивати нове законодавне интервенције.

4. Закључак

Хрватски казнени поступак знатно је реформиран посљедњом у низу, петом законодавном новелом из студеног 2013. године, којом је законодавац настојао у цијелости имплементирати одлуку Уставног суда Републике Хрватске од 19. српња 2012. године и ускладити Закон о казненом поступку донесен 2008. године с Уставом Републике Хрватске и Еуропском конвенцијом за заштиту људских права и темељних слобода. Посебице је темељито реструктуриран претходни поступак, између осталог и зато што је изворним одредбама Закона о казненом поступку, којим је државноодвјетничка истрага замијенила традиционалну судску, била знатно поремећена равнотежа између доминирајуће тежње за учинковитим казним процесуирањем и кажњавањем починитеља казних дјела, те захтјева за поштивањем и заштитом темељних права окривљеника, наполе права на правични поступак.

Посљедњом законодавном новелом направљен је знатан искорак у смјеру оснажења јамстава правичног поступка, укључујући и посебна јамства окривљеникове обране. Допуштена ограничења у правилу су конципирана као нужне изнимке, те уз уважавање захтјева начела размјерности. Тако је, сукладно захтјевима начела једнакости оружја, унапријеђено право на обавијест о природи и разлозима оптужбе и право на тумача, као и право на одговарајуће вријеме и могућност за припрему обране кроз право на увид у спис предмета. Ипак, поједина рјешења су спорна из аспекта темељних елемената правичног поступка. Тако је примјерице могућност утемељења пресуде на записнику о државноодвјетничком неконтрадикторном испитивању свједока, под јединим увјетом да се пресуда не темељи искључиво или у одлучујућој мјери на том доказу, противна захтјевима начела контрадикторности и конфронтацијског права. Право ухићеника на бранитеља у полицијској постаји прокламирано је законом, но не остварује се приликом обавијесних разговора. Тешка повреда права на правично суђење зајамчено Уставом и Еуропском конвенцијом, премда

замишљена као инструмент јачања заштите окривљениковог права на правични поступак, противна је концепцији битних повреда одредаба казненог поступка које у коначници служе управо остварењу и заштити права на правични поступак. Имајући у виду само недостатке који су били предмет разматрања у овоме раду, ваља закључити да посљедња реформа хрватског казненог поступка, сагледана кроз призму окривљениковог права на правични поступак, ипак није у цијелости испунила своју сврху.

Литература

Ascensi, L. (2006). *Du principe de la contradiction*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Bojanić, I., Đurđević, Z. (2008). Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 15 (2). 973–1003

Burić, Z., Novokmet, A. (2009). XXI. redovito savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu: Novi hrvatski zakon o kaznenom postupku: reforma između želja i stvarnosti, Opatija, 3–6. prosinca 2008. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 16 (1). 347–368

Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. *Official Journal of the European Union*. L 280 (2010)

Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty. *Official Journal of the European Union*. L 294 (2013)

Drenški Lasan, V., Novak, J., Valković, L. (2009). Pravni i praktični problemi dobre obrane okrivljenika. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 16 (2). 521–541

Đurđević, Z. (2013a). Rekonstrukcija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka V. novelom ZKP/08: prvi dio? *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (2). 315–362

Đurđević, Z. (2013b). Osvrt na rezultate rada radne skupine Ministarstva pravosuđa za usklađivanje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom Republike Hrvatske. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (1). 3–100

Đurđević, Z. (2012). Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 19 (2). 409–438

- Ђурђић, В. (2014). *Кривично процесно право – Општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу
- Fossier, T. (1998). Droits de la défense et personnes vulnérables. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 1. 57–68
- Frison-Roche, M-A., Garé, T. (2003). Les droits de la défense en matière pénale. U: R.Cabrillac, M-A. Frison-Roche i T. Revet (Prir.), *Libertés et droits fondamentaux* (str. 469-487). Paris: Dalloz
- Grubiša, M. (1987). *Krivični postupak Postupak o pravnim lijekovima*. Zagreb: Informator
- Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2009). *Harris, O’Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press
- Ivičević Karas, E. (2013). Dokazna snaga rezultata istrage prema Prijedlogu novele Zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (2). 691–714
- Ivičević Karas, E. (2007a). Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku (u povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Kovač protiv Hrvatske). *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 14 (2). 999–1018
- Ivičević Karas, E. (2007b). Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 57 (4-5). 761–788
- Кнежевић, С. (2012). *Основна начела кривичног процесног права*. Ниш: Студентски културни центар Ниш
- Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine - međunarodni ugovori*. Br. 18 (1997), 6 (1999), 14 (2002), 13 (2003), 9 (2005), 1 (2006), 2 (2010)
- Kos, D., Novosel, D., Nola S., Božić, H., Klarić, G., Kordej, A., Pavičić A. (2014). *Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori kaznenog postupovnog prava*. Zagreb: Narodne novine
- Крас, Д. (2012). *Kazneno procesno pravo Prva knjiga: institucije*. Zagreb: Narodne novine
- Крас, Д. (2010). Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 60 (3). 1207-1240
- Lievremont, C. (2001). *Le débat en droit processuel (contribution à une théorie générale du débat)*. Marseille: Presses Universitaires d’Aix-Marseille

Lonati, S. (2008). *Il diritto dell'accusato a „interrogare o fare interrogare“ le fonti di prova a carico*. Torino: G. Giappichelli editore

Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, *Smjernice za izradu Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku*, preuzeto 13. svibnja 2014. sa www.pravosudje.hr/fgs.axd?id=3549

Odluka i rješenje Ustavnog suda RH U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011, 19. srpnja 2012. *Narodne novine*. Br. 91 (2012)

Pajčić, M. (2009). Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 16 (1). 61–98

Pavišić, B. (2008). Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 15 (2). 489–602

Pavlović, Š. (2014). *Zakon o kaznenom postupku*. Rijeka: Libertin Naklada

Pradel, J., Corstens, G. (2002). *Droit pénal européen*. Paris: Dalloz

Sijerčić-Čolić, H. (2008). *Krivično procesno pravo Knjiga II Tok redovnog krivičnog postupka*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

Sudre, F., Marguénaud, J-P., Andriantsimbazovina, J., Gouttenoire, A., Levinet, M. (2011). *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Presses Universitaires de France

Tomašević, G. (2011). *Kazneno procesno pravo Opći dio: temeljni pojmovi*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press

Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*. Br. 56 (1990), 135 (1997), 8(1998), 113(2000), 124(2000), 28(2001), 41(2001), 55(2001), 76(2010), 85(2010)

Valković, L. (2013). Procesna prava obrane prema V. noveli Zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 20 (2). 521–554

Valković, L., Burić, Z. (2011). Primjena izabranih elemenata prava na formalnu obranu iz prakse Europskog suda za ljudska prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 18 (2). 521-556

Vlada Republike Hrvatske. *Izvješće o ispunjavanju obveza iz Poglavlja 23. – Pravosuđe i temeljna prava*. (2011), preuzeto 16. travnja 2014. sa www.vlada.hr/.../23%20Pravosuđe%20i%20temeljna%20prava- Izv%20o%20ispunjenju%20obveza.pdf

White, R. C. A., Ovey, C. (2010). *Jacobs, White and Ovey The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press

Zakon o kaznenom postupku, *Narodne novine*. Br. 152 (2008), 76 (2009), 80 (2011), 121 (2011) - pročišćeni tekst, 91 (2012) – Odluka Ustavnog suda RH, 143 (2012), 56 (2013), 145 (2013)

Пракса Еуропског суда за људска права

ECHR *De Cubber v Belgium* (1984)

ECHR *Deweert v Belgium* (1980)

ECHR *Eckle v Germany* (1982)

ECHR *Foti et al. v Italy* (1982)

ECHR *Foucher v France* (1997)

ECHR *Imbrioscia v Switzerland* (1993)

ECHR *John Murray v United Kingdom* (1996)

ECHR *Lisica v Croatia* (2010)

ECHR *Lüdi v Switzerland* (1992)

ECHR *Mađer v Croatia* (2011)

ECHR *Magee v The United Kingdom* (2000)

ECHR *Moreira de Azevedo v Portugal* (1990)

ECHR *Oleg Kolesnik v Ukraine* (2009)

ECHR *Öcalan v Turkey* (2005)

ECHR *Pakelli v Germany* (1983)

ECHR *Pellegrini v Italy* (2001)

ECHR *Säidi v France* (1993)

ECHR *Salduz v Turkey* (2008)

ECHR *Solakov v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2001)

ECHR *Šebalj v Croatia* (2011)

ECHR *Van Mechelen et al. v The Netherlands* (1997)

Elizabeta Ivičević Karas, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Zagreb

Reflections on Reform of Croatian Criminal Procedure through the Perspective of the Defendant's Right to a Fair Trial

Summary

Croatian criminal procedure has been significantly reformed in the latest, fifth legislative amendment passed in November 2013, which was supposed to fully implement the decision of the Croatian Constitutional Court of 19 July 2012 and harmonize the Criminal Procedure Act from 2008 with the Croatian Constitution and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The pre-trial proceedings has been particularly thoroughly restructured, inter alia, because the original provisions of the Criminal Procedure Act, which replaced the traditional judicial investigation with the state attorney's investigation, considerably disturbed the balance between the dominant tendency for efficient prosecution and punishment of offenders, and requirements for respect and protection of the defendant's fundamental rights, particularly right to a fair trial. The latest legislative amendment made a significant progress in reinforcing fair trial guarantees, including minimum defence rights. Possible limitations of certain rights are conceived as necessary exceptions, and in accordance with the proportionality principle. However, particular legislative provisions are still disputable from the perspective of fundamental fair trial guarantees. For example, the possibility for the court to found the judgement on the state attorney's records of non-adversarial examination of witness, with the sole requirement that a conviction may not exclusively or to a decisive extent, be based on these records, is contrary to requirements of adversarial principle and the principle of equality of arms. The right of the arrested person to have a lawyer in the police station is proclaimed by law, but it doesn't refer to informal police interviews. Severe breach of the right to a fair trial, although conceived as an instrument of reinforcing the protection of defendant's right to a fair trial, is opposed to the concept of substantive violations of the criminal procedure provisions that actually serve to realize and protect the right to a fair trial. Therefore it is possible to conclude that the last legislative reform of Croatian criminal procedure, regarded through the perspective of the defendant's right to a fair trial, has not completely achieved its purpose.

Key words: criminal procedure, criminal procedural law, fair trial, adversarial principle, principle of equality of arms, defence rights, substantive violation of the criminal procedure provisions.

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

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.224-053.6:343.244](497.11)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРИМЕНА НЕФОРМАЛНИХ МЕРА У МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ**

Апстракт: Најзначајнија новина новог малолетничког кривичног права Србије од 2006. године јесте увођење неформалних или алтернативних мера. Оне треба да воде скретању кривичног поступка, а дефинисане су у облику васпитних налога (препоруча или упутстава). Тако схваћено скретање поступка означава различите начине, мере и поступке како би се млади сачували од штетног дејства судства за малолетнике, односно кривичних санкција. Васпитни налози су посебне мере које немају карактер кривичне санкције. Према малолетном учиниоцу кривичног дела за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, може се изрећи један или више васпитних налога. Сврха је ових налога да се не покреће кривични поступак према малолетнику, или да се обустави већ покренути поступак, односно да се применом оваквог васпитног налога утиче на правилан развој малолетника, као и на јачање његове личне одговорности како у будуће не би наставио са вршењем кривичних дела, посебно када се ради о ситном криминалитету. Управо о појму, врстама, карактеристикама и сврси неформалних мера у малолетничком кривичном праву Србије говори овај рад.

Кључне речи: малолетник, кривично дело, закон, одговорност, неформалне мере.

* jovas@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Систем новог малолетничког кривичног права у Србији је у примени од 1. јануара 2006. године. Он је у потпуности подређен криминално-политичким циљевима – а то је васпитање малолетног учиниоца кривичног дела и његово преваспитање. На тај начин је истакнут специјално-превентивни карактер чиме је напуштен дотадашњи „терапеутски“ карактер. У теорији се тако истиче да су малолетничке кривичне санкције, у првом реду, мере помоћи и социјализације, са што мање елемената принуде, ограничења права и слободе и репресије, а све више мере помоћи, бриге, надзора и отклањања и предупредивања сметњи и услова за њихов нормалан и несметан развој и сазревање. То је у складу са низом универзалних (ОУН) и регионалних-европских (Савет Европе) стандарда, који у односу на малолетне учиниоце кривичних дела захтевају искључење или свођење на минимум било каквог облика лишења слободе.

Но, поред и уместо кривичних санкција, модерна кривична законодавства (Канада, Немачка, Француска, Македонија, Црна Гора, Босна и Херцеговина и др.) познају различите неформалне, алтернативне мере које су у складу са теоријом неинтервенисања – кад год је могуће избегавање кривичног правосуђа преко скретања кривичног поступка (*diversion*), посебно када се ради о ситном, епизодном, примарном, ситуационом или случајном криминалитету. То су различите мере *sui generis* у виду васпитних налога, упуштава, забрана или препорука, чији је циљ да се избегне или одложи вођење кривичног поступка према малолетном учиниоцу кривичног дела. Заправо, циљ је примене ових мера скретање поступка према малолетним лицима са кривичног права на друге гране права (нпр. породично право или право социјалног старања). Овакво је решење у складу са чланом 40. став 3. тачка б. Конвенције ОУН о правима детета, који захтева од држава потписница да предузму мере кад год је могуће и пожељно да се уведу мере поступања са децом и малолетницима која су прекршила закон без прибегавања судском поступку. Заправо, најзначајнија новина новог малолетничког кривичног права Србије јесте увођење и што шири примена неформалних мера према малолетним учиниоцима кривичних дела.

2. Малолетничко кривично право

Малолетничко кривично право (Марјановић, 1998: 361; Вавсон, Шелић, 1999: 230; Шкулић, 2003: 368) је део кривичног права које, због низа специфичних решења, у последње време у низу савремених држава¹

1 У Немачкој, Француској, Хрватској, Македонији и сада Републици Србији је ова грана права формално издвојена из кривичног закона (законика). Тако је у Немачкој у

добија карактер самосталне правне, али и научне дисциплине. Ради се, на име, о посебној, заокруженој и аутономној целини која садржи низ специфичних решења у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела. Неретко се, стога, у литератури за ову грану права употребљава назив пара-кривично право или квази-кривично право (Стојановић, 2005: 344) које се односи на малолетна лица. То је скуп законских прописа којима се одређује кривичноправни статус малолетних лица² (као учинилаца кривичних дела, односно малолетних лица као жртава кривичних дела) и посебан третман према малолетним учиниоцима кривичних дела (Јовашевић, 2010: 329–331). Тако овај назив који се често у правној теорији одређује као криминално-политички постулат обухвата грану права са кривичноправним одредбама које се примењују на малолетне учиниоце кривичних дела и које одсликавају посебан, специфичан карактер ове гране права (Јовашевић, 2011: 6–13). То је право које се заснива на личности учиниоца деликта – *Taterstrafrecht*, а не на самом деликту – *Tatstrafrecht* (Марјановић, 1998: 362).

Или, другим речима, то је систем законских правних прописа којима се одређује систем кривичних санкција за малолетне учиниоце кривичних дела,³ а под одређеним условима и за пунолетне учиниоце, те поступак за изрицање и извршење ових санкција од стране надлежних државних органа. Стога се може рећи да малолетничко кривично право прелази оквире кривичног права, јер обухвата не само кривичноправне одредбе материјалноправне садржине, већ и одредбе процесног и извршног кривичног права, у мери и у обиму који се односи на малолетне учиниоце кривичних дела. Малолетничко кривично право тако представља скуп (систем) законских прописа којима је регулисан положај (права и обавезе) малолетника⁴ у кривичном праву у целости (Перић, 2000: 27–32). Ове

примени Закон о малолетничком кривичном правосуђу од 11. децембра 1974. године (са изменама од 30. јуна 1990. године) – *Jugendgerichtsgesetz*, у Француској је у примени *Ordonnance No. 45-174 du 2. fev. 1945.* године допуњена Законом број 2002-1138 од 9. септембра 2002. године, у Хрватској је у примени Закон о судовима за младеж, *Народне новине Републике Хрватске, бр. 84/11 и 143/12.*

2 Интересантно је да се у делу немачке кривичноправне теорије јављају и таква мишљења да се овде ради о криминалитету лица која нису навршила 25 година живота.

3 У историји кривичног права се може наћи схватање према коме је прва пенитенсијарна установа за малолетне учиниоце кривичних дела основана на иницијативу римског папе Климента IX још 1703. године у Риму да би се касније ове установе оснивале и у Немачкој, Француској, Швајцарској и Великој Британији.

4 Малолетни учиниоци кривичних дела одавно имају посебан статус. Разлог за то треба тражити у старосном добу у коме се налазе ова лица, које је испуњено многобројним и непрестаним променама, добу које је прожето њиховим биолошким и психолошким,

одредбе⁵ се, прво, односе на појам и врсте малолетника као субјеката кривичног права (активни и пасивни субјект), на врсте, услове и начин прописивања и изрицања кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела, поступак за изрицање кривичних санкција за малолетнике (који представља посебну, специфичну врсту кривичног поступка – специфичног по органима за покретање и вођење кривичног поступка и за изрицање и извршење кривичних санкција, архитектоници и току поступка и учешћу посебних вансудских – посебно ванкривичносудских органа у поступку изрицања и извршења кривичних санкција) и, на крају, поступак извршења изречених кривичних санкција. Оно се низом својих одредби садржински, а и по форми, издваја од кривичног права које се примењује према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Под одређеним условима оно се изузетно примењује и према пунолетним учиниоцима кривичних дела (Јовашевић, 2011: 270).

3. Европски стандарди и положај малолетних учинилаца кривичних дела

У основи новог система малолетничког кривичног права у Србији се налазе бројни стандарди предвиђени у више међународних правих аката које је усвојила наша земља. То су:

1) акти универзалног карактера који су донети у оквиру и под окриљем Организације уједињених нација као што су: а) Конвенција ОУН о правима детета (1989),⁶ б) Минимална стандардна правила ОУН за малолетничко кривично правосуђе, тзв. Пекиншка правила (1985),⁷ в) Правила ОУН о заштити малолетника лишених слободе, тзв. Хаванска правила (1990),⁸ г) Смернице ОУН за превенцију малолетничке делинквенције, тзв. Ријадске смернице (1990)⁹ и д) Стандардна минимална правила ОУН за алтернативне казнене мере, тзв. Токијска правила (1990) и

односно социјалним сазревањем, а то све захтева и прилагођавање мера кривичног права таквом узрасту. А све у тежњи да се њихово криминално понашање спречи у корену с обзиром да од тога зависи умногоне и њихов будући живот.

5 Предлог овог закона је сачињен на иницијативу Југословенског центра за права детета, Савета Европе, УНИЦЕФ-а и Данског центра за људска права уз подршку Министарства правде и Министарства за социјална питања. Закон је објављен у *Службеном гласнику Републике Србије број 85/2005*, а ступио је на снагу 1. јануара 2006. године.

6 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90.*

7 Резолуција ОУН број 40/33 од 29. новембра 1985. године.

8 Резолуција ОУН број 45/113 од 14. децембра 1990. године.

9 Резолуција ОУН број 45/112 од 14. децембра 1990. године.

2) акти регионалног карактера који су донети у оквиру и под окриљем Савета Европе и Европске уније као што су (Симовић et al., 2013: 35–37): а) Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (1950),¹⁰ б) Препорука број П (87) 20 о друштвеном реаговању на делинквенцију малолетника (1987), в) Препорука број П (88) 6 о друштвеном реаговању на делинквентно понашање малолетника који потичу из мигрантских породица (1987), г) Европска правила о друштвеним санкцијама и мерама за спровођење малолетничког кривичног правосуђа, тзв. Бечка правила (1997), д) Препорука број П (87) 20 о друштвеном реаговању на делинквенцију малолетника (1987), ђ) Препорука број П (88) 6 о друштвеном реаговању на делинквентно понашање малолетника који потичу из мигрантских породица (1987), е) Препорука Савета министара РЕЦ (2003) 20 о новим начинима суочавања са малолетничком делинквенцијом и улогом малолетничког правосуђа (2003) и

ж) Препорука Савета министара ЦМ/Рец (2008) II о Европским правилима за малолетне преступнике осуђене на санкције или мере (2008).

Стандарди предвиђени у наведеним међународноправним, а посебно у актима европских организација (тзв. европски стандарди) су инкорпорисани у одредбе новог Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица из 2005. године (ЗМУКД). Међу европским стандардима у области малолетничког кривичног права који су инаугурисани препорукама Савета Европе, нарочито се истичу следећи (Јовашевић, 2011: 56–62):

1. Малолетни учинилац коме се могу изрећи санкције или мере мора да буде третиран са поштовањем његових људских права;
2. Санкције или мере које се могу изрећи малолетницима, као и начин њиховог спровођења, утврђују се законом на основу начела друштвене интеграције и образовања, те превенције понављања извршења кривичног дела;
3. Санкције или мере изриче суд или други орган одређен законом. Оне подлежу брзој судској контроли. Санкције и мере морају да буду одређене и изречене на најкраће потребно време и само за остварење легитимних циљева;
4. Минимални узраст потребан за изрицање санкција или мера као резултат извршења кривичног дела не сме да буде прениско одређен и утврђује се законом;

¹⁰ Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори, бр. 9/03.

5. Изрицање и извршење санкција или мера заснива се на најбољем интересу малолетног учиниоца, заснованом на тежини кривичног дела (начело сразмерности) и уз узимање у обзир његовог узраста, физичког и душевног благостања, развоја, могућности и личних обележја, те извештаја о друштвеном животу малолетног учиниоца;
6. Како би прилагодили извршење санкција и мера специфичним околностима сваког појединог случаја, органи орговорни за њихово провођење морају имати довољан степен дискреције који не доводи до озбиљних неједнакости у поступању;
7. Санкција или мера не смеју да понизе или деградирају малолетника који им се подвргао;
8. Санкција или мера се не смеју примењивати на начин који отежава њихов „несрећни“ карактер или представља претерани ризик од физичких или душевних повреда;
9. Санкција или мера ће се примењивати без непотребног одлагања и само у мери и за период који је строго потребан (начело минималне интервенције);
10. Лишавање слободе малолетника треба да буде последња мера и да се изрекне на најмањи могући рок. Како би се избегао притвор, предузимају се посебни напори;
11. Санкција или мера морају да се изрекну и спроводе без дискриминације по било којој основи као што је пол, раса, боја коже, језик, вера, сексуална оријентација, политичко или друго уверење, национално или социјално порекло, повезаност са националном мањином, имовина, рођење или други статус (начело забране дискриминације);
12. Посредовање или друге мере повратка и приступа у заједницу треба да се подстичу на свим нивоима који се баве малолетницима;
13. Сваки правни систем који се бави малолетницима мора да осигура њихово делотворно учествовање у поступку у вези са изрицањем и спровођењем санкција или мера. Малолетници не смеју да имају мања законска права и заштиту од оних које имају пунолетни учиниоци по општим правилима кривичног поступка;
14. Сваки правосудни систем који се бави малолетницима узеће у обзир права и дужности родитеља и законских старалаца, те ће их у највећој мери укључити у поступак и извршење санкција и мера, осим ако то није у најбољем интересу малолетника. У случајевима након пунолетства, учествовање родитеља или законских старалаца није обавезно. Чланови

малолетникове проширене породице и шире заједнице такође могу да буду повезани са поступком где је то прикладно;

15. Сваки правосудни систем који се бави малолетницима мора да следи мултидисциплинарни приступ и да буде интегрисан са ширим друштвеним иницијативама за малолетнике како би се осигурао холистички приступ и континуитет бриге за такве малолетнике (начело укључености заједнице и непрекидна брига);

16. Малолетничково право на приватност треба да буде у потпуности поштовано у свим фазама поступка. Идентитет малолетника и поверљиве информације о њима и њиховим породицама неће се дати никоме ко није законом овлашћен да прими такве информације;

17. Млађа пунолетна лица где је прикладно сматрају се малолетницима, те им треба приступити сагласно томе;

18. Све особље које ради са малолетницима обавља важну јавну службу. Њихово запошљавање, посебно увежбавање и услови рада морају осигурати да они пруже одговарајући стандард бриге како би се задовољиле потребе малолетника и пружио им се позитиван узор;

19. Како би се обезбедило да интервенција у живот малолетника буде смислена, осигуравају се одређена средства и особље. Недостатак средстава не може да оправда кршење људских права малолетника и

20. Извршење било које санкције или мере треба да буде подвргнуто редовним државним инспекцијама и контроли независног надзора.

За садржину малолетничког кривичног права од посебног је значаја Резолуција XVII Конгреса међународног удружења за кривично право, који је одржан у Пекингу 2004. године, у којој су, између осталог, усвојене следеће препоруке:

1. Малолетна лица подлежу закону са свим њиховим специфичним карактеристикама. Због ових специфичности правосудни систем треба да разматра кривичну одговорност малолетника као засебно питање у оквиру елемената кривичног дела;

2. Године старости за кривичну одговорност треба да буду одређене на 18 година, а минимална година старости не би требало да буде испод 14 година;

3. Малолетни прекршиоци закона углавном би требало да буду подвргнути васпитним мерама или другим алтернативним мерама које су усмерене

на рехабилитацију појединца, или, ако ситуација захтева, у изузетним случајевима, на казнене мере у традиционалном смислу;

4. На малолетнике испод 14 година могу се примењивати само васпитне мере;

5. Примена васпитних или алтернативних казnenих мера које су усмерене на рехабилитацију може бити проширена на захтев заинтересованог лица до 25-те године;

6. Имајући у виду кривична дела извршена од стране лица која су старија од 18 година примењивост посебних малолетничких одредби може се проширити до 25-те године старости;

7. О кривичној одговорности малолетних лица морају одлучивати специјални судски органи који имају засебну надлежност од оних које се баве пунолетним лицима;

8. Одлуке суда би требало да буду засноване на прелиминарним мултидисциплинарним судским истрагама отвореним за испитивање обеју страна и

9. Потребно је поклонити посебну пажњу интересу жртава и хуманом односу према њима.¹¹

4. Појам и врсте малолетних учинилаца кривичних дела

Једно од основних питања малолетничког кривичног права јесте утврђивање кривичноправног положаја малолетних лица¹² као учинилаца кривичних дела. У том смислу се као малолетник сматра лице које је у време извршења кривичног дела навршило четрнаест, а није навршило осамнаест година (члан 3. ЗОМУКД). Лица у узрасту до 14 година се називају деца, и према њима се не могу применити кривичне санкције нити друге кривичноправне мере. То значи да она не могу да буду активни субјект кривичног дела. Но, у савременом кривичном праву границе малолетства су одређене на различите начине. Тако чл. 31–32. Кривичног законика Бугарске разликују: децу – лица узраста до 14 година, малолетнике – лица узраста од 14 до 18 година и пунолетна лица – узраста преко 18 година (Ненов, 1992). Слично решење предвиђа и Кривични законик Македоније,

11 Текст Резолуције је објављен у целини у Ревизији за криминологију и кривично право, Београд, број 1/2005. године, стр. 22–222.

12 Према члану 1. Конвенције о правима детета, дете је свако људско биће које није навршило 18 година уколико се по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.

према коме су лица узраста до 14 година деца (ван кривичног права), лица узраста од 14 до 16 година су млађи малолетници, а лица узраста од 16 до 18 година су старији малолетници.¹³ И Кривични законик Руске федерације (Федосова, Скуратова, 2005: 24) у чл. 14. одређује да се као малолетници сматрају лица која су у време извршења кривичног дела навршила 14 година, али нису навршила 18 година.

Члан 17. Кривичног законика НР Кине одређује да се кривична одговорност стиче са навршених 18 година. Лица узраста од 14 до 18 година се блаже кажњавају, али ако таква лица изврше следећа кривична дела: намерно убиство или намерно нанесу штету другоме или пак изврше силовање, разбојништво, трговину опојним дрогама, паљевину, експлозију или тровање – тада подлежу кривичној одговорности (Paggie, 1997: 37). Слично решење познаје и Кривични законик Италије, који предвиђа као минималну старосну границу за кривичну одговорност малолетника од 14 година. Лица узраста од 14 до 18 година имају смањени обим кривичне одговорности (minors), а лица узраста од 18 уживају пуну кривичну одговорност (adults).¹⁴

Грчки кривични законик у члану 121. као децу сматра лица узраста до 12 година, а млађи малолетници су лица у узрасту од 12–17 година, док су старији малолетници лица узраста од 17–21 године (Lolis, Mangakis, 1973: 48). Такође члан 122-8. Француског кривичног законика одређује да се кривичноправна способност стиче са навршених 13 година, а лица узраста од 13 до 18 година сматрају се малолетницима (Poncela, 2003: 78). Шведски кривични законик, у шестом одељку првог поглавља, као доњу границу одговорности за кривична дела одређује 15 година (Bishop, 1999: 4).

Малолетници се као учиниоци кривичних дела (што произилази из наведених законских решења) у нашој земљи деле према узрасту на две категорије: млађи и старији малолетници. Млађи малолетници¹⁵ су лица узраста од четрнаест до шеснаест година, док су старији малолетници¹⁶ лица која су навршила шеснаест, али нису навршила осамнаест година. Поред њих, у одређеним случајевима, малолетничко кривично право се

13 *Службен весник на Република Македонија, број 37/96.*

14 *Compendio di diritto penale, Parte generale e speciale, Napoli, 2001.*

15 Млађа малолетна лица се налазе на граници између деце (према којима се не примењују никакве кривичне санкције) и старијих малолетника. Степен њихове зрелости, психичке и социјалне је такав да заиста не би било оправдано према њима применити неке теже мере осим васпитних мера.

16 Степен душевне развијености ових малолетника је знатно виши и он се приближава душевној развијености пунолетних лица. Због тога се према овим лицима може изрећи и казна малолетничког затвора.

примењује и на млађа пунолетна лица – лица су која су у време извршења кривичног дела навршила осамнаест година, а у време суђења нису навршила двадесет једну годину.

5. Васпитни налози као неформалне мере

Најзначајнија новина новог малолетничког кривичног права у Србији, са применом од 1. јануара 2006. године, јесте увођење неформалних или алтернативних мера¹⁷ које треба да воде скретању кривичног поступка на друге гране права (породично право, право социјалног старања). То су васпитни налози (препоруке или упутства). Према прихваћеним међународним, и посебно европским стандардима, у кривично право је потребно и пожељно да се уведу мере поступања са децом која су прекршила закон (и тако учинила у закону предвиђено кривично дело), али без прибегавања судском поступку. Тако схваћено скретање поступка означава различите начине, мере и поступке како би се млади сачували од штетног дејства судства за малолетнике, односно кривичних санкција (Ансел, 1991: 63).

Васпитни налози су посебне мере *sui generis* које немају карактер кривичне санкције. Наиме, према малолетном учиниоцу кривичног дела за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година може се изрећи један или више васпитних налога. Значај примене васпитних налога је вишеструко изражен у функцији условљеног опортунитета примењивог од стране јавног тужиоца, односно у функцији целисходности даљег вођења поступка о чему одлучује суд, при чему посебно треба имати у виду да је судски поступак најчешће дуг, скуп, стигматизујући и често неефикасан. Тим пре што се најчешће ради о багателном криминалитету и то према примарним учиниоцима кривичних дела, са често претпостављеним исходом – изрицањем судског укора или обустављањем поступка.

Сврха је ових налога да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави већ покренути поступак, односно да се применом оваквог

17 Према расположивим статистичким подацима о изреченим кривичним санкцијама према малолетним учиниоцима кривичних дела, може се извући закључак о неефикасности у поступању са овом категоријом учинилаца кривичних дела, а да је с друге стране, висок проценат рецидива – поврата (до 85 %). Даље, у протеклом периоду јавна тужилаштва су применом дискреционих овлашћења 1/3 кривичних пријава према малолетницима одбацивала по принципу једноставног опортунитета, 1/3 кривичних пријава је завршавана обуставом кривичног поступка због нецелисходности даљег вођења кривичног поступка, а према само 1/3 учинилаца кривичних дела је изрицана нека од малолетничких кривичних санкција и то: 45-47 % укор, 48 % мере појачаног надзора и 3-4 % заводске мере, а казна малолетничког затвора у 0,5-1 %.

васпитног налога утиче на правилан развој малолетника као и на јачање његове личне одговорности како убудуће не би наставио са вршењем кривичних дела, посебно када се ради о ситном криминалитету. Дакле, овде се ради о мерама искључиво специјално-превентивног карактера које воде извансудским облицима интервенције.

Васпитне налоге изричу јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике ако су испуњена два кумулативна услова: 1) објективни услов – да се ради о кривичном делу за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година и 2) субјективни услов – који се јавља у два вида: а) да је малолетник признао извршење кривичног дела и б) да постоји одређени однос малолетника према кривичном делу, али и оштећеном лицу. Васпитни налози се могу изрећи само малолетним учиниоцима кривичних дела, што значи да је њихова примена искључена према млађим пунолетним лицима. При избору васпитног налога, надлежни орган нарочито узима у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног лица, водећи рачуна да се применом једног или више васпитних налога не омете процес редовног школовања или запослења малолетника. Овако одређени налог може да траје најдуже шест месеци, при чему се избор, замена и примена, односно надзор у примени васпитног налога од стране надлежног органа врши у сарадњи са родитељима, усвојоцима или стараоцем малолетника и надлежним органом старатељства.

Малолетничко кривично право Србије познаје више врста васпитних налога у смислу основних поставки ресторативне правде које омогућују скретање са класичне судске процедуре (члан 7. ЗОМУКД).¹⁸ То су:

18 Министар правде у сарадњи са Министром за рад, запошљавање и социјалну политику и Републичким јавним тужиоцем доноси посебан подзаконски акт о извршењу васпитних налога.

1. поравнање¹⁹ са оштећеним²⁰ како би се накнадом штете, извињењем,²¹ радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично штетне последице извршеног кривичног дела,
2. редовно похађање школе или редовни одлазак на посао,
3. укључивање без накнаде у рад хуманитарних организација или послова социјалног, локалног или еколошког садржаја,²²
4. подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога и

19 Код примене овог васпитног налога у пракси се јављају следећа питања: 1) ко спроводи поступак поравнања (то би могао да буде јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике или овлашћени медијатор који позива малолетног учиниоца кривичног дела и његове родитеље, усвојоце, стараоце или другог законом заступника да сами или са браниоцем дођу на састанак са оштећеним (и његовим пуномоћником или законским заступником), 2) где се спроводи поступак поравнања (у просторијама јавног тужиоца, у суду или у просторијама овлашћеног медијатора), 3) колико дуго поступак може да траје (у пракси се заступа мишљење да поступак посредовања треба да буде брз и ефикасан, тако да не траје дуже од месец дана) и 4) како се поступак завршава (закључењем писменог поравнања као резултат медијације – посредовања у коме се одређују обавезе, рокови њиховог испуњења и начин праћења споразума).

20 У судској пракси се може појавити проблем код примене овог васпитног налога ко се све може сматрати оштећеним лицем – да ли само физичко (пунолетно – да ли лице које је лишено пословне способности или малолетно лице у ком случају се поставља питање да ли ова лица или њихови законски заступници или пуномоћници учествују у примени овог васпитног налога) или правно лице (и ко у правном лицу – законски или статутарни пуномоћник).

21 У случају примене овог васпитног налога, малолетник који је у припремном поступку признао извршење кривичног дела и изразио спремност да се извини представнику оштећеног правног лица, то може да учини у суду или да заједно са својим законским заступником оде у оштећено правно лице и да се јавно извини у присуству овлашћеног представника правног лица.

22 У примени овог васпитног налога у пракси су се јављали проблеми како одредити избор ових организација на локалном нивоу и како их анимирати да пристану на примену васпитних налога. Стога се као једно од решења у пракси искристалисало мишљење према коме на захтев јавног тужиоца или суда за малолетнике орган старатељства треба да спроведе анкету на локалном нивоу, те да направи избор од заинтересованих установа и организација државног (јавног) и цивилног сектора које би се укључиле у друштвено користан пројекат превенције малолетничке деликвенције, да са њима сачини писмене споразуме са врстом и садржином одређених послова и активности, те да овај списак установа и организација као и закључене споразуме доставе органима малолетничког кривичног правосуђа које би у сваком конкретном случају бирали ону установу и врсту и природу послова и активности малолетника за које се сматра да би се најповољније остварила сврха конкретног васпитног налога.

5. укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Јавни тужилац за малолетнике такође има могућност да своју одлуку о непокретању кривичног поступка, сходно начелу опортунитета гоњења (члан 58. ЗОМУКД), услови пристанком малолетника и његових родитеља, усвојиоца или стараоца као и самом спремношћу малолетника да у остављеном року испуни један или више постављених налога. Заправо, све док не поднесе захтев за покретање припремног поступка, јавни тужилац за малолетнике има широке дискреционе могућности у погледу одлучивања да ли ће покренути кривични поступак према малолетнику због учињеног кривичног дела.

Увођење васпитних налога у систем малолетничког кривичног правосуђа у великој мери је променило и улогу оштећеног лица: а) оно се активно укључује у реализацију појединих васпитних налога, б) оштећени од пасивне жртве кривичног дела и „немог посматрача“ кривичног поступка преузима активнију улогу у смислу давања свога пристанка за изрицање, односно праћења тока извршења појединих васпитних налога и в) примарни циљ поступања према малолетнику представља поправљање штете нанете жртви и реинтеграција учиниоца кривичног дела, уместо његовог отуђења и изолације из друштва (Хрнчић et al., 2006: 553–543).

6. Закључак

Систем новог малолетничког кривичног права Србије у потпуности је подређен криминално-политичким циљевима – а то је васпитање малолетног учиниоца кривичног дела и његово преваспитање. На тај начин је истакнут специјално превентивни карактер ове гране права, чиме је напуштен његов дотадашњи „терапеутски“ карактер. У теорији се, стога, истиче да су малолетничке кривичне санкције, у првом реду, мере помоћи, мере социјализације са што мање елемената принуде, ограничења права и слободе и репресије, а све више мере помоћи, бриге, надзора и отклањања и предупредивања сметњи и услова за њихов нормалан и несметан развој и сазревање. То, у крајњој линији, и одговара низу међународних, а посебно европских стандарда, који су инкорпорисани у ново малолетничко кривично право Србије.

Но, поред и уместо кривичних санкција модерна кривична законодавства (Канада, Немачка, Француска, Македонија, Црна Гора, Италија, Босна и Херцеговина и др.) познају различите мере неформалног, алтернативног карактера, чија се примена препоручује према теорији неинтервенисања кад год је могуће избегававање кривичног правосуђа преко скретања

кривичног поступка (*diversion*), посебно када се ради о багателном, епизодном, примарном, ситуационом или случајном криминалитету. То су различите мере *sui generis* у виду васпитних налога, упуштава, забрана или препорука, чији је циљ да се избегне или одложи вођење кривичног поступка према малолетном учиниоцу кривичног дела. Заправо, циљ је примене ових мера скретање поступка према малолетним лицима са кривичног права на друге гране права (нпр. породично право или право социјалног старања). Овакво решење захтева од држава које су прихватиле европске стандарде да предузму мере кад год је могуће и пожељно да се уведу мере поступања са децом и малолетницима који су прекршили закон без прибегавања судском поступку.

Заправо, најзначајнија новина новог малолетничког кривичног права Србије јесте увођење неформалних мера које треба да воде скретању кривичног поступка, које су у новом законском решењу дефинисане у облику васпитних налога (препорука или упутстава). Тако схваћено скретање поступка означава различите начине, мере и поступке како би се млади сачували од штетног дејства судства за малолетнике, односно кривичних санкција. Васпитни налози су посебне мере *sui generis* које немају карактер кривичне санкције. Наиме, према малолетном учиниоцу кривичног дела за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, може се изрећи један или више васпитних налога. Сврха је ових налога да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави већ покренути поступак, односно да се применом оваквог васпитног налога утиче на правилан развој малолетника, као и на јачање његове личне одговорности, како убудуће не би наставио са вршењем кривичних дела, посебно када се ради о багателном или средњем криминалитету. Дакле овде се ради о мерама искључиво специјално превентивног карактера.

Васпитни налози се могу изрећи само малолетним учиниоцима кривичних дела, што значи да је њихова примена искључена према млађим пунолетним лицима. При избору васпитног налога надлежни орган нарочито узима у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног лица, водећи рачуна да се применом једног или више васпитних налога не омете процес редовног школовања или запослења малолетника. Овако одређени налог може да траје најдуже шест месеци, при чему се избор, замена и примена, односно надзор у примени васпитног налога од стране надлежног органа врши у сарадњи са родитељима, усвојиоцима или стараоцем малолетника и надлежним органом старатељства.

Литература

- Ансел, М. (1991). *Друштвена одбрана*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања
- Bavcon, Lj., Šelih, A. (1999). *Kazensko pravo. Splošni del*. Ljubljana: Uradni list
- Bishop, N. (1999). *Swedish Penal Code*. Stockholm: University Publishing
- Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право. Општи део*. Београд: Номос
- Јовашевић, Д. (2011). *Малолетничко кривично право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Јовашевић, Д. (2011). *Лексикон кривичног права*. Београд: Службени гласник
- Lolis, N., Mangakis, G. (1973). *The Greek Penal Code*. London: Sweet-Maxwell
- Марјановиќ, Г. (1998). *Македонско кривично право. Општ дел*. Скопље: Просветно дел
- Ненов, И. (1992). *Наказателно право на Република Булгарија. Обша част. Књига втора*. Софија: Софи-Р
- Paggle, C. D. (1997). *Chinese Criminal Law*. Peking
- Перић, О. (2000). Положај малолетника у југословенском кривичном законодавству са становишта заштите људских права. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1-3. 27-32
- Ronceta, P. (2003). *Droit de la peine*. Paris: Themis
- Резолуција ОУН број 40/33 од 29. новембра 1985. године
- Резолуција ОУН број 45/113 од 14. децембра 1990. године
- Резолуција ОУН број 45/112 од 14. децембра 1990. године
- Симовић, М., Јовашевић, Д., Митровић, Л., Симовић, М. (2013). *Малолетничко кривично право*. Источно Сарајево: Правни факултет
- Службен весник на Република Македонија*. Бр. 37 (1996)
- Службени лист Србије и Црне Горе – Меѓународни уговори*. Бр. 9 (2003)
- Службени лист СФРЈ – Меѓународни уговори*. Бр. 15 (1990)
- Стојановић, З. (2005). *Кривично право. Општи део*. Београд: Правна књига
- Шкулић, М. (2003). *Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела*. Београд: Досије

Хрнчић, Ј., et al. (2006). Примена медијације између жртве и малолетног преступника у Србији. У Д. Радовановић (ур.), *Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси* (стр.). Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Федосова, И., Скуратова, Т. (2005). *Уголовниј кодекс Россијској федерацији*. Москва: Норма

Compendio di diritto penale. Parte generale e speciale. (2001). Napoli: Simone

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Application of Informal Measures in Juvenile Criminal Law of Serbia

Summary

The new juvenile criminal justice system of the Republic of Serbia completely follows the goals of criminal policy – i.e. education and re-education of juvenile perpetrators of criminal offences. In that way, the preventive character of this branch of law is particularly emphasized. In theory, it is pointed out that juvenile criminal sanctions are primarily measures of assistance and socialization, with a minimal amount of coercion, limitations of rights and freedoms or repression and a high level of assistance, care, supervision and prevention, designed to remove the obstacles for normal and regular development and maturation of juveniles. Such concept is in accordance with a series of international and European standards on the treatment of juveniles in conflict with the law.

However, along with and instead of juvenile criminal sanctions, modern criminal legislations are also familiar with different informal measures, application of which is recommended whenever it is possible to avoid the regular course of criminal procedure. These measures include educational orders, guidelines, bans or recommendations the aim of which is to avoid or postpone the conduct of criminal procedure against juvenile offenders. The application of these measures is supposed to replace the criminal procedure against juvenile offenders with procedures prescribed in other branches of law such as family law or social welfare law.

The most significant innovation in the field of juvenile criminal justice system is the introduction informal or alternative measures, defined in the form of educational orders (recommendations or guidelines). Perceived and defined in such manner, the replacement of criminal procedure refers to various means,

measures and procedures that are intended to protect juvenile offenders from harmful effects of court and criminal sanctions. Educational orders represent specific measures that do not have the character of criminal sanctions. One or more educational orders may be imposed on a juvenile perpetrator who has committed a criminal offence for which a fine or imprisonment up to years are prescribed. The purpose of these orders is to avoid the opening of criminal procedure against juvenile offenders or to suspend a criminal procedure that has already been initiated, as well as to enhance regular development of juveniles and strengthen their personal responsibility in order to deter them from further criminal activities, particularly when it comes to property crimes. The character of these measures is strictly preventive. When selecting an educational order, the public prosecutor and the court particularly have to take into consideration the interests of juvenile's offender as well as the interests of the victim. Other modern legislations are also familiar with one or more informal measures for juvenile perpetrators of criminal offences. In this paper, the definition, types, characteristics and purpose of informal measures in juvenile criminal justice system of the Republic of Serbia are discussed.

Key words: juvenile, criminal act, law, responsibility, informal measures.

Др Зоран Ђирић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK:343.91-058.7

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ МЕНТАЛНИХ ПОРЕМЕЋАЈА НАСТАЛИХ ЗЛОУПОТРЕБОМ ДРОГА**

Апстракт: Ментални поремећаји настали злоупотребом дрога имају и своју судско-психијатријску димензију, посебно у ситуацијама када ова лица чине кривична дела или правне послове грађанскоправног карактера. У практичном раду, кроз судско-психијатријске експертизе, сагледава се стање душевног здравља ових лица, као и њихове психолошке способности, кроз процену схватања значаја својих радњи и управљања својим поступцима. На овај начин, ова практична грана психијатрије пружа правосудним органима стручну помоћ која је од значаја за спровођење одређених правосудних поступака и издаваја се као значајно доказно средство у тим поступцима.

У складу са тим, приказани су и основни постулати судско-психијатријског аспекта оних психијатријских поремећаја који настају услед злоупотребе наркотика, а тиме и дат одређени допринос сагледавању и сузбијању ове изузетно распрострањене друштвено негативне појаве.

Кључне речи: болести зависности, скривљена неурачунљивост, психијатријско вештачење, психоактивне супстанце.

1. Увод

Број и учесталост менталних поремећаја који настају услед злоупотребе дрога последњих деценија се значајно увећава (Bureau of Justice Statistic USA, 1987), као последица све већег коришћења наркотичних супстанци.

* cira@prafak.ni.ac.rs

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

Последњих деценија ова појава је, нажалост, добила на интензитету и учесталости у значајном делу популације, различитог узраста, пола, социјалног статуса или професионалне окупације. Као резултат свих ових околности већина друштва „пати“ и сусреће се са израженим проблемом који је у вези са злоупотребом дрога, као веома опасном социопатолошком појавом. Тако ова проблематика, осим индивидуалног, добија и димензије породичног, професионалног, здравственог и опште друштвеног негативног феномена. Наравно да је значај овог проблема препознат, али скоро да ни у једној земљи на свету он није у потпуности решен, нити има, нажалост, назнака да ће се у ближој будућности то и десити.

Из претходно наведених разлога опредељење је да се у овом раду прикажу неке основне карактеристике медицинског, посебно психијатријског аспекта злоупотребе наркотика. Такође, бројна кривична дела, али и други правни поступци лица која злоупотребљавају наркотику, дају овој појави и посебан правни значај, како у области кривичног, тако и у сфери грађанског права. Ове области на својеврстан начин (право и психијатрију) „спаја“ судска психијатрија, те ће највећи део овог рада бити усмерен на приказ судско-психијатријског аспекта менталних поремећаја који настају услед злоупотребе дрога. Због блиске повезаности, основна тематика рада ће неминовно бити приказана и повезивана са криминолошком, кривичноправном и грађанскоправном димензијом саме појаве, јер само такав приступ омогућава да се продре у суштину проблема и да се дају одређене смернице за његово решавање. Такође, само мултидисциплинарно сагледавање злоупотребе наркотика ствара и предуслове за предузимање терапијских, казних, рехабилитационих и других мера борбе против овог друштвеног проблема.

Рад има за циљ и приказ теоријских и практичних проблема у судској психијатрији који су везани за менталне поремећаје који су узроковани злоупотребом дрога, нарочито у поступцима форензичко-психијатријских вештачења, те ће бити приказани и принципи које психијатри вештаци треба да примењују и имају у виду у експертним поступцима.

2. Ментални поремећаји и поремећаји понашања узроковани злоупотребом дрога

Иако су се у психијатрији и данас задржали бројни ранији називи ових поремећаја („наркоманије“, „токсикоманије“ и др.), приказ ових менталних поремећаја биће извршен према актуелно важећој Међународној класификацији болести, X ревизија (МКБ 10, 1992). У њој су Ментални поремећаји и поремећаји понашања сврстани у категорију F, што упућује

и на околност да судска вештачења поступка лица која злоупотребљавају наркотице треба да спроводе психијатри, некада и уз помоћ и стручњака других профила (психолози, дефектолози, специјалисти судске медицине, биохемичари и др.).

Ментални поремећаји узроковани употребом наркотика сврстани су у категорију која је означена као F 10 - F 19, тј. поремећаји због употребе психоактивних супстанци. Дакле, ради се о психијатријским поремећима који настају услед употребе оних супстанци које унете у организам мењају функцију (некада и структуру) мозга, а последично и психичке процесе, доживљавања и, последично, понашање.

Основ даљег разврставања је врста супстанце која доводи до ових поремећаја, при чему категорија F 10 представља поремећаје који су узроковани злоупотребом алкохола, која је сам за себе посебан ентитет и у овом раду неће бити сагледавана. По МКБ 10, прва бројка после броја 1 означава врсту психоактивне супстанце, међу којима су већином супстанце које су означене као дроге (наркотици). Након тога следи тачка, да би се након тога новом бројком означио тип менталног поремећаја до кога супстанца (углавном наркотик) доводи. Тако при означавању ових поремећаја постоје следећи:

F 1x.0 – Акутна интоксикација је поремећај код кога постоји директна веза између конкретног узимања супстанце и психичког стања особе која је супстанцу унела у организам. Ако се то дешава ретко, спорадично, и ако је употреба у дозама које нису значајније, у принципу нема неких тежих последица по здравље особе, с тим што је то ипак индивидуално. Некада ова стања могу имати и кривичноправни значај, о чему ће бити накнадно речи.

F 1x.1 – Штетна употреба, у принципу, означава учесталију употребу супстанце, са могућим штетним утицајем на телесно и/или психичко здравље. Код ових поремећаја оштећење здравља се може утврдити, али је оно још увек таквог степена да се говори о створеној зависности од супстанце. Ово је често у судској психијатрији део проблема у практичном раду, јер се често особе бране на начин када наводе да неки наркотик повремено употребљавају и да су супстанцу поседовали ради својих потреба.

F 1x.2 – Синдром зависности (болест зависности), обухвата скуп психичких поремећаја, измена у систему понашања (као да се распада ранији систем вредности, при чему је поновна употреба у центру пажње, а ранија интересовања се занемарују) и постојања значајног броја телесних и неуролошких поремећаја који су последица дуготрајног и неконтролисаног

конзумирања наркотика. Базични поремећај је неодољива потреба да се супстанца поново узме, у степену жудње, било због поновног постизања њених ефеката, било због избегавања појаве феномена зависничке кризе. Наравно, доминира зависност од наркотика, која се манифестује на психичком и/или телесном плану. Овде се ради о структурисаном болесном стању, што је од значаја за сврставање ових стања у правну поделу менталних поремећаја.

F 1x.3 – Апстинецијални синдром представља такав поремећај код кога се јавља читав скуп симптома различите тежине и врсте, а услед потпуног или непотпуног прекида узимања супстанце, која је до тада узимана у значајном периоду, претежно у високим дозама и где је већ дошло до развоја болести зависности. Некад је праћен поремећајем свести, углавном делиријумом (*F 1x.4* – Апстинецијални синдром са делиријумом), када је стање пацијента још теже, а поремећај свести доводи до неадекватног доживљавања стварности и измењеног понашања, некада и са криминогеним последицама.

F 1x.5 – Психотични поремећаји су привремени или трајнији ментални поремећаји који су у узрочно-последичној вези са узимањем наркотика. Некада се јављају непосредно по узимању наркотика, који има својства да изазове такав поремећај. Међутим, далеко чешће су последица тог степена психичке измењености услед зависности од наркотика и његовог штетног деловања на мозак, те настају феномени који доводе до поремећаја теста реалитета и појаве бројних тежих измена психичких функција, нереалног и апсурдног квалитета (сумануте идеје, халуцинације, психомоторна узнемиреност и сл.). У оба случаја може настати неадекватно и нецелисходно понашање, које може имати и правни значај (извршење кривичних дела, немотивисане правне радње и др.). Ови поремећаји се могу понављати или остављати трајније последице у психичком функционисању (*F 1x.7* – Резидуални психотични поремећај и психотични поремећај са касним почетком).

F 1x.6 – Синдром амнезије одликује трајније оштећење памћења, посебно упамћивања новијих догађаја, што може упућивати и на то да је степен оштећења мозга услед употребе наркотика такав да води развоју деменције, односно излапелости, као облика душевног обољења. Углавном је последица дугогодишње и неконтролисане употребе наркотика са оштећењем мождане функције, али и структуре мозга.

2.1. Ментални поремећаји услед употребе наркотика са најчешћом употребом

Иако свака психотропна супстанца може условити претходно наведене поремећаје, са становишта овог рада, на овом месту ће бити представљени ментални поремећаји који су узроковани употребом оних дрога које се најчешће срећу у правосудној, као и психијатријској пракси.

Пре тога, биће презентоване све категорије менталних поремећаја и поремећаја понашања које настају код употребе одређених психоактивних супстанци и то: *F 11* – због употребе опијата, *F 12* – због употребе канабиноида, *F 13* – због употребе седатива или хипнотика, *F14* – због употребе кокаина, *F 15* – због употребе других стимуланса, укључујући кофеин, *F 16* – због употребе халуциногена, *F 17* – због употребе дувана, *F 18* – због употребе испарљивих растварача и *F 19* – због употребе бројних дрога и употребе других психоактивних супстанци.

Јасно се запажа да ови поремећаји могу настати и услед употребе оних супстанци које деловањем на мозак остварују и терапијски ефекат, те ће од дозе, учесталости употребе и других околности зависити да ли је то терапијски ефекат супстанце или злоупотреба исте, која узрокује психичке поремећаје (употреба неких опијата, седатива или хипнотика, стимулативних лекова за лечење одређених психијатријских поремећаја и др.). Такође, међу супстанцама су наведене и оне које нису обухваћене листом забрањених психоактивних супстанци (дуван, кофеин итд.). Међутим, са становишта циља овог рада биће приказани они психијатријски поремећаји који настају употребом дрога које су забрањене, како би се касније анализирао и њихов судско-психијатријски аспект.

а) Међу опијатима посебан значај има хероин, као дрога која је у веома честој употреби и чија употреба доводи до тешких здравствених последица, али и друштвено негативних облика понашања (Ковачевић, 2000: 79).

Ова дрога, која је веома распрострањена на нашим просторима, релативно брзо доводи до настанка адикције, односно укључивања у метаболизам особе и стварања основе за настанак зависности. Хероин припада опијатима, а они имају депресивни ефекат на мозак, па узимање хероина доводи до почетне еуфорије, осећаја тоpline у телу, осећаја лакоће и доживљаја унутрашњег мира. У почетку се смањује напетост и анксиозност, опуштеност, те се остварује ефекат који особа жели да постигне. Након еуфорије, настаје пад расположења, нелагодност, напетост, страх, што у почетку наводи особу да новом употребом хероина постигне пријатни ефекат.

Код злоупотребе хероина брзо се ствара наведени зачарани круг, супстанца се брзо „уграђује“ у метаболизам, јавља потреба за повећањем појединачне и дневне дозе, те се релативно брзо стварају услови за настанак зависности од хероина, као болести зависности. Доминира жудња да се хероин поново узме, деградација личности, мења се систем вредности, а последично и систем понашања. Смањују се или престају ранија интересовања, особа је у кругу лица са сличним својствима, а доминантна активност је налажење начина за набавку и поновну употребу хероина. Пошто се материјални ресурси пацијента брзо исцрпљују, особа је све више склона да се служи лажима, преварама, фалсификатима и крађама, са основним циљем да се дрога поново набави и употреби. Тако настају и модели понашања који имају кривичноправни значај, а некада и они грађанскоправног карактера (продаја имовине, распад породице, разводи, повера деце и сл.). Услед наведених измена, некада настају и промене које утичу на радну способност или доводе до повреде радне дисциплине и радних обавеза.

Апстиненцијални синдром (познат и као наркоманска криза) настаје при наглом прекиду узимања хероина код зависника, са феноменима који се испољавају неколико сати након задњег узимања, а најизразитије су након 48-72 часа. Пошто се ретко у овом периоду позива судски вештак, од значаја је, кад год је то могуће, да се наведене измене забележе од стране медицинске службе, посебно у пеналним условима, што ће касније бити од значаја за судско-психијатријску експертизу. Феномени овог поремећаја су разноврсни и манифестују на телесном и психичком плану и веома су мучни за пацијента – болови у мишићима и костима, проливи, појачано лучење пљувачке и слина, тешкоће дисања. Уз ове феномене, манифестују се и изразита психичка напетост, осећање неиздрживе непријатности и јака жудња да се наркотик поново узме, несаница, честа буђења, кошмарни снови, раздражљивост, потиштеност, депресивност и сл. У принципу, изразити феномени „кризе“ код зависника од хероина се постепено смањују у периоду од 2-3 недеље, када се може рећи да је криза прошла. Међутим, још дуго постоје и знаци психичке зависности, тј. потребе на психилошком нивоу да се употребом хероина постигну његови пријатни ефекти.

Некада се јављају и знаци делиријума, ређе психотичне епизоде, а код дуготрајних зависника и феномени оштећења интелектуалних функција и знаци амнезије или деменције (излапелости).

Посебна значај има и предозирање хероином, када узета доза и начин њеног узимања доводи до тешког акутног тровања, неретко са смртним исходом, јер хероин токсично делује на центре за дисање и рад срца. Ово је ургентно стање, па је брза и адекватна медицинска интервенција неопходна за спашавање живота пацијента.

б) Кокаин припада стимулансима мозга, а најчешће се уноси ушмркавањем, пушењем, ређе интравенском употребом. Непосредни ефекти узимања су еуфорично расположење, раздраганост, лично осећање великих физичких и психичких моћи, када манифестују предузимљивост, говорљивост, раздражљивост, отежану контролу нагонских и импулсивних подстицаја и агресивност, што може резултирати радњом која има криминални квалитет. Некада могу настати и измене у сфери чулних доживљавања (халуцинације, илузије), а по престанку ове фазе настаје потиштеност, пад расположења и успореност. Настаје потреба за новим узимањем кокаина, повећава се појединачна и дневна доза, што води у зависност од кокаина.

Зависност од кокаина има све атрибуте болесног стања, те је тако и треба третирати у психијатријским вештачењима (Горета, Пеко Човић, Бужина, 2004: 28.). Постоји јака физичка и психичка зависност, уз неминовно постојање жудње да се кокаин поново узме, на све начине, па и оне који повређују раније постојећи систем социјалног понашања особе. Немогућност да се кокаин поново узме или да се узме у потребној дози доводи до апстиненцијалног синдрома, који се манифестује и на телесном и на психичком плану. На телесном, постоје болови у стомаку, телу, костима и мишићима, знојење, а на психичком, некада постоји апатија или потиштеност, а чешће раздражљивост и агресивност, тешкоће успављивања и испрекидан сан, изражена психичка потреба за кокаином.

И код акутног тровања кокаином може доћи до предозирања и животне угрожености, јер се већим дозама мења срчани рад, ритам дисања, повећава се притисак, све до поремећаја свести и таквих телесних измена које могу узроковати смртни исход.

в) Канбиноиди представљају психотропне супстанце које су, такође, у честој употреби, а код нас је њихово поседовање и коришћење забрањено законом, тј. представља кривично дело. Злоупотреба ових супстанци, чији су деривати који се сусрећу у пракси хашиш и марихуана, представља и предмет расправа да ли исте треба легализовати или не. Ово и из разлога што постоје мишљења да би контролисана дистрибуција и употреба марихуане или хашиша, с обзиром на мање штетне последице по здравље, смањила друштвене проблеме и криминогене последице (Chiswick, Core, 2001: 97).

Активни састојак који има психотропне ефекте је тетрахидроканабинол (ТНС), који се добија из индијске конопље, *canabis sativa*. У организам доспева најчешће пушењем, удисањем пара ове супстанце, у неким ситуацијама и жвакањем. Ако је дрога настала од цветова биљке, то је хашиш, а ако су у питању осушени листови ради се о марихуани.

Употреба ових супстанци доводи до опуштања, осећања пријатности, повећане осетљивости чула, те је то онај ефекат који особа жели да постигне. Код употребе већих доза могу настати стања конфузности, узнемирености, а некада и доживљавање чулних обмана, све као резултат стимулативног дејства активног састојка на функцију мозга. Након овога следи фаза раздражљивости, апатије, неспокојства, често се сва доживљавања окончавају сном. Телесне манифестације су присутне и најчешће су у форми сувоће уста, осећаја тежине у удовима, лако убрзаног пулса и др. Употреба канабиониода, посебно марихуане, често се среће код особа који у принципу немају својства личности зависника. Тако канабис употребљавају и особе које не одударају својим понашањем значајније од околине, а имају обичај да у ситуацијама када немају уобичајене обавезе обезбеђују опуштање и осећања пријатности употребом канабионида. То су тзв. „викенд“ употребе ових супстанци, да би са враћањем свакодневним обавезама, без икаквог проблема прекидали употребу истих. Наведене околности користе се као образложење у захтевима за легализацију марихуане или њене декриминализације, и користе се као потврда да се не ради о менталним поремећајима који су изазвани злоупотребом психоактивних супстанци. У нашем правном систему још увек се поседовање и коришћење, а посебно производња и стављање у промет ове групе психокативних супстанци, третира као кривично дело, те ће се такав приступ задржати и у судско-психијатријској елаборацији.

У односу на употребу канабиноида поставља се питање да ли изазивају зависност и ако је изазивају каквог је квалитета и значаја. Дуготрајна употреба марихуане или хашиша у сваком случају доводе до психичке зависности, односно до потребе да се сустанца узме поново ради постизања пријатних психичких доживљавања. Неки аутори (Кецмановић, 1992) говоре и о физичкој зависности код особа које годинама узимају високе дневне дозе ових супстанци, када настају и измене у понашању и описани амотивациони синдром (пад вољних подстицаја, апатија, незаинтересованост), уз телесне манифестације као што је смањење апетита, пад телесне масе, поремећај рада органа за варење. У клиничкој пракси се ретко срећемо са овим стањима, али уколико се иста појаве морају се сагледавати специфично, како са дијагностичког, терапијског, рехабилитационог, али и судско-психијатријског становишта.

д) Халуциногени су група психоактивних супстанци чије узимање доводи до доживљавања чулних обмана по типу халуцинација, по чему су и добили име. Често се мења и стање свести конзумента, и са нивоа будности и/или појаве измењеног доживљаја своје личности или околине (деперсонализација и дереализација).

Највећи број ових супстанци своју учесталу употребу имао је у ранијим периодима, чак је ЛСД представљао резултат потраге за леком у лечењу шизофреније, али се добила супстанца која се касније злоупотребљавала за добијање унутрашњих доживљавања која су описана. У принципу, халуциногени који су раније коришћени (ЛСД, Мескалин, амфетамин) нису стварали физичку, већ само психичку зависност.

У данашње време срећемо се са повећаном употребом дроге која се у уобичајеној комуникацији назива екстази (метилендиоксиметаамфетамин – МДМА), чијом употребом настаје пријатно расположење, еуфорија, осећање већих психичких моћи и способности, некада конфузности и халуцинаторних доживљавања. Поред психичке зависности, настаје и физичка, те прекид узимања доводи до апстиненцијалног синдрома („кризе“). Оно што овај наркотик чини посебно опасним је то да његовом употребом настају брза органска оштећења мозга, са пропратним психичким изменама психоорганског типа (оштећење интелектуалних функција и деградација личности).

ђ) Остали ментални поремећаји који настају злоупотребом психоактивних супстанци су знатно ређи и имају мањи, како правни, тако и судско-психијатријски значај. Међу њима су злоупотреба, па и зависност од лекова са психоактивним својствима (седативи, анксиолитици, антихолинергици).

е) Посебно категорију чине ментални поремећаји због употребе бројних дрога и употребе других психоактивних супстанци (F 19). Ради се о све присутнијој појави да особе, посебно млађег узраста, употребљавају наркотику различитог типа, уз честу комбинацију са одређеним лековима у високим дозама и/или већим дозама алкохола. У принципу доминира злоупотреба једне супстанце, са развојем и зависности од исте, док је употреба осталих на нивоу штетне употребе наркотока или лека.

3. Судско-психијатријски аспект поремећаја насталих злоупотребом дрога

Сама природа злоупотребе дрога, посебно у ситуацијама када је дошло до развоја болести зависности, генерише понашање које је на својеврстан начин „супротстављено“ са одређеним правним нормама, како у области кривичног, тако и у области грађанског права. Овоме посебно доприноси да својства менталног поремећаја који је настао употребом наркотику готово по правилу мењају систем вредности и понашања особе, које је детерминисано описаним симптомима и феноменима менталних поремећаја, а има и правне импликације. Управо ове околности утичу да

се у тим случајевима тражи помоћ од судских психијатара, са циљем да се добију одговори какво је психичко стање те особе, какво је оно било у време поступања са правним последицама, какве су биле способности лица да у тим моментима адекватно расуђује и одлучује, што форензички психијатар треба да учини на основу процене душевног стања индивидуе и психичких поремећаја који су код њих настали.

Тако се долази до доказне процедуре која представља судско-психијатријска вештачења особа у правном поступку код којих постоје ментални поремећаји узроковани употребом дрога или када постоји сумња да ти поремећаји постоје. Сама судско-психијатријска анализа је у суштини сложена активност, у којој се сагледавају различите чињенице и околности, преко података из судских списа и медицинске документације, прегледа особе (уколико се ради о заживотним вештачењима) и утврђивања стања њеног душевног здравља, да би се на крају пружили одговори да ли постоји неки ментални поремећај узрокован употребом наркотика, какав је тај поремећај и како је утицао на психичке процесе и способности те особе са аспекта правног поступка у коме она учествује. У зависности од природе правног поступка, могу уследити и различита бројна питања на која вештак психијатар треба да одговори, а чиме пружа своју стручну помоћ суду (или неком другом правосудном органу који води поступак) како би се разјасниле чињенице психијатријског квалитета.

Форензичко-психијатријска анализа оних стања која су у вези са злоупотребом наркотика у правосудном поступку одликује се сагледавањем различитих фактора, посебно оних који су везани за особе код којих постоји неки од наведених менталних поремећаја. Међу њима посебан значај имају карактеристике структуре и динамике личности (Илић, 1998: 67), али и различити социјални, нарочито породични фактори, што све, уз карактеристике ових менталних поремећаја, може бити узрок понашања са друштвено негативним последицама, како за појединца, његово ближе окружење, тако и за друштво у целини.

Треба истаћи и то да између правне терминологије и оне коју користи психијатрија постоји одређена неусклађеност, што некада може узроковати проблеме у поступцима вештачења и одређено неразумевање на релацији правни-судски психијатар. Наиме, у праву се задржала подела свих психијатријских поремећаја на душевне болести, привремене душевне поремећености, заостали душевни развој и неке друге теже душевне поремећености, као биолошке факторе који утичу на психичке способности особе, посебно способности расуђивања (способност да се схвати правни и стварни значај радње која се предузима и њене последице) и одлучивања

(способност да се контролише понашање, које би водило ка целисходности и правилној усмерености делања). Са друге стране, психијатрија говори о менталним поремећајима, у случају тематике овог рада оним који су настали злоупотребом психоактивних супстанци, међу којима значајан број припада дрогама, односно наркотицима. А међу њима су неки који би се могли сврстати у правом одређене групе психичких поремећаја. Међутим, неретко се у практичним ситуацијама сусрећемо, као вештаци, са питањима да ли има горе наведених биолошких стања, а затим се питање проширује тиме да се тражи изјашњење о томе да ли има и болести зависности. Као да правници сматрају да су болести зависности нека посебна психичка стања која се не могу сврстати у претходно наведена. Одговор је да су болести зависности душевна обољења, јер су посебна психијатријска нозолошка категорија. Ово вештаци треба да потенцирају у свом раду, па и у својим вештачењима и при изради налаза и мишљења вештака. Тада је потребно психијатријске дијагнозе превести на језик разумљив правницима, што има посебан значај када се предлажу мере безбедности медицинског карактера, о чему ће бити касније речи.

Већ је истакнуто да се значај менталних поремећаја насталих услед злоупотребе дрога може сагледавати и у домену кривичног и у области грађанског права, што судско-психијатријском аспекту ових поремећаја даје и одређено место у овим правним областима.

3.1. Судско-психијатријски аспект менталних поремећаја узрокованих злоупотребом дрога у кривичноправној области

Особе са овом поремећајима могу се појавити као извршиоци различитих кривичних дела, те се у принципу разликује неколико група делинквената.

Прву групу углавном зависници од дрога, који су исцрпели своје материјалне ресурсе и врше имовинске деликте, фалсификате или преваре, све са основним циљем да на овај начин дођу до средстава за набавку наркотика. Код њих „пропадају“ сви вредносни системи и понашање води жудња да се наркотик набави и поново конзумира. Због оваквих обележја њиховог психичког стања, неопходно је судско-психијатријско сагледавање. Неретко, ове особе набављају одређену количину наркотика по нижим ценама, па један део употребљавају, а други стављају у промет, како би што више смањили материјалне издатке за набавку дроге за себе. Због тога су у литератури названи тзв. „малим дилерима“ (Craft, Craft, 1984: 209).

Други део делинквенције везан за наркотику односи се на кривична дела која обухватају производњу, недозвољен промет или омогућавање другим лицима да употребљавају дроге, што веома често чине лица која нису

зависници или уопште не употребљавају наркотице, али у ситуацијама када су у кривичном поступку због оваквих радњи често наводе да су дрогу поседовали за сопствене потребе. Сам овај податак намеће и овде потребу да се вештачење обави, при чему оно захтева опрез у процени да ли је повремена употреба наркотика аутентична или не.

Област рада судских психијатара везаних за ове менталне поремећаје у области кривичног права доминантно је везана за традиционалне кривично правне институте, као што су *урачунљивост* и *мере безбедности медицинског карактера*.

Код утврђивања (не) урачунљивости, први задатак вештака психијатра је да утврди да ли код извршиоца деликта постоји неки ментални поремећај настао услед злоупотребе дрога, и, ако постоји, да ли се може сврстати у душевно обољење, привремену душевну поремећеност, да ли се поремећај евентуално јавио код особа које су душевно заостале или да ли има елемента који би говорили у прилог постојања неке друге теже душевне поремећености. У ситуацијама када се утврди да неки од ових менталних поремећаја постоји, неопходно је изјашњење о томе да ли је он, и у којој мери, утицао на способности схватања значаја дела (способност расуђивања) и/или управљања својим поступцима (способност одлучивања).

У презентовању материје из ове области опредељење је да се иста повеже са приказом питања везаних за (не)урачунљивост и типологијом менталних поремећаја који су узроковани злоупотребом наркотика.

а) Акутна интоксикација је, као што је већ речено, стање психичких, телесних и понашајних промена, које настаје при појединачном узимању неког наркотика. У поступцима вештачења, ова стања могу имати два модалитета, који имају различите и психијатријске, а посебно правне импликације. Наиме, акутна интоксикација неким наркотиком код извршиоца кривичног дела може настати и код извршилаца који нису зависници од дрога и код делинквената који су зависници од те супстанце.

Ни психијатријска, а посебно ни правна позиција наведених извршилаца није иста. Наиме, није идентичан психијатријски статус особе која спорадично узима наркотик и оног лица које то чини стално, неконтролисано и неумерено. Такође (а то је битно за право), није једнака позиција у односу на вољни моменат за узимањем наркотика код особе која повремено узима наркотик и код оне која је зависник, где жудња, у форми принуде да се наркотик поново узме, води зависника у понашање у циљу набавке и стварања предуслова за поновним узимањем дроге.

Са медицинског, посебно психијатријског становишта, акутна интоксикација је стање затрованости организма неком психоактивном супстанцом, са мноштвом психичких, телесних и понашајних измена и вештаци ову појаву треба тако да третирају. При томе процењују (у зависности од учесталости употребе дроге, врсте и узете дозе наркотика итд.) у ком степену су нарушене психичке способности у овом стању привремене душевне поремећености и да ли то стање доводи до неурачунљивости или битно смањене урачунљивости. Уз то је потребно дати и одговор да ли се ради о акутној интоксикацији зависника или лица које ретко узима наркотик.

Међутим, управо од овог што је задње наведено зависи правна позиција извршиоца деликта у стању акутне интоксикације изазване употребом дроге.

Наиме, уколико се ради о извршиоцу кривичног дела који ретко или спорадично узима наркотику и да је дело извршио у стању неурачунљивости или битно смањене урачунљивости, право ће применити одредбе наведене у чл. 24. Кривичног законика Србије, одређене као Скривљена неурачунљивост (скривљена битно смањена урачунљивост). Наиме, примениће се правни принцип *actiones liberae in causa*, који кривицу делинквента сагледава не у време када је услед употребе наркотика наступила неурачунљивост (битно смањена урачунљивост), већ у време пре него што је почео да се доводи у наведено стање. Другим речима, сагледава се да није било патолошких елемента који су утицали на почетак примене наркотика (примена је резултат слободне воље и жеље да се оствари очекивано дејство дроге) и да је будући делинквент могао да зна или је знао да применом наркотика може настати таква измена понашања која може имати и карактер кривичног дела. Самим тим, и поред постојања стања неурачунљивости постојаће кривица за извршено кривично дело, односно стање битно смањене урачунљивости неће бити основ за блаже кажњавање (Стојановић, 2006: 102).

Уколико је акутна интоксикација утврђена код делинквента који је зависник, промена психичког стања се мора разматрати у склопу постојећег душевног обољења, тј. болести зависности. Овде постоје и биолошки и психолошки основ умањења урачунљивости или њеног искључења у време извршења деликта, с тим да се је нужна индивидуална процена. Онда када се дрогираност зависника одликује психопатолошким феноменима који указују на отуђење од реалитета (халуцинације, сумануте идеје, поремећај контроле афективних и импулсивних поступка, а тиме и контроле агресивних побуда и др.) углавном ће уследити мишљење да је постојала

неспособност схватања значаја дела и управљања својим поступцима. Уколико постоје блажи поремећаји психичких функција, углавном следи изјашњење о умањењу урачунљивости, а да ли ће то бити у степену који је битан или само смањен, али не и битно, зависиће од сваког конкретног случаја.

На овом месту треба указати и на околност која се ретко примењује у правосудном раду, посебно на почетку фазе истраге или чак у предистражном поступку. Наиме, када се добију подаци да је делинквент био под утицајем наркотика у време извршења дела, та околност се веома ретко проверава применом доста позуданих лабораторијских тестова, иако због кратког интервала то може лако доказати. Тако се, веома често, вештак после протока значајног временског периода сусреће са одбраном учиниоца да је у време извршења дела био у фази дрогираности, а више нема могућности да се то и објективно утврди. У таквим ситуацијама вештак давање налаза мора да уподоби постојећем чињеничком стању, чак и када можда оно није реално, али је оно пропуст других, а не вештака. Због тога и потреба да се лица која воде ове поступке и даље едукују да примене постојеће начине утврђивања присуства наркотика у организму, како би се избегле ситуације да се судски психијатар налази у сфери спекулативних момената. Овакво поступање, не само да олакшава психијатријску процену, већ би помогло и правницима у утврђивању чињеничног стања и доношењу што објективнијих пресуда.

б) Зависност од наркотика, као душевно обољење спада у биолошке основе умањења или искључења урачунљивости. Наравно, интензитет психичких измена зависиће од бројних фактора, а пре свега од наркотика који је довео до болести зависности, дужине трајања болести, начина узимања дроге, ранијих иксустава са доживљавањем апстиненцијалног синдрома (наркоманских криза).

Према психичком стању у коме се зависник може наћи у време извршења кривичног дела углавном се срећу следеће ситуације: да је зависник био у фази акутне интоксикације (дрогираности) у време извршења дела, о чему је већ било речи, да се налазио у стању постојања апстиненцијалног синдрома („кризе“), са испољеним феноменима физичке и/или психичке зависности, ситуација да се зависник налази у тзв. продуженом апстиненцијалном синдрому, тј. да је дело извршено у периоду када је зависник прекинуо узимање наркотика пре неколико недеља или месеци, али се благи феномени зависности и даље одржавају (Крстић, 1996: 113).

Уколико је дело извршено када се зависник налазио у апстиненцијалном синдрому, посебно када је у питању „криза“ настала прекидом узимања

тзв. “великих дрога” (хероин, кокаин, екстази и др.) због постојања изражених феномена и физичке и психичке зависности, моћ расуђивања, а посебно одлучивања могу бити веома значајно умањене, па чак и искључене. Наиме, жеља да се избегну веома мучна телесна и психичка доживљавања неузимањем наркотика, као и жудња (са снагом присиле за зависника) да се наркотик поново узме, воде у деликте најчешће имовинско-правног карактера, преваре, фалсификате, односно облике понашања који ће омогућити зависнику да обезбеди начин и средства да наркотик поново набави и узме. Код тешких наркоманских криза и даље ће углавном постојати спознаја да то што чине представља крвична дела, може се рећи да је способност схватања значаја дела очувана (сем ако нема психотичних испољавања). Међутим, значајно је нарушена способност управљања својим поступцима, јер жудња и поменута непријатна доживљавања усмеравају понашање зависника у наведеним правцима и само је то у центру њихове свести (наћи начин да се дрога набави и поново узме). Зато је и способност управљања својим поступцима умањена, углавном у битном степену или чак искључена. Самим тим, пошто је једна од психиолошких компоненти урачунљивости тако умањена, правник ће наведени налаз вештака ценити као да постоји битно смањена урачунљивост или неурачунљивост *tempore delicti*.

Оно што често прави проблем у овим проценама је околност да се често води поступак против зависника за већи број деликата који су извршени у даљој прошлости, да се сам делинквент зависник не може сетити да ли је тада био дрогиран или у „кризи“, па се јавља ситуација да се са тешкоћом може одговорити у ком степену је била умањена урачунљивост за свако дело понаособ, како је једино по праву правилно. Тада су вештаци принуђени да се изјашњавају о целокупном периоду, према постојећим подацима добијеним од зависника, из медицинске документације и списка предмета. Други проблем је околност да вештаци често преглед врше месец-два од извршења дела, посебно када је зависник у притвору и када видимо зависника у доста опорављеном стању, а налаз се даје за период од неколико месеци пре обављања прегледа. И поред инсистирања код органа који воде поступак да се ова вештачења обављају што пре, нажалост то често изостаје, па је потребно бар у пеналним условима оформити и едуковати медицинско особље да препозна ова стања и наведе их у медицинској документацији установа у коме се притвор реализује. То значајно помаже вештацима да уопште утврде да ли се ради о извршиоцу дела који је зависник или не, као и да се према том опису створе основи за добру форензичко-психијатријску процену.

Ако се ради деликту у продуженој апстиненцији, као периоду када је зависник релативно скоро прекинуо са узимањем наркотика, урачунљивост је или очувана или смањена, али не и у битном степену, што ће бити предмет индивидуалне оцене.

3.2. Судско-психијатријски аспект менталних поремећаја узрокованих злоупотребом дрога у грађанскоправној области

Правни послови обављени у фази дрогираности (акутне интоксикације) су релативно ретки, а ако се обаве, процењиваће се до каквих и коликих психичких измена је то стање довело код те особе. Уколико су у питању благи поремећаји психичких способности, схватање правног посла и његових последица може бити очувано, док код теже измењености, ове способности су и са сазнајног и са вољно-мотивационог аспекта битно нарушене или искључене.

Када је у питању зависност од наркотика у грађанскоправном смислу може се поставити више питања: оцена пословне способности зависника у поступку за лишење исте, оцена учињених правних послова, процена у поступцима за развод брака и поверу деце, као и процене у домену радно-правних односа.

Особу која је зависник од дрога, за знацима физичке и психичке зависности треба потпуно или делимично лишити пословне способности, јер психичке измене до којих болест доводи их чини у време болести умањено способним или неспособним да се адекватно и самостално брину о себи, својим правима и интересима, а и својим поступцима могу нанети штету себи и блиском окружењу. То, наравно, не значи да се ради о трајном статусу тих особа, јер уколико је болест излечена, успостављена апстиненција у дужем периоду, и нема неких трајних психијатријских оштећења, пословна способност се може делимично или потпуно вратити.

Правне радње (отуђење дела имовине, имовинско-правни уговори и сл.) учињене у апстиненцијалном синдрому су код тежих облика ових стања учињене у циљу болесне потребе да се дође до начина да се наркотик поново набави и користи, те су у односу на те правне послове ове особе неспособне за расуђивање и одлучивање, што би у правном смислу водило поништају ових правних послова. У случају лакших облика овог синдрома, углавном код постојања само психичке зависности, процена пословне способности је индивидуална, а параметри процене биће личност и њене карактеристике, врста наркотика који се користи, дневна доза, начин узимања и др. Уколико зависност прате и психотични поремећаји тада ће,

због поремећаја теста реалитета, способности расуђивања и одлучивања, у принципу, бити искључене или веома значајно смањене.

Зависност од дрога, у принципу, чини те особе неподобним да им се повери дете, све док ово стање постоји и док се не утврди квалитетно и трајно излечење и рехабилитација и ресоцијализација. Ако је правац тока лечења и еволуције болести такав, када се добро стање успостави, могу се ове личности и одредити као оне којима се поверава дете, што ће зависити од саме конкретне ситуације и других, посебно социо-економских околности.

У домену радно-правних односа (оцена преостале радне способности, откази услед повреде радне дисциплине или радне обавезе), постојање зависности од дрога, као болести, може умањивати радне способности или утицати на мишљење да зависник није био способан за расуђивање у односу на повреду радне обавезе или радне дисциплине. И овде је неопходна индивидуална процена, према степену изражености болести, оштећењу психичких процеса, а евентуалне психотичне компликације или органска оштећења мозга и измена психичких процеса услед тога повећавају могућност за психијатријску процену да је изостала способност расуђивања и одлучивања у тим периодима.

4. Закључак

Судско-психијатријски аспект злоупотребе, а посебно зависности од дрога, само је један од приступа сагледавању ове изузетно раширене, друштвено негативне појаве. Истовремено ова област је и интердисциплинарна, јер повезује на специфичан начин право и психијатрију, како са теоријског, тако и са практичног становишта.

Злоупотреба наркотика је озбиљан медицински и психијатријски проблем, јер осим поремећаја на плану менталног здравља, доводи и до других озбиљних оштећења здравља, а, нажалост, повремено и до фаталних последица.

У овој области судско-психијатријски аспект може се огледати у свим областима права, посебно оним из домена кривичног и грађанског права.

У раду је посебно приказана активност судских психијатара у поступцима форензичко-психијатријских вештачења особа код којих су наступили ментални поремећаји услед злоупотребе наркотика. У области кривичног права она су доминантно усмерена на процену урачунљивости извршилаца кривичних дела из ове групације, а некада и на процену ризика за понављање кривичних дела због постојања душевних поремећаја узрокованих употребом дрога, кроз призму предлога за примену мере

безбедности обавезног психијатријског лечења наркомана, како у одређеним установама, тако и кроз систем амбулантно-диспанзерског третмана. У области грађанског права, иако знатно ређа, психијатријска вештачења ових лица могу се обављати у поступцима за лишење пословне способности, код сагледавања њихових менталних способности за обављање одређених правних послова (посебно имовинско-правног карактера), као и у поступцима процене њихове радне способности или процене за расуђивање (и одлучивање) код повреда радне обавезе или радне дисциплине.

У склопу овога је и изложена тематика рада, који представља начин да се ови поремећаји сагледају и са судско-психијатријског становишта, и тиме допринесе свеобухватном сагледавању појаве као што је злоупотреба дрога. Овим се потврђује и чињеница да је ова проблематика мултидисциплинарног карактера, те захтева ангажовање стручњака и научника из различитих области у њеном сагледавању, али и у борби да се иста сузбије или умањи. Овај проблем је неопходно решавати перманентно, пратити облике његовог испољавања и негативне последице до којих доводи, што упућује на сталну активност целокупне друштвене заједнице и њених стручних и професионалних сегмената у решавању или умањивању штетних консеквенци до којих ментални поремећаји који су узроковани злоупотребом дрога доводе.

Литература

Bureau of Justice Statistic USA, 1987

Craft, M., Craft, A. (eds.). (1984). *Mentally abnormal offenders*. Eastbourne: Bailliere Tindal

Chiswick, D., Cope, R. (eds.). (2001). *Practical forensic psychiatry*. Glasgow: Gaskell

Curann, W. J., Mc Garry, L. A., Shah, S. A. (1986). *Forensic psychiatry and psychology*. Philadelphia: F. A. Davis Company

Ђирић, З. (2013). *Основни судске психијатрије*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Ђирић, З., Димитријевић, Б. (2009). *Основи судске психијатрије и судске психологије*. Ниш: СКЦ

Горета, М., Пеко-Човић, И., Бужина, Н. (2004). *Психијатријска вештачења, Збирка експертиза, Књига прва: Казнено право*. Загреб: Наклада

Илић, Б. (2005). *Феноменологија агресивности делинквената*. Ниш: Свен

Илић, Б. (1998). *Психилошки профил адолесцентних наркомана (магистарски рад)*. Београд: Филозофски факултет

Капамаџија, Б. (1989). *Форензичка психијатрија*. Нови Сад: Дневник

Класификација менталних поремећаја и поремећаја понашања, Клинички описи и дијагностичка упутства. (1992). Београд: Завод за уџбенике и наставна средства

Ковачевић, Р. (2000). *Форензичка психијатрија*. Бања Лука: Центар за публикације Правног факултета

Кривични законик са образложењем за доношење Кривичног законика. (2006). Београд: Правноистраживачки центар

Крстић, Б. (1996). *Судска психијатрија*. Ниш: СКЦ

Стојановић, З. (2006). *Коментар кривичног законика*. Београд: Службени гласник

Zoran Ćirić, D.M.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Forensic Psychiatry Approach to Mental Disorders Resulting from Substance Abuse

Summary

In the last few decades, mental disorders resulting from substance abuse have become a frequent phenomenon, which features diverse forms and degrees of severity. In addition to being a medical and extremely harmful social phenomenon, substance abuse (commonly known as drug or narcotics abuse) is frequently a subject matter of research in many sciences or scientific disciplines, such as medicine, psychology, sociology, legal science, etc.

Drug abusers may develop diverse mental disorders, which largely depends on the type of psychoactive substance which is being abused and the method of taking narcotics (including frequency, daily dose, mode of administration, etc.). In this paper, the author provides an overview of different types of mental disorders according to the applicable International Classification of Mental and Behavioral Disorders. The disturbance of mental functions due to drug abuse (which may or may not result in the development of a mental disorder) changes the perception and behaviour of drug users. The disturbance of mental functions

becomes particularly prominent in the circumstances where substance abuse has turned into a drug addiction; the basic characteristic of the dependence syndrome is an irresistible urge (craving or even compulsion) to take the substance in order to enjoy its effects again or to avoid/relieve the drug addiction crisis or the abstinence syndrome, which may be extremely painful and agonizing.

As a consequence of these mental disturbances and other disorders arising from drug addiction, human behaviour may be disrupted to such an extent that a person may demonstrate some criminal conduct, which ultimately makes these mental disorders highly relevant in the field of criminal law. Given the fact that the criminal offender is a drug abuser who may have different forms of mental disorders, there is a need to consider the offender's mental capacity (sanity), which ultimately makes these mental disorders highly relevant from the point of view of forensic psychiatry.

The author's primary goal in this paper is to present the basic postulates underlying the perception of drug abuse and drug addiction in forensic psychiatry, both from the theoretical and practical point of view. In exploring the practical aspect of this issue, the author focuses on presenting the basic principles of forensic-psychiatric expertise of criminal offenders who have been diagnosed as having mental disorders caused by drug abuse. The expertise includes different aspects of assessing mental disorders: giving professional opinions on the offender's mental capacity (sanity), assessing the potential danger of recidivism or commission of a more serious criminal act, and giving proposals for relevant security measures concerning the mandatory treatment of drug addicts both in outpatient clinics and in other relevant in-patient medical institutions.

Given the fact that mental disorders stemming from drug abuse frequently have numerous financial, family and professional implications, the author presents some forensic psychiatric attitudes pertaining to the assessment of contractual capacity of these persons, the assessment of their working capacity (including the remaining working ability or temporary inability to work), the assessment of mental capacity for exercising the parental right or custodianship rights. In that context, the author provides the forensic psychiatric aspects of these mental disorders from the aspect of civil law.

Drug abuse and drug addiction involve serious and complex socio-pathological problems which are difficult to treat/cure. This paper is the author's contribution to casting light on these issues, primarily from the aspect of forensic psychiatry.

Key words: drug abuse, addiction, forensic psychiatry.

Др Миомира Костић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

Филип Мирић*
Докторанд Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK:343.97

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

ГЛОБАЛИЗАЦИЈСКЕ ТЕОРИЈЕ О КРИМИНАЛИТЕТУ**

Апстракт: Процес глобализације је захватио све друштвене токове, па тако није заобишао ни криминалитет. Његово деловање се највише уочава у развоју нових облика криминалитета, који умногоме превазилазе националне оквире држава и добијају наднационални карактер. Ту се, пре свега, мисли на различите форме организованог криминалитета, али и на одређене његове облике који представљају својеврсно државно насиље и чије се последице огледају у систематском кршењу људских права. Такође, процес глобализације криминалитета је условио формирање интернационалних организација (Interpol, Eurojust), које имају за циљ сузбијање криминалитета који превазилази националне оквире.

Нови облици криминалитета условљени глобализацијом захтевали су и нови приступ у њиховом проучавању. Постојеће криминолошке теорије су се показале недовољним у објашњавању свих узрока који доводе до појаве криминалитета. Неопходно је било креирати нове теорије и нова учења о узроцима криминалитета. У непрекидном процесу развоја криминологије, у непрестаном трагању за новим објашњењима узрока криминалитета, у оквиру социолошких теорија, настале су и глобализацијске теорије о криминалитету. Фокус глобализацијских теорија о криминалитету је управо на његовој превенцији, на смањењу ризика од његове појаве. То свакако представља позитиван помак, јер пажњу криминолога помера с непосредних узрока

* kostic_miomira@yahoo.com

* filip@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

криминалитета и усмерава је на изучавање њихове интеракције, која је у великој мери социјално условљена. Циљ рада је да укаже на то да глобализацијске теорије не треба посматрати изоловано од осталих криминолошких теорија и учења, већ да оне, иако релативно нове, доприносе стварању једног заокруженог система криминолошких учења, у циљу проналажења оптималног друштвеног одговора на криминалитет.

Кључнеречи: *криминологија, социолошка објашњења криминалитета, глобализацијске теорије, управљање криминалитетом, ризично друштво.*

1. Увод

Употреба речи глобализација у свакодневном говору грађана, представника власти и политичара, научника, често поприма значај упоришта за њихове *за*, или *против* аргументе, у односу на схватање које заступају. Понекад, њихова почетна полазишта и крајњи закључци које износе, у покушају да их споји смисао појма глобализација, добијају крајње неповољан исход и звуче контрадикторно. Стога, разматрање питања глобализације и глобализацијских процеса у савременом тренутку живљења захтева почетно објашњење, односно извориште овог појма.

Глобализација је процес интеракције и интеграције између људских бића, компанија, влада различитих држава, процес који се одвија путем међународне трговине и инвестирања, а који је потпомогнут информационом технологијом.¹ Процесом глобализације утиче се на: природну околинду; културу; политичке системе; економски развој и просперитет; као и на физичку добробит људи у друштвима широм света.

Глобализација не представља неку посебну новину. Хиљадама година уназад, најпре људи, појединци, а потом и предузећа, куповали су и продавали робу између себе, у различитим државама и на великим раздаљинама. Отуда се и данас изучава кретање трговаца на Пату свиле, који се протезао преко Централне Азије и повезивао Кину са Европом, током средњег века. Слично томе, вековима уназад, предузетници и предузећа инвестирали су у исплатива пословања изван својих матичних држава.²

Међутим, политички и технолошки развој, у последњих неколико деценија, подстакли су раст у међуграничној трговини, инвестирању и миграцијама

1 *What is Globalization*, Retrieved 6, August 2014, from <http://www.globalization101.org/what-is-globalization/>

2 *Ibid.*

становништва, у толикој мери да се често расправља о квалитетно новој фази у развоју људског друштва. Егзактни нумерички подаци показују да је од 1950. године обим светске трговине нарастао бар за двадесет пута више у односу на време пре тога, а да су за само две године, од 1997. до 1999, страна улагања дуплирана на светском нивоу, од 468 билиона долара на 827 билиона долара. Оваквом напретку допринели су економски системи слободних тржишта, који су широко развили своје сопствене стваралачке могућности, неусловљене затвореним границама, што и омогућава развој трговине добара, услуга и инвестиција.³

Битисање у свету глобализацијских процеса подразумева и живљење у глобалном „ризичном друштву“. Овим феноменом бавио се социолог Ulrich Beck, тврдећи да је ризично друштво „неизбежно структурално стање узнапредовале индустријализације“ (Beck, 2006: 333), и да, према тумачењу Giddens (2005), „није ограничено само на ризике по здравље и животну средину – оно укључује читав низ повезаних промена у савременом друштвеном животу(…)“, „тако да његови ризици нису просторно, временски или друштвено ограничени“ (Giddens, 2005: 73). Beck, посредно, без навођења криминалитета као масовне друштвене појаве, у први план ставља терористичке мреже, називајући их „потенцијалном катастрофом“ (Beck, 2006: 329), чиме указује и на најтежи облик друштвених девијација, односно криминалитет.

Стога, ризично друштво, како на то указује и Jarvis, анализирајући учење Beck-а, у ствари обухвата много шири колективитет, у смислу стварања друштвено нежељених последица. Ту спада пораст „опаких друштвених активности и криминалног девијантног понашања, што води слому цивилног друштва у одређеним његовим деловима, гетоизацији појединаца, и ствара друштвено дисфункционалне класе особа и повећава ризик по друге за повећање нивоа криминалитета, или ризика по личну безбедност“ (Jarvis, 2008: 11).

Несумњиво је да је процес глобализације захватио све друштвене токове, па тако и криминалитет. Његово деловање се највише уочава у развоју нових облика криминалитета, који у многоступењу превазилазе националне оквири држава, и добијају наднационални карактер. Тиме су, пре свега, обухваћени различити облици организованог криминалитета, као и одређене његове форме, које представљају својеврсно државно насиље и чије се последице огледају у систематском кршењу људских права. Такође, процес глобализације криминалитета је условио формирање интернационалних организација, као што су Interpol, Eurojust, на пример,

3 Ibid.

које имају за циљ сузбијање криминалитета који превазилази националне оквире.

Нови облици криминалитета, условљени глобализацијом, захтевали су и нови приступ у њиховом проучавању. Постојеће криминолошке теорије су се показале недовољним у објашњавању свих узрока који доводе до појаве криминалитета. Неопходно је било креирати нове теорије и нова учења о узроцима криминалитета. У непрекидном процесу развоја криминологије, у непрестаном трагању за новим објашњењима узрока криминалитета, у оквиру социолошких теорија, настале су и глобализацијске теорије о криминалитету, којима аутори у свом раду посвећују посебну пажњу.

2. Управљање криминалитетом и ризично друштво

Како се слика криминалитета у савременом друштву мења, неминовно долази и до промене у сфери друштвене контроле и реда, али и у области криминолошких истраживања и теорија. Савремени криминалитет, као и друштвене одговоре на њега, готово је немогуће објаснити без узимања у обзир ширих, глобализацијских процеса, па су се тако развила и објашњења криминалитета у којима ти процеси заузимају централно место. Поред глобализације, кључни теоријски концепти, који су уједно и кључне тачке пресека криминолошког истраживања и ширег домена социјалног и политичког деловања у савременом друштву, јесу и појмови: управљање криминалитетом и ризично друштво (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2012: 330), који се даље операционализују кроз неколико глобализацијских теорија о криминалитету. У најужој вези с процесом глобализације је и концепт транснационалног организованог криминалитета. Он се у великој мери ослања на социолошки концепт глобализације, који означава начин на који се свет трансформише у јединствен глобални систем, и начин на који се свет сужава, увођењем нове технологије, експанзијом интернационалне трговине и међународном поделом рада (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2009: 194).

Процесом глобализације и његовим утицајем на криминалитет, у савременој криминолошкој теорији углавном су се бавили криминолози социолошке оријентације. Ово је разумљиво, јер је реч о једном од најзначајнијих друштвених процеса који умногост обликује савремени свет и односе у њему. Sigmund Bowman, познати теоретичар глобализације, сматра да је „глобално обликовање“ једна од најзначајнијих карактеристика нашег времена. Глобализација је као таква добила централно место у друштвеним наукама, као и у медијима и у политичким расправама. Поред Bowman-а, два значајна теоретичара глобализације су Beck и Giddens (Konstanti-

nović Vilić, et al, 2012: 330). Гиденс сматра да „глобализација може бити дефинисана као појачавање друштвених веза широм света које повезују удаљене локалитете, на такав начин да су локална дешавања обликована догађајима који се дешавају миљама и миљама далеко и обрнуто“. Глобализација није феномен који се дешава „тамо негде“ (Gidens, 2005: 65). То није само процес који подразумева утицај удаљених догађаја и односа између држава, већ се мора имати на уму да њене ефекте доживљавају и осећају сви локалитети, који не могу више себе изоловати од догађаја и процеса који се дешавају на другом месту (Loeder, Sparks, 2005: 97). Такође, Giddens сматра да политика еманципације представља политику шанси. За разлику од ње, политика живота радикално мења параметре друштвених вредности, како на индивидуалном, тако и на колективном нивоу. То је политика самоактуализације у рефлексивно уређеном окружењу, где рефлексивност повезује индивидуалности у глобалну целину (Giddens, 1991: 214). Због тога је разумевање процеса глобализације неопходно за разумевање савремених облика криминалитета, како националног тако и међународног, јер је један од производа саме глобализације и глобализација криминалитета.

Криминолози, изучавајући феномен глобализације криминалитета, настоје да пронађу одговор на питање који то друштвени чиниоци утичу на развој организованих облика транснационалног криминалитета. Castels сматра да постоји велика тензија између појава против којих се борба води на локалном нивоу и њихових значења чије се формирање одвија на националном нивоу. Пребацивање одговорности да се борба против транснационалног криминалитета води само на нивоу појединих држава, значило би неоправдано и нереално оптерећење самих држава. Криминалне организације мрежног типа могу својим криминалним деловањем да подрију темеље држава. Због тога криминалне мреже постају предмет изучавања савремене криминологије, посебно у вези с питањем ефективности контроле криминалитета (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 331). Промена расподеле богатства, у појединим урбаним срединама, може довести до промена у структури криминалитета, али треба водити рачуна да се однос између ове две појаве исувише не поједностави. Иако на појаву појединих облика криминалитета утичу дешавања на сасвим другом крају света, ипак они и даље остају обликовани у великој мери извесним локалним утицајима.

Када се има у виду утицај глобализације на криминалитет и на поједине његове појавне облике (посебно на различите форме организованог криминалитета), треба имати у виду значај криминалнополитичких мера. Оне зависе од могућности појединих земаља да се активно супротставе

глобализацијским процесима који често доводе до наглог повећања броја појединих кривичних дела. Ово је посебно изражено код трговине људима и оружјем и проституције. Проучавање ризика од криминалитета је посебно битно у његовој превенцији, али и за процес креирања најбољег друштвеног одговора на ову негативну појаву. У непосредној вези с феноменом ризика од криминалитета је и страх од криминалитета. Ова појава је била предмет бројних криминолошких истраживања. Како Beck и Giddens истичу, страх од опасности и несигурности је повезан и са свим опасностима и несигурностима до којих неминовно доводе процеси модернизације и глобализације. Егзистенцијална и економска нестабилност генеришу друштвена трагања за сигурношћу. У вези с тим је и промена друштвеног одговора на криминалитет, која се огледа у сталном повећању његове репресивности, али и у пребацивању одговорности за сузбијање криминалитета с државе на грађане. Али, тиме држава није изгубила своју кључну улогу на плану превенције криминалитета. Пре би се могло рећи да су циљеви њеног деловања, надлежност и делатности њених органа преобликовани. Битни сегменти тог преобликовања су: децентрализација установа правосудног система; укључивање приватног сектора у послове који су до скоро били у искључивој належности државе (приватизација затвора, послова сигурности и сл.); и креирање послова превенције криминалитета на нивоу локалне заједнице (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 331). Тако су појединци постали важан чинилац у превенцији криминалитета.

У оквиру литературе о глобализацији и криминалитету посебно се изражава забринутост због спорог стварања мреже и институција контроле криминалитета на међународном нивоу. За сада, у том погледу, највећи напредак је постигнут у домену полиције. После оснивања Интерпола, појачана је сарадња полиције САД и ЕУ на пољу сузбијања организованог криминалитета, као и оних који се тичу имиграције и политике азила, као и у смислу покушаја оснивања институција и програма обуке који имају за циљ размену информација и вештина међу европским полицајцима, тужиоцима и судијама (Konstantinović Vilić, et al, 2012: 332). Охрабрујући су и други помаци у погледу проналажења глобалног одговора на сузбијање криминалитета, попут мобилизације грађана због еколошког криминалитета и друштвених покрета и кампања против државног криминалитета и кршења људских права, који су резултат деловања многих интернационалних организација: ЕУ, ОУН, Савет Европе и сл.

3. Глобализацијске теорије о криминалитету

Како су добро приметили Лодер и Спаркс, питања сигурности и реда се тренутно брзо и радикално мењају и сигурно је да се криминологија овим новим тема не може бавити на стари начин. Интелектуално озбиљна, светска криминологија за XXI век ће бити она која настоји да, концептуално, емпиријски и нормативно, да смисао нормативној слици криминалитета, реда и контроле (Loader and Sparks forthcoming). И поред несумњивих предности које процес глобализације има у виду стварања предуслова за континуирани развој друштва, сасвим је јасно да он доводи и до пораста најсложенијих облика криминалитета, што представља један од највећих проблема с којима се суочава савремена криминолошка мисао.⁴ Тако је за криминологију посебно значајно то што је глобализација променила угао гледања на транснационални криминалитет, узимајући у обзир и утицај индустријализације и урбанизације на овај криминолошки феномен (Weiss, 2000).

Три су основне криминолошке теорије које се баве утицајем процеса глобализације на криминалитет: Диркемова теорија модернизације, светска системска теорија и еколошка теорија могућности. У наставку рада ће укратко бити изнете најважније карактеристике сваке од наведених теорија.

Диркемова теорија модернизације је базирана на концепту поделе рада, индустријализације, урбанизације, друштвене дезорганизације, аномије модерних вредности и културе хетерогености (Neapolitan, 1997: 68). Процес модернизације наглашава нормативне обрасце, вредносне системе и савремене вредности, попут: универзализма, индивидуализма и оријентације ка успеху.⁵

Брзе промене у структури друштва доводе често до кршења правних норми. Норме модерног индустријског друштва замењују до тада важеће друштвене норме традиционалног друштва, стварајући неравнотежу у друштву. Ова неравнотежа слаби механизме формалне и неформалне контроле у друштву. У контексту процеса модернизације, урбанизација и миграција на релацији село-град имају снажан утицај на промену традиционалних друштвених норми. Индустријализација заправо урушава традиционалну породицу и друштвене вредности. Најизраженије

4 О утицају процеса глобализације на криминалитет и безбедносној култури у ери глобализације видети више: Бјелајац, Зиројевић, 2012: 77–99.

5 *The Globalization of Crime - Literature Review*, University of Colorado, Retrieved, 17 August 2014, from http://socs.colorado.edu/~kanner/Writing/Lit%20Review%20Globalization%20of%20Crime_Kloor.doc

је дејство модерних норми у урбаним срединама, док је мање изражено у традиционалним сеоским срединама. Као последица тога, у урбаним срединама долази до пораста аномије, друштвене дезорганизације и развоја криминалних супкултура. Без обзира на значај Диркемове теорије модернизације, њој се могу упутити и одређене критике. Кривична дела су заправо само она понашања које друштво препознаје као таква. Ова теорија је остала аполитична, јер се није бавила тиме колико политички процеси у једној држави утичу на појаву криминалитета, већ је већу пажњу посветила унутрашњим него спољним факторима криминалитета, што је, уједно, и њен највећи недостатак.

Марксова теорија узроке криминалитета проналази у постојећој неједнакости, а у глобализацији узрок транснационалног криминалитета. Светска системска теорија је инкорпорирала Марксово учење о конфликту, али је истовремено и истакла утицај економских фактора у криминогенези. Главни узрочни елементи криминалитета, у теорији светског система, су: „глобална економија и неуједначено ширење капиталистичког начина производње; међународни систем држава, класне структуре и сукоба; економска неједнакост; класна природа државе; и, ширење нових идеологија“.⁶ У оквиру ове теорије посебно се истиче да је колонијализам катализатор неравномерног развоја народа. Овај развој је компромитован глобалним капиталистичким системом слободне трговине. Као резултат тог система, појављују се периферне и полупериферне нације (Amin, 1974: 135; Wallerstein, 1974). Високоразвијене земље, као носиоци капитализма, „владају периферним и полупериферним народима“, с тим што ови други представљају својеврсну „тампон зону“ између развијених и неразвијених народа. Овај подређени положај је резултат хијерархије међу народима. Развијене земље користе природна богатства неразвијених, због чега неразвијене земље морају да користе производе развијених земаља.⁷ С друге стране, неразвијене земље не могу прекинути однос зависности, јер су њихове економије умногоме зависне од краткорочних социјалних и економских програма (Frank, 1969).

Када је реч о криминалитету, ова теорија наглашава да је неједнакост социјалних класа главни чинилац у криминогенези. Позиција народа у глобалној хијерархији одређује класну структуру народа, политичке институције и друштвене односе, што су све фактори који утичу на појаву криминалитета. Прекапиталистички обрасци економске самодовољности замењени су капиталистичким вредностима. Друштво улаже у правне механизме, ради редефинисања својинских права, на начин који доприноси

6 Ibid.

7 Ibid.

ширењу капитализма, истовремено настојећи да контролише пораст урбаног пролетаријата.

Следбеници ове теорије посматрају криминалитет у условима политичке и класне борбе и капиталистичког начина производње. Такође, у оквиру ове теорије криминалитет се класификује у две велике групе. Прву чине кривична дела извршена од стране капиталиста и водећих класа. Ова кривична дела се другачије називају злочинима репресије, или доминације. Другу групу кривичних дела чине „кривична дела преживљавања“. Између ове две групе кривичних дела постоји јасна условљеност, јер се кривичним делима репресије угрожавају нижи друштвени слојеви, чији припадници затим врше кривична дела да би преживели. Главни недостатак Марксове системске теорије је у томе што не узима у обзир интерне политичко-економске односе у једној држави, већ их посматра глобално, као факторе криминалитета. Марксова теорија, такође, не објашњава криминалитет ван капиталистичких друштава. Можда је највећи недостатак ове теорије управо у томе што друштвену хијерархију посматра као статичну творевину, а ера глобализације показује управо супротно, да је друштвена хијерархија променљива, и да се не може третирати као друштвена константа.

И коначно, трећа у низу глобализацијских теорија криминалитета је еколошка теорија могућности. Ова теорија објашњава настанак транснационалног криминалитета постојањем друштава која имају отежан приступ материјалним добрима, што у њима ствара могућности за несанкционисана противправна понашања. Стопа криминалитета се повећава када се „створи друштвени суфицит који повећава количину материјалних добара која могу бити украдена“.⁸ Истовремено расте покретљивост становништва, а механизми друштвене контроле остају статични, што за последицу, такође, има пораст криминалитета. Блиска овој је и теорија рационалног избора, према којој учинилац, приликом одлуке да изврши неко кривично дело, калкулише користима и штетом које му такво понашање може донети. Што је већа корист од извршења кривичног дела, већа је и вероватноћа да до тога заиста и дође.

Све изнета теоријска гледишта јасно указују на то да је процес глобализације уско повезан с различитим врстама криминалног понашања. Свака криминолошка теорија, која настоји да објасни узроке, услове и појаве криминалног понашања, јесте на изванредан начин идеолошки обојена, јер полази од одређеног идеолошког концепта. Тако посматрано, процес глобализације је у доба владавине марксистичког учења објашњаван

8 Ibid.

класном борбом, док се данас он све више тумачи тежњом развијених држава да лакше дођу до материјалних добара и енергената, који су им потребни за даљи технички, технолошки и друштвени развој. Ипак, изнете разлике нису такве природе да онемогућавају даља истраживања која би подробније испитала утицај који процес глобализације има на различите облике криминалитета.

4. Закључак

Глобализација је процес који је захватио готово сва друштва. Он је са собом донео низ погодности у смислу олакшаног трансфера вештина и знања, развој информационих технологија и готово неограничене могућности за просперитет народа у различитим областима. Али, осим тога, он је довео и до појаве различитих облика криминалитета који превазилазе националне границе и добијају транснационални карактер. Ово је посебно изражено када је реч о организованом криминалитету и појединим његовим облицима, попут: трговине људима, оружјем, или опојним дрогама. Осим тога, развојем интернета, деловање криминалних група и организација се преселило у „виртуелни свет“, а његове последице се и те како осећају у реалном свету. У ери глобализације посебну вредност имају природна добра, јер она омогућавају економски развој и проток информација, као услов за усвајање нових знања. Због тога криминалци испољавају све већу техничко-технолошку обученост. Високотехнолошкој обучености криминалаца потребно је успротивити још веће знање, обученост и опремљеност оних који се баве сузбијањем криминалитета, односно спроводе поступке формалне друштвене контроле. То је једини начин који може довести до сузбијања транснационалног криминалитета, који данас нема јасно одређених граница.

Процес глобализације је довео и до све веће економске зависности малих држава и народа у односу на високоразвијене земље. Лоша економска ситуација у тим земљама је условила повећање незапослености, што је последично довело до појаве „неоколонијализма“, који од некадашњег државноправног, све више добија економски карактер. Превазилажење таквих појава је у што равномернијем економском развоју и стварању услова за бољу и ефикаснију сарадњу међу државама, у циљу сузбијања различитих облика криминалитета. Потпуније теоријско изучавање процеса глобализације, у контексту савремених криминолошких теорија и учења, може свакако допринети постизању тог циља.

Литература

- Amin, S. (1974). *Accumulation on a World Scale*. New York: Monthly Review Press
- Beck, U. (2006). Living in the World Risk Society. *Economy and Society*. 35 (3) August. 329-345. Retrieved 13, August 2014, from <http://hudson2.skidmore.edu/~rscarce/Soc-Th-Env/Env%20Theory%20PDFs/Beck--WorldRisk.pdf>
- Бјелајац Ж., Зиројевић, М. (2012). Безбедносна култура у ери глобализације. *Култура полуса*. 23. 77–99. Доступно на адреси <http://kpolisa.com/КР23/кп23-II-3-BjelajacZirojevic.pdf>
- Frank, A. G. (1969). *Latin America: Underdevelopment or Revolution?* New York: Monthly Review Press. Retrieved 17, August, 2014 from <https://webfiles.uci.edu/schofer/classes/2014soc2/readings/7%20e%200%20Frank%201969%20Underdevelopment.pdf>
- Gidens, E. (2005). *Sociologija*. Beograd: Ekonomski fakultet
- Giddens, A. (1991). *Modernity and Self-identity. Self and Society in the Late Modern Age*. Cambridge: Polity Press
- Jarvis, D. (2008). Ulrich Beck, Globalization and the Rise of the Risk Society: A Critical Exegetic Analysis. Lee Kuan Yew School of public Policy, National University of Singapore: *Research Paper Series: LKYSPP08-003*. Retrieved 6, August 2014, from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162662
- The Globalization of Crime – Literature Review*. University of Colorado. Retrieved, 17 August 2014, from http://socsci.colorado.edu/~kanner/Writing/Lit%20Review%20Globalization%20of%20Crime_Kloor.doc
- Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2012). *Kriminologija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu
- Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*. Niš: Pelikan print
- Loeder, I., Sparks R. (forthcoming) Public Criminology?: Studying Crime and Society in the Twenty-First Century, London: Routledge. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, (2007). (ed. by: Mike Maguire, Rod Morgan, and Robert nReiner). Oxford University Press
- Neapolitan, J. L. (1997). *Cross-National Crime: A Research Review and Sourcebook*. Westport, CN: Greenwood Press
- Weiss, R. P. (2000). Introduction to “Criminal Justice and Globalization at the New Millennium”. *Social Justice*. 27(2). Retrieved 15, August 2014, from <https://www.socialjusticejournal.org/SJEdits/80Edit.html>
- Wallerstein, I. M. (1974). *The Modern World-System*. New York: Academic Press
- What is Globalization*, Retrieved 6, August 2014, from <http://www.globalization101.org/what-is-globalization/>

Miomira Kostic, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Filip Miric

PhD Candidate,

Faculty of Law, University of Niš

Globalization Theories of Crime

Summary

The process of globalization is affecting all areas of social life, and thus no exception crime. Its effect is most evident in the development of new forms of crime that transcends national borders and states receive a supranational character. This primarily refers to the various forms of organized crime, but also in certain of its forms, which are a kind of state violence and the consequences of which are reflected in the systematic violation of human rights. Also, the process of globalization of crime has caused the formation of international organizations aimed at combating crime which transcends national boundaries.

New forms of crime are conditioned by globalization demanded a new approach to their study. Existing criminological theories have proven inadequate in explaining all the causes that lead to crime. It was necessary to create new theories and new doctrines about the causes of crime. In the continuous process of development of criminology, in constant search for new explanations of the causes of crime, within the sociological theories have emerged and globalization theories of criminality, which the authors in their work special attention. The focus of the globalization theory on crime just on its prevention, to reduce the risk of its occurrence. This is certainly a positive step because it shifts the focus of criminologists with immediate causes of crime and focus on the study of their interactions, which is largely socially conditioned, which is especially prominent in the work. The aim of this paper is to point out that globalization theories should not be viewed in isolation from other criminological theories and doctrines, but that one, although relatively new, contribute to the creation of complete systems of criminological doctrines in order to find the optimal social response to crime.

Keywords: criminology, sociological explanations of crime, globalization theories, governance, risk society.

Др Дарко Димовски,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.811

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРИВАТНИ ЗАТВОРИ**

Апстракт: Аутор је, полазећи од околности које су допринеле стварању приватних затвора, образложио историјски развој приватних затвора у Сједињеним Америчким Државама и Великој Британији. Након тога, аутор је анализирао добре и лоше стране затвора којима управљају приватне компаније. Како се Република Србија константно у последњих двадесетак година суочава са порастом броја лица лишених слободе, као и са хроничном беспарицом што утиче на стање у индустријским погонима казнено-поправних установа, постоји могућност давања дозволе приватним компанијама да руководе затворима. Стога је аутор посебну пажњу посветио евентуалним проблемима увођења приватних затвора у пенитенцијарни систем у Србији.

Кључне речи: приватни затвори, историјски развој, Република Србија.

1. Увод

Реформом кривичног права, која је уследила доношењем француског Кривичног законика из 1791. године, и увођењем казне лишења слободе, дошло је до стварања посебних пенитенцијарних установа у којима се извршавала казна лишења слободе. Током историје дошло је до развоја различитих облика класичних пенитенцијарних система: систем заједничког затвора, систем ћелијског затвора – филиделфијски и обурнски (Димовски, 2008: 265–276), прогресивни систем – енглески, ирски, Маконокијев бодовни систем и женевски (Константиновић Вилић, Костић, 2011: 136–147). Временом неки од ових система су показивали одређење

* darko@prafak.ni.ac.rs

** Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

недостатке. Без обзира на то, у великом броју држава владајући систем у пенитенцијарним установама је ирски прогресивни систем. Иако ирски прогресивни систем показује добре резултате, у одређеним државама, попут Сједињених Америчких Држава, осамдесетих година XX века, дошло је до увођења приватних затвора, који се могу одредити као пенитенцијарна установа којом руководи, уместо државе, приватно предузеће.¹ Неки пенолози сматрају да су корени приватних затвора настали још у доба робовласништва, односно у доба тзв. chain-gang система, који се огледа у запошљавању затвореника ван пенитенцијарних установа крајем XVIII века у Пенсилванији (Roth, 2006: 56). Међутим, општеприхваћено је мишљење да се почетак приватних затвора везује за осамдесете године прошлог века, када је тадашњи кандидат за америчког председника Роналд Реган истакао да је америчка влада проблем и да је потребно приватизовати све што је могуће. За Роналда Регана се не може рећи да је први заступао став да приватна лица боље управљају великим системима, него држава. Наиме, још је трећи амерички председник Томас Џеферсон сматрао да држава лошије управља одређеним јавним системима у односу на приватне компаније. Стога је неопходно дозволити приватним компанијама да се надмећу у управљању јавним системима (Sellers, 1993: 14). Други разлог за увођење приватних затвора је дебата која се водила у то време, у вези примене строгих санкција за почињена кривична дела, уместо спровођења мера превенције (Selman, Leighton, 2010: 11). Избором Роналда Регана за председника Сједињених Америчких Држава, дошло је до приватизације бројних компанија и установа, које су били у власништву државе. Иако пенитенцијарне установе нису биле намењене за приватизацију, дошло се до тога да држава, притиснута повећањем броја осуђеника (што је довело до писања поднесака осуђеника судовима, који су препуњеност затвора окарактерисали као кршење амандмана 8 о забрани окрутне и необичајне казне), и немањем довољно финансијских средстава за изградњу нових пенитенцијарних установа, препусти приватним компанијама управљање већ постојећим затворима, као и изградњу нових затвора (Roth, 2006: 3).

2. Историјски развој приватних затвора

На идеју да приватна компаније преузме руководство над пенитенцијарним установама дошли су Томас Бесли (Thomas Beasley) и Роберт Крантс (Robert Crants) 1983. године. Они су током разговора са директором компаније Magic Stove били подржани у спровођењу своје идеје о управљању пенитенцијарним установама од стране приватних компанија. Том

1 What Is a Private Prison? Retrieved 10, November 2013, from <http://www.wisegeek.com/what-is-a-private-prison.htm>

приликом, директор компаније Magic Stove је рекао да ће бити ђаволски подухват да млад човек реши проблем пренатрпаности затвора, а да у исто време направи профит (Price, Morriss 2012: 56). Тако се почетак развоја приватних затвора у модерном смислу везује се за 1984. годину, када је држава дозволила да Корекциона корпорација Америке (Corrections Corporation of America – CCA) преузме контролу над управљањем пенитенцијарне установе у округу Хамилтон у Тенесију. Давање дозволе Корекционој корпорацији Америке сматра се првим уговором којим је омогућено да приватна компанија преузме у потпуности управљење једном пенитенцијарном установом. Током исте године, Корекциона корпорација Америке је изградила прву пенитенцијарну установу (Houston Processing Center) у Хјустону (савезна држава Тексас).² Већ наредне године поменута приватна фирма је понудила савезној држави Тенеси да преузме управљање целокупним пенитенцијарним системом за 200 милиона америчких долара годишње. Иако је такав предлог одбијен, због великог притиска јавности, Корекциона корпорација Америке успела је да прошири управљене различитим пенитенцијарним установама широм земље (Smith, 2012). Наиме, у наредним година Корекциона корпорација Америке је изградила и пенитенцијарне установе намењене малолетним делинквентима – Shelby Training Center, у округу Шелби у Тенесију. Јуна 1989. године отворен је први затвор за жене у Њу Мексику, док је наредне године отворена пенитенцијарна установа средњег степена обезбеђења саграђена од стране приватне компаније.³ Тренутно Корекциона корпорација Америке управља са више од 80.000 кревета у 65 пенитенцијарне установе.

У исто време настала је још једна компанија, у чијем опису посла је било управљање пенитенцијарним установама – GEO Group.⁴ Први затвор ова компанија је отворила 1987. године. Профит је оствариван закључењем уговора о транспорту са Бироом пенитенцијарних установа (Bureau of Prison – BOP), као и са државом и локалним самоуправама (Price, Morriss 2012: 48). Током 1992. године, заједничким улагањем са још једном приватном компанијом, GEO Group је почела да пружа услуге у вези транспорта затвореника и многе друге услуге. У аустралијској држави Њу Саут Велс (New South Wales) били су задужени за изградњу првог приватног затвора у овој области. У савезној држави Тексас ова приватна компанија отворила је пенитенцијарну установу која је специјализована

2 The CCA Story: Our Company History, Retrieved 11, November 2013, from <http://cca.com/our-history>

3 The CCA Story: Our Company History, Retrieved 11, November 2013, from <http://cca.com/our-history>

4 The Geo Group, Retrieved 11, November 2013, from <http://www.geogroup.com/history>

за третман осуђеника зависних од алкохола и психотропних супстанци. Компанија GEO Group је 1998. године почела да управља и психијатријском болницом у Јужној Флориди.⁵ Година 1999. представља тренутак када је GEO Group закључила 25-годишњи уговор са Јужноафричком Републиком о изградњи и управљању затвором највећег степена обезбеђења са 3.024 кревета у провинцији Лимпопо.⁶ Временом је GEO Group толико нарасла да тренутно управља са 24 пенитенцијарне установе у 12 савезних држава. О вредности компаније најбоље сведочи чињеница да редовно бележи раст профита. Тако је, на пример, само једне календарске године (2005. година) компанија забележила раст профита од 67,1%, док је током 2010. године GEO Group остварила укупно 1,27 милијарди америчких долара, што представља повећане од 11% у односу на претходну годину (Price, Morriss 2012: 56).

Појава приватних затвора није специфична само за Сједињене Америчке Државе. Наиме, концепт приватних затвора прихваћен је и у земљама попут Велике Британије, Јапана, Француске, Немачке, али и државама некадашњег источног блока – Чешка, Бугарска, Пољска. Концепт приватних затвора у Великој Британији је прихваћен за време владавине Маргарет Тачер крајем осамдесетих година прошлог века. Наиме, тадашња премијерка Велике Британије, Маргарет Тачер, желела је да прошири основе тржишне економије и на пружање јавних услуга, сматрајући при томе да ће пружање тих услуга од стране приватних компанија бити знатно боље и финансијски исплативије. Историјски развој приватних затвора у Уједињеном Краљевству може се поделити у четири периода: 1) период који се односи на припрему јавности за прихватање постојања приватних затвора – до почетка деведесетих година XX века; 2) период везан за почетак надметања између државних и приватних затвора – од 1990. до 1998. године; 3) период у којем постоје ситуације да се одређени приватни затвори враћају на управљање држави и обрнуто – од 1998. до 2010. године и 4) продубљено такмичење између државних и приватних затвора односи се на последњи период – од 2010. године до данас (Panchiama, 1).

Година која се сматра пресудном за почетак настанка приватних затвора је 1987, када је одговарајући одбор британског парламента предложио, као решење за пренатрпаност затвора и лоше стање у пружању услуга у затворима, давање дозволе приватним компанијама да управљају

5 South Florida State Hospital, Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geocarellc.com/Locations/SouthFloridaStateHospital.aspx>

6 Kutama Sinthumule Correctional Center, Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geogroup.com/maps/locationdetails/66>

затворима (Whitehead, Crawshaw, 2012: 67). Доношењем одговарајућег законског оквира 1990. и 1991. године, омогућено је држави да склопи уговор о управљању затвором од стране приватних компанија (Panchiama, 2). Године 1992. отворен је први приватни затвор којим је управљала компанија НМР Wolds. Закон из 1994. године створио је основу да приватне компаније могу не само управљати затворима, већ их и конструисати и изградити. У Велсу први приватни затвор је отворен 1997. године. Два затвора којима се управљало од стране приватних компанија, су, након истека уговора, враћена на управљање држави 2000. године. Вредност послова које обављају приватни затвори се креће око 4 милијарде фунти. Данас је Велика Британија земља у којој је пенитенцијарни систем највише приватизован од свих држава у Европи. Десет процената свих затвора у Енглеској и Велсу су приватизовани. Од укупне затворске популације у Енглеској и Велсу, њих 12,9% је смештено у приватне затворе (Panchiama, 1–2). У Велсу је тај проценат знатно већи. Наиме, проценат осуђеника који се налазе у приватним затворима иде чак до 43% (Great Britain: Parliament: House of Commons: Welsh Affairs Committee, 2010).

3. Аргументи за постојање приватних затвора

Генерално говорећи, постоје разлози за увођење приватних затвора у пенитенцијарни систем у једној држави, али, такође, постоје разлози који оспоравају постојање таквих затвора. У наредном делу рада, обратићемо пажњу на обе врсте разлога. Неке од разлога постојања приватних затвора на посредан начин смо већ споменули, приликом анализе разлога њиховог увођења у пенитенцијарни систем у Сједињеним Америчким Државама и Великој Британији. Наиме, изградњом приватних затвора долази до смањења пренатрпаности капацитета пенитенцијарних установа које се налазе под управљањем државе, јер приватни затвори „преузимају“ одређени број осуђеника.

Као други разлог за постојање приватних затвора може се, како је то сматрао истраживач Белс (Bales), навести достизање већих капацитета за смештај осуђеника по јефтинијој цени. Тако је, на пример, држави потребно преко две године да изгради једну нову пенитенцијарну установу, док су приватне компаније способне да је изграде за годину и шест месеци. Други истраживачи, попут Антонучија (Antonuccio), наглашавају да приватне компаније граде затворе на оним локацијама на којима се остварује највећи бенефит за локалну заједницу, при чему се обезбеђује посао за људе уз повећане количине новца који се троши у локалну заједницу.⁷ Такође,

7 Arguments For Private Prisons, Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

приватне компаније су у могућности да смање трошкове на тај начин што не губе непотребно време на административне послове, уз значајну редукацију новчаних средстава која су потребна за куповину различите опреме (Perrone, Pratt, 2003: 302). Како бисмо илустровали податак да су приватне компаније економичније приликом изградње пенитенцијарних установа, довољно је навести податак да је цена коштања изградње затвора од стране приватних компанија нижа за 24% у односу на затворе које гради држава (Wilson, 2011). Такође, као још један пример ефикасности приватних затвора може се навести пример из Хјустона, у савезној држави Тексас, у којој цена изградње затвора по једном осуђеничком кревету износи 14 хиљада долара и потребно време за изградњу износи шест месеци, док цена изградње затвора по једном кревету од стране државе износи 26 хиљада долара, и потребно време изградњу је преко 30 месеци (Michigan Privatization Report, 2003: 5). Цена коштања боравка једног осуђеника у пенитенцијарној установи је мања у приватним затворима за 3.40 долара, него у затворима под управом државе (Perrone et al., 2003: 315). Истраживачи Блекели (Blakely) и Бумпус (Bumphus) истичу да су приватни затвори смањили трошкове држави поводом смештаја осуђеница, јер њихов смештај, како су показала истраживања, више кошта него смештај осуђеника, на тај начин што су у приватне затворе на казну затвора упућивање особе женског пола.⁸

Још један разлог за давање дозволе приватним компанијама да преузму управљање над појединим пенитенцијарним установама је чињеница да пружају знатно боље услуге. Наиме, док су државни затвори често препуњени, тако да функционишу са попуњености капацитета од 113%, приватни затвори имају увек места за нове осуђенике, јер они раде са капацитетима који нису пуни – 82%. Успешнији програми за одвикавање од употребе психоактивних супстанци се примењују у приватним затворима. Наиме, 28% осуђеника из приватних затвора учествује у оваквим програмима, док само 14% партиципира у државним затворима. Осуђеници остварују већу зараду у приватним затворима у односу на осуђенике у државним затворима. Иако је та разлика мала, свега 10 центи по дану, с обзиром на дужину трајања појединих казни затвора, прави се значајна разлика у свеукупној заради осуђеника из приватних затвора.⁹ Истраживање, спроведено крајем осамдесетих година прошлог века од стране Чарлс Логана (Charles Logan), показало је да су приватни затвори

8 Arguments For Private Prisons, Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

9 Arguments For Private Prisons, Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

остварили боље резултате у поређењу са државним и у погледу животног простора који је намењен осуђеницима, степена безбедности, управљања и реда. Наиме, социолог Чарлс Логан је упоређивао три затвора за жене у савезној држави Њу Мексико, од којих је један приватни затвор, док једним државним затвором руководи Њу Мексико, док се другим руководи са федералног нивоа. Уједно, социолог Логан је истицао да приватне затворе одликују већа флексибилност и искуство управљачког кадра, ентузијазам, осећај припадности код припадника формалног система, као и њихово понашање строго по правилима предвиђеним у законском тексту и кућном реду (Logan, 1992: 577–613).

У приватним затворима је могуће испитати примену нове филозофије у начину извршења казне затвора, уз примену савремених пенитенцијарних програма, с циљем ресоцијализације и смањења стопе повратништва.¹⁰

4. Аргументи против постојања приватних затвора

Поред аргумената којима се оправдава постојање приватних затвора, постоје аргументи који се користе како се не би дозволила изградња приватних затвора. Најважнији аргумент за недавање дозволе приватним компанијама да управљају затворима је питање легитимитета. Наиме, сходно одлуци Врховног суда САД, држава не сме да допусти, на основу амандмана V и XIV,¹¹ да приватне компаније одлучују о, између осталог, праву на слободу, поготово што су приватне компаније основане ради остваривања профита. Такође, на питање легитимитета утиче и чињеница да запослени у приватним затворима често поседују акције одређење приватне компаније. Уједно, приватни затвори својим постојањем преузимају дискреционо и ексклузивно право државе да казни људе за учињено кривично дело. Како се људи често руководе материјалним интересима, могуће је да њихове одлуке буду управљене ка остваривању веће финансијске добити, а не ка поштовању људских права осуђеника.

Истраживачи, попут Андерсона (Anderson), наглашавају да, иако су приватни затвори основани како би се решио проблем хроничног недостатка простора у пенитенцијарним системима, њихово постојање није довело да нестајања овог проблема, док су се, истовремено, јавили проблеми хуманитарног и социјалног карактера. Законодавци, приликом одлучивања давања дозволе приватним компанијама да оснују затворе и њима руководе,

10 Arguments For Private Prisons, Retrieved 17, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

11 Више о овим амандманима видети: Due process, Retrieved 18, November 2013, from http://www.law.cornell.edu/wex/due_process

воде се само краткотрајним финансијским резултатима, не узимајући у обзир посредне дугорочне ефекте, попут рецидивизма и спровођења одређених правних процедура. Заговорници увођења приватних затвора истицали су могућност примене савремених пенитенцијарних програма, с циљем смањења стопе повратништва. Међутим, добијени резултати оповргавају овај став. Тако се, на пример, стопа рецидивизма не разликује код осуђеника/ца без обзира да ли су казну затвора издржали у државном или приватном затвору.¹²

Као још један аргумент против увођења приватних затвора у пенитенцијарни систем наводи се пословно оријентисана политика приватних затвора. Наиме, како се приватни затвори руководе стицањем профита, то неминовно доводи до смањења издвајања новца за примену различитих облика третмана, као и пружања различитих услуга. У већ поменутом истраживању професора социологије Логана, дошло се до резултата да су државни затвори остварили боље резултате у погледу пружања здравствених услуга и саветовања (Logan, 1992: 577–613).

Руковођећи само економским критеријумом, приватни затвори исплаћују мање зараде запосленима у различитим службама формалног система, уз коришћења мањег броја сати за њихову обуку. Тако је једно истраживање од стране Ченга (Chang) и Томпкинса (Thompkins) показало да службеници формалног система у приватним затворима зарађују 18.000 америчких долара, док ти исти службеници за исти посао у државним затворима зарађују 23.000 америчких долара, због чега долази до веће стопе флукуације броја оних који се запосле, односно дају отказ у приватним затворима током једне године. Та стопа флукуације запослених у приватним затворима износи 43%, док у државним затворима се креће око 15%. Од укупног броја оних који нису више запослени у приватним затворима, њих 71% да оставку, 21% буде отпуштено, 7% буде премештено у другу установу, док 0,6% оде у пензију, док се у државним затворима проценат запослених у разним службама који оду из затвора креће у следећим размерама: 63% од укупног броја запослених који више не раде у државним затворима сами су дали оставку, 15% је пензионисано, а њих 22% више на ради из непознатих разлога. Добијени резултати сугеришу да приватни затвори воде мање флексибилну политику од државних затвора у погледу запошљавања (Blakely, Vumphus, 2004). Уједно, у приватним затворима обука припадника службе обезбеђења траје за 35% мање од обуке службеника у државним затворима, што на посредан начин утиче у на сам квалитет обуке (Anderson, 2009). Поред тога, припадници службе

12 Arguments Against Private Prisons, Retrieved 18, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

за обезбеђење у приватном затвору у Охају носе оружје, иако пре тога нису прошли адекватну обуку.¹³

Упоредивањем броја осуђеника у односу на број службеника у приватним и државним затворима, увиђамо да је тај однос иде у корист државних затвора. Наиме, у приватним затворима постоји 6,7 осуђеника на једног затворског службеника за преваспитање и 3,7 осуђеника на остале затворске службенике. У државним затворима иде 5,6 осуђеника на једног затворског службеника за преваспитање, док 3,1 осуђеника иде на остале затворске службенике (Blakely et al., 2004). Ако добијене податке повежемо са стопом насиља у приватним и државним затворима, а она се креће од око 40 напада међу осуђеницима и 9 напада од стране осуђеника на затворско особље по приватном затвору, као 19 напада међу осуђеницима и 10 напада на затворске особље у државним затворима (Blakely, et al., 2004), можемо закључити да, због тога што приватни затвори запошљавају мање припадника различитих служби, то доводи до мањег степена безбедности у приватним затворима у односу на државне.

О слабом раду службе обезбеђења сведочи податак да се у приватним затворима налази већа количина психоактивних супстанци, него у затворима под управом државе (Camp, Gaes, 2000: 6). Иако је број бекстава из затвора релативно мали, већи број бекстава се догађа у приватним затворима. Тако је, на пример, током 1999. године било 23 бекства из приватних затвора, док је те исте године из затвора под управом федералне владе било само једно бекство.¹⁴ Из приватног затвора са највећим степеном обезбеђења у Охају (Northeast Ohio Correctional Center – NOCC) јула 1998. године побегло је 5 затвореника осуђених за убиство (Camp, Gaes, 2000: 3). Из овога произилази да служба обезбеђења у приватним затворима не обавља свој посао максимално добро.

Истраживање о квалитету услуга приватних и државних затвора у Сједињеним Америчким Државама показало је да одређени приватни затвори обезбеђују најлошију храну. Приватни затвор Taft Correctional Institution је својим осуђеницима обезбеђивао храну лошијег квалитета, мање разноврсности и мањих порција у поређењу са свим затворима који су под управом федералне владе.¹⁵

13 Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

14 Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

15 Arguments Against Private Prisons, Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

Сврха кажњавања је ресоцијализација осуђеника. Стога потребно је пустити осуђеника на условни отпуст када испуни законом прописане услове, јер би у супротном његово даље задржавање у пенитенцијарној установи било контрапродуктивно. И поред тога, приватни затвори често не дозвољавају условни отпуст осуђеника, иако су испуњени сви законски услови, јер би на тај начин остали без радне снаге која им је неопходна приликом стварања профита (Anderson, 2009). Како приватни затвори зависе од прилива нове „радне снаге“, односно од доношења осуђујућих пресуда на казне затвора за примарне делинквенте, као и од високе стопе рецидивизма, приватне компаније које руководе овим затворима настоје да одрже тренд изрицања казни затвора што ширем кругу окривљених, на тај начин што предузимају акте лобирања. Другим речима, приватне компаније подржавају оне политичаре који заступају њихове интересе. Тако су, на пример, током изборне 1998. године, одређене приватне компаније које управљају приватним затворима финансијски подржале 361 кандидата у 25 савезних држава са укупном сумом од 540.000 америчких долара. Од укупног броја финансијски подржаних кандидата, њих 87% је победило. Потребно је нагласити да одређене приватне компаније, поред легалних начина лобирања и финансијске подршке политичарима, користе и одређење незаконите активности зарад остваривања својих интереса. Приватни затвор Correctional Services Corporation (CSC) је у четворогодишњем периоду незаконито организовао превоз неколицини законодаваца. Још један пример илегалних активности приватних затвора је случај из савезне државе Аљаска, у којој је власник тзв. приватних затвора на пола пута осуђен на казну затвора од шест месеци, због плаћања најмање 20.000 америчких долара политичару, који је требало да му обезбеди дозволу за изградњу још једног затвора. Током 2009. године догодио се још један случај корупције од стране приватних пенитенцијарних установа. У конкретном случају приватни поправни дом за малолетнике исплатио је 2,6 милиона долара двојници судија како не би изрицали алтернативне кривичне санкције и не би прихватили споразум о признању кривице за преко 100 малолетника (Anderson, 2009).

Још један проблем приликом остваривања ресоцијализације осуђеника у приватним затворима јесте непостојање одговарајућих пенитенцијарних програма. Наиме, истраживање из 2005. године спроведено од стране Патрика Бајера (Patrick Bayer) и Дејвида Позена (David Pozen) показало је да приватне пенитенцијарне установе за малолетнике имају високу стопу рецидивизма, јер се у њима, за разлику од државних затвора у којима постоје програми намењени преваспитању и поправљању осуђеника, не примењују програми за ресоцијализацију осуђеника. Ако којим случајем

приватни затвори покрену одређене пенитенцијарне програме, они нису намењени ресоцијализацији осуђеника, већ остваривању уговорних обавеза које су преузете од стране приватних затвора (Anderson, 2009).

5. Потреба увођења приватних затвора у Републици Србији

Из приказаних аргумената за и против постојања приватних затвора можемо видети да је ово питање и даље доста контроверзно. Ипак, анализом стања пенитенцијарног система у Републици Србији увиђамо да постоје разлози за размишљање о увођењу приватних затвора у пенитенцијарни систем. Стога, у наредном делу рада представимо ове најзначајније разлоге.

Како је један од разлога допуштења у Сједињеним Америчким Државама да приватне компаније почну да управљају, а касније и конструишу затворе, био пренасељеност затвора, можемо тврдити да се Република Србија суочава са истим проблемом, јер су капацитети пенитенцијарног система око 6.000 затвореника, док је број лица лишених слободе далеко већи. Наиме, док је почетком деведесетих година прошлог века број лица лишених слободе био око 3.600, до 2000. године број лица лишених слободе порастао је на 6.000. Од 2001. године могуће је пратити даљи раст броја лица лишених слободе у заводима за извршење кривичних санкција. До 2003. године било је између 5 и 6 хиљада затворених лица, да би након ове године овај тренд нагло почео да расте (Константиновић Вилић, Костић, 2013: 37). На крају 2012. године било је 10.226 лица која су лишена слободе у Србији (Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција, 2012). Уједно, пренасељеношћу капацитета у пенитенцијарним установама крши се обавеза предвиђења чланом 67. Закона о извршењу кривичних санкција¹⁶ (у даљем тексту ЗИКС) и чланом 15. Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора¹⁷ (у даљем тексту Правилник), о томе да је за свако осуђено лице потребно обезбедити најмање 8 кубних метара, као и 4 квадратна метра простора у спаваоници. Наглашавамо да би строга примена законских обавеза о потребном броју квадратних и кубних метара довела до тога да реални капацитети пенитенцијарног система у Србији буду око 4.500 затвореника.¹⁸ Такође, Европски суд за

16 члан 67. Закона о извршењу кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 72/09 и 31/11.

17 члан 15. Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, *Сл. гласник РС*, бр. 72/10.

18 *Zatvori puni kao košnice*. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Tema-nedelje/srbija-iza-resetaka/Zatvori-puni-kaos-koshnice.lt.html>,

људска права у својој одлуци Калашњиков против Русије¹⁹ сматра да је непостојање адекватних смештајних капацитета у затвору неприхватљиво и да представљају понижавајуће поступање, те кршење члана 3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција). Другим речима, колективни смештај осуђеника или постојање њиховог превеликог броја у истој просторији је Европски суд за људска права препознао као могуће кршење Конвенције (Цвејић, Милошевић, Вучковић, 2008: 87).

Као други разлог дозволе да приватне компаније почну да управљају одређеним пенитенцијарним установама наводимо лоше управљање производним капацитетима у установама од стране управника завода и његових људи. Наиме, као пример за ову нашу тврдњу можемо узети стање у производним капацитетима у казнено-поправним заводима у Нишу и Пожаревцу. Наиме, у КПЗ Ниш постоји индустријски погон под називом „Делиград“, као део службе за обуку и упошљавање. У овом индустријском погону спроводе се, према подацима Управе за извршење кривичних санкција, делатности у неколико сектора: металски (производња апарата за домаћинство), дрвни (производња лежајева, грађевинске столарије, шаховских гарнитура и сл.), економија (пољопривредне делатности), угоститељство (мотел „Делиград“ и одмаралиште на Јастрепцу), технички сервис, возни парк, грађевински сектор, наменско одељење.²⁰ Током осамдесетих година прошлог века индустријски погон „Делиград“ је производио 12 типова казана за етажно грејање вертикалне и хоризонталне градње различитих капацитета, што сведочи о значају индустријског погона „Делиград“ у југословенским размерама у производњи казана (Константиновић Вилић, Ђурђић, Петрушић, 2001: 99). Деведесетих година производња у „Делиграду“ је, због преласка на тржишни систем пословања државе, економских санкција и ратова, девастирана и значајно смањена. Технологија рада је застарела, а машине су похабане, што је резултирало тиме да је производња изгубила економску функцију због неконкурентности на тржишту.²¹ Од укупног броја затвореника мање од једне четвртине ради, иако много већи број затвореника испуњава услове за рад, при чему, како кажу сами затвореници, управа КПЗ Ниш не поштује њихове жеље при избору радног места. Уједно казнено-поправни

19 Case of Kalashnikov v. Russia, appl. nr. 47095/99

20 Kazneno-popravni zavod u Nišu, Retrieved 27, November 2013, from <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivичnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-nisu/>

21 Bezbednosno-obaveštajne službe Republike Srbije, *Zatvori*, Retrieved 29, November 2013, from [http://www.bezbednost.org/upload/document/\(15\)_unijat_2009_zatvori.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf)

заводу Нишу не располаже довољном количином репроматеријала (Јелић, Киурски, Новаковић, Обрадовић, 2003: 40). Према расположивим подацима из електронских медија, сазнајемо да је дошло до раскида већ уговорених послова са фирмама „Магнохром“ и „Фармаком“.²²

Слична ситуација по питању стања привредне јединице „Препород“ у казнено-поправном заводу Забела у Пожаревцу. Подаци доступни на сајту Управе за извршење кривичних санкција указују да је пословање у оквиру привредне јединице „Препород“ организовано у оквиру металског, дрвног и пољопривредног сектора, одељења сточарске производње „Звезда“, одсека „Летњиковац“ са фармом свиња и јунади и одељења угоститељства са рестораном „Препород“.²³ Осамдесетих година XX века КПЗ Забела је производио преко 30.000 штедњака, који су се извозили на простор тадашње заједничке државе. Иако је распадом државе нестало заједничко тржиште за производњу штедњака, данас би КПЗ Забела могао да буде конкурентан у производњи клупа за паркове. Међутим, основни проблем који онемогућава континуиран процес производње клупа је недостатак материјала (Кузминовић, Палибрк, 2012: 9–10).

Необезбеђивањем процеса рада за осуђенике Република Србија крши њихова права предвиђена чланом 86 ЗИКС-а и чл. 45. и 46. Правилника, у којима је предвиђено да је рад саставни део програма поступања. Другим речима, рад представља облик третмана, чији је циљ стицање, одржавање и повећавање радних способности осуђеника, радних навика и стручног знања. Рад осуђеника сматра се примарним и најефикаснијим обликом третмана (Константиновић Вилић et al., 2011: 167), јер се њиме обезбеђују предуслови да осуђеник нађе посао по изласку из пенитенцијарне установе, чиме би се у значајној мери спречио рецидивизам.

Трећи разлог за давање дозволе приватним компанијама да руководе пенитенцијарним установама у Србији је чисто економске природе. Наиме, уколико пођемо од тога да један осуђеник кошта државу дневно просечно 15 евра, а цео пенитенцијарни систем годишње кошта 60 милиона евра,²⁴ можемо закључити да ће држава, препуштањем свог ексклузивног

22 Radnici KPZ Niš koji su prijavili zloupotrebe i korupciju „trpe šikaniranje“, Retrieved 29, November 2013, http://www.transparentnost.org.rs/index.php?view=details&id=1076%3Amediji-o-korupciji&option=com_eventlist&Itemid=6&lang=sr

23 Kazнено-поправни заводу у Пожаревцу – Zabela, Retrieved 29, November 2013, <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivичnih-sankcija/kazнено-поправни-zavodi/strogo-zatvorenog-tipa/kazнено-поправни-zavod-u-pozarevcu-zabeli/>

24 Srpski zatvorenik košta 15 eвра na dan, Retrieved 04, December 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Srpski-zatvorenik-kosta-15-evra-na-dan.lt.html>

права извршења кривичних санкција приватним компанијама, уштедети значајан део буџетских средстава.

Без обзира што постоје услови да се дозволи приватним компанијама да воде пенитенцијарне установе у Србији, неопходно је доношење одговарајућег законског оквира, без којег тако нешто не би било могуће. Законом о извршењу кривичних санкција прописано је да постизање економске користи од рада осуђених не сме штетити остварењу сврхе тог рада, при чему је истакнуто да је рад осуђеника њихово право, а не обавеза. Како је профит циљ производње одређених предмета у приватним затворима, потребно је наћи равнотежу између остваривања сврхе рада да осуђени стекне, одржи и повећа своје радне способности, радне навике и стручно знање, са једне стране, и остаривања профита, са друге стране. Другим речима, потребно је подстаћи осуђенике, применом савремених пенолошких мера, да почну да размишљају да се радно ангажују, јер то доприноси њиховој суштинској промени, као и лакшем налажењу после након изласка из пенитенцијарне установе. На овај начин превазишао би се проблем везан за забрану принудног рада у Уставу Републике Србије²⁵ (члан 26). Проблем, такође, представља Конвенција Међународне организације рада бр. 29, од 10. јуна 1930. године, у којој је изричито прописано да се принудни рад не односи на сваки рад или услугу, који се од неке особе, захтева, као последица осуде проглашене судском пресудом, под условом да се наведени рад или услуга обављају под надзором и контролом јавне власти и да наведена особа није уступљена или стављена на располагање приватним особама, предузећима или удружењима (члан 2). Стога, неопходно је водити рачуна о томе да међународни документи забрањују давање могућности предузећима да им уступе или ставе на располагање осуђена лица на рад. Комитет експерата Међународне организације рада истакао је у својим извештајима о раду осуђеника у приватним затворима да је потребно да осуђеник пристаје да слободно ради у индустријском погону приватног затвора како не би постојао принудни рад осуђеника.²⁶

Уколико би Република Србија донела одлуку о оснивању приватних затвора, неопходно је променити Закон о извршењу кривичних санкција, у којем би се прецизно навело ко сме да оснива приватне затворе и под којим условима. Такође, положај лица лишеног слободе у приватним затворима не сме да се разликује од положаја лица лишеног слободе у тзв. државним затворима. Међутим, није довољно предвидети иста права за

25 члан 26 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.

26 Observation (CEACR) - adopted 2001, published 90th ILC session (2002), Retrieved 21, April 2014, from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:P13100_COMMENT_ID:2198997

лица лишеног слободе у приватним затворима, већ је, због специфичности типа пенитенцијарне установе у којој је остваривање профита главни циљ, потребно ојачати положај лица лишеног слободе. Тако је неопходно омогућити лицу лишеном слободе да, уколико сматра да му је повређено неко право прописано ЗИКС-ом од стране управе приватног затвора, поднесе одговарајући поднесак лицу које је именовано од стране државе и које би било непосредно присутно у приватном затвору. На тај начин би се спречила ситуација да запослени у приватним затворима, неодговарањем и недистрибуирањем одговараћих поднесака надлежним државним органима додатно погоршају положај лица лишеног слободе. Између осталог, за управника приватног затвора може бити именовано лице које испуњава све услове прописане одредбама ЗИКС-а. Иста аналогија важи и за начелнике служби, при чему би запослени у одговарајућим службама у приватним затворима морали да прођу потребну обуку у оквиру Центра за обуку и стручно оспособљавање запослених у Управи за извршење кривичних санкција.

Потребно је, такође, увођење могућности да комисија, састављена од инспектора рада и представника Управе за извршење кривичних санкција, редовно и ванредно посећује индустријске погоне приватних затвора. На тај начин би се спречила ситуација да управа приватног затвора тера осуђенике да раде, кршећи при томе одредбе ЗИКС-а везане за рад осуђеника.

6. Закључак

Приватни затвори, као врста пенитенцијарних установа, новијег су датума. Сједињене Америчке Државе, заједно са Великом Британијом, биле су пионири у настанку ових казнено-поправних установа. Иако су ове земље најдаље одмакле у вођењу затвора од стране приватних компанија, пажљивом анализом је било могуће уочити све недостатке једног оваквог система и поред свих бенефита њиховог постојања. Разлози допуштања приватним компанијама у почетку да воде, а касније да граде затворе, су пренатрпаност затвора, као и став тадашњих политичара да приватне компаније могу боље да руководе одређеним јавним системима.

Анализом стања у пенитенцијарном систему у Републици Србији, увиђамо да постоји два пута више лица лишених слободе у казнено-поправним установама у односу на законом прописане услове. Такође, један од најважнијих облика третмана – рад осуђеника, се не спроводи у пуном обиму, због недостатка финансијских средстава, што у комбинацији са хроничном кризом у Републици Србији, при чему 60 милиона евра годишње

кошта пенитенцијарни систем, представља основу за доношење одлуке о оснивању приватних затвора. Ипак, одлука да приватне компаније руководе затворима није толико једноставна. Потребно је узети у обзир све опасности и недостатке које оваква одлука носи са собом. Највећа опасност се огледа у томе да приватне компаније злоупотребљавају рад осуђеника, с циљем постизања што веће економске добити. Међутим, постоје и други недостаци приватних затвора, који се отелотворују у проблемима хуманитарног и социјалног карактера, лошијој обуци запослених у формалном систему, истом обиму насиља као у државним затворима, присутности веће количине психоактивних супстанци у односу на државне затворе, лошијем квалитету хране итд. Стога, приликом доношења одлуке о допуштању приватним компанијама да руководе затворима, потребно је сагледати позитивне и негативне стране увођења приватних затвора, и сходно тренутној ситуацији донети коначну одлуку.

Литература

Anderson, L. (2009). Kicking the National Habit: The Legal and Policy Arguments for Abolishing Private Prison Contracts. *Public Contract Law Journal*. (Electronic version). Retrieved 21, November 2013, from <https://www.prisonlegalnews.org/displayArticle.aspx?articleid=21985&AspxAutoDetectCookieSupport=1>

Arguments against Private Prisons. Retrieved 21, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/cons>

Arguments for Private Prisons. Retrieved 16, November 2013, from <https://sites.google.com/site/privateprisons2/pros>

Bezbednosno-obaveštajne službe Republike Srbije, *Zatvori*. Retrieved 29, November 2013, from [http://www.bezbednost.org/upload/document/\(15\)_unijat_2009_zatvori.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf)

Bezbednosno-obaveštajne službe Republike Srbije, *Zatvori*. Retrieved 29, November 2013, from [http://www.bezbednost.org/upload/document/\(15\)_unijat_2009_zatvori.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf)

Blakely, C., Bumphus, V. (2004). Private and Public Sector Prisons—A Comparison of Select Characteristics. *Federal Probation – A Journal of Correctional Philosophy and Practice*. 68 (1). (Electronic version). Retrieved 21, November 2013, from <http://www.uscourts.gov/uscourts/federalcourts/pps/fedprob/2004-06/prisons.html>

Camp, D., Gaes, G. (2000). *Private Prisons in the United States, 1999: An Assessment of Growth, Performance, Custody Standards, and Training Requirements*

(Electronic version). Washington: Federal Bureau of Prisons Office of Research and Evaluation. Retrieved 23, November 2013, from http://www.bop.gov/news/research_projects/published_reports/prison_mgmt/oreprcg2000.pdf

Case of Kalashnikov v. Russia. Appl. nr. 47095/99

ССА Story: Our Company History. Retrieved 11, November 2013, from <http://cca.com/our-history>

Цвејић, А., Милошевић, В., Вучковић, Л. (2008). *Мониторинг услова затварања у КПЗ Ниш (Electronic version)*. Ниш: Центар за људска права. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.chr-nis.org.rs/wp-content/uploads/2011/05/Monitoring-uslova-zatvaranja-u-KPZ-Nis.pdf>

Димовски, Д. (2008). Појава и развој казне лишења слободе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 249-278

Due process. Retrieved 18, November 2013, from http://www.law.cornell.edu/wex/du_e_process

Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2012. годину. Retrieved 25, November 2013, from http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/UKKS_izvestaj_2012.pdf

Јелић, М., Киурски, М., Новаковић, Н., Обрадовић, М. (2003). *Како до европских стандарда – Затвори у Србији 2002–2003. (Electronic version)*. Београд: Хелсиншки одбор за људска права у Србији. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.helsinki.org.rs/serbian/doc/sveske17.pdf>

Kazneno-popravni zavod u Nišu. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivичних-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-nisu/>

Kazneno-popravni zavodu u Požarevcu – Zabela. Retrieved 29, November 2013, <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivичних-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/strogo-zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-pozarevcu-zabeli/>

Константиновић Вилић, С., Ђурђић, В., Петрушић, Н. (2001). *Казнено поправни завод у Нишу – 90 година*. Ниш: Просвета

Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2011). *Пенологија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2013). *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Kutama Sinthumule Correctional Center. Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geogroup.com/maps/locationdetails/66>

Кузминовић, И., Палибрк, Љ. (2012). *Затворски систем у Србији (Electronic version)*. Београд: Хеслиншки одбор за људска права у Србији. Retrieved 29, November 2013, <http://www.helsinki.org.rs/serbian/doc/zatvori%20-%20mart%202012.pdf>

Logan, C. (1992). Well Kept: Comparing Quality of Confinement in Private and Public Prisons. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 83. 577-613

Michigan Privatization Report (Electronic version). (2003). Mackinac Center for Public Policy. Retrieved 17, November 2013, from <http://www.mackinac.org/archives/2003/mpr2003-01.pdf>

Observation (CEACR) - adopted 2001, published 90th ILC session. (2002). Retrieved 21, April 2014, from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2198997

Panchiama, N. *Competition in Prisons (Electronic version)*. Retrieved 14, November 2013, from <http://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/Prisons%20briefing%20final.pdf>

Perrone, D., Pratt, T. (2003). Comparing the Quality of Confinement and Costeffectiveness of Public versus Private Prisons: What We Know, Why We Do Not Know More, and Where to Go from Here. *The Prison Journal, (Electronic version)*. Retrieved 16, November 2013, from http://www.d.umn.edu/~jmaahs/Correctional%20Continuum/Online%20Readings/PerroneandPratt_privatization.pdf

Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора. *Службени гласник РС*. Бр.72 (2010)

Price, B., Morriss, J. (2012). *Prison Privatization: The Many Facets of a Controversial Industry*. California: ABC-CLIO

Radnici KPZ Niš koji su prijavili zloupotrebe i korupciju „trpe šikaniranje“. Retrieved 29, November 2013, http://www.transparentnost.org.rs/index.php?view=details&id=1076%3Amediji-o-korupciji&option=com_eventlist&Itemid=6&lang=sr

Roth, M. (2006) *Prisons and Prison Systems: A Global Encyclopedia*. USA: Greenwood Press

Sellers, M. (1993). *The History and Politics of Private Prisons: A Comparative Analysis*. England: Associated University Presses

Selman, D., Leighton, P. (2010). *Punishment for Sale: Private Prisons, Big Business, and the Incarceration Binge*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers

Smith, A. (2012). *Private vs. Public Facilities, Is it cost effective and safe? (Electronic version)*. Retrieved 11, November 2013, from [http://www.corrections.com/news/article/30903-private-vs-public-facilities-is-it-cost-effective-and-safe-](http://www.corrections.com/news/article/30903-private-vs-public-facilities-is-it-cost-effective-and-safe)

South Florida State Hospital. Retrieved 12, November 2013, from <http://www.geocarellc.com/Locations/SouthFloridaStateHospital.aspx>

Srpski zatvorenik košta 15 evra na dan. Retrieved 04, December 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Srpski-zatvorenik-kosta-15-evra-na-dan.lt.html>

The Geo Group. Retrieved 11, November 2013, from <http://www.geogroup.com/history>

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

Welsh Prisoners in the Prison Estate: Follow-up, Ninth Report of Session 2009-2010. Great Britain: Parliament: House of Commons: Welsh Affairs Committee

What Is a Private Prison? Retrieved 10, November 2013, from <http://www.wise-geek.com/what-is-a-private-prison.htm>

Whitehead, P., Crawshaw, P. (2012) *Organising Neoliberalism: Markets, Privatisation and Justice*. London: Anthem Press

Wilson, J. (2011). *Advantages and Disadvantages of Private Prisons and Jails (Electronic version)*. Retrieved 17, November 2013, from <http://www.studymode.com/essays/Advantages-And-Disadvantages-Of-Private-Prisons-565992.html>

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

Zatvori puni kao košnice. Retrieved 27, November 2013, from <http://www.politika.rs/rubrike/Tema-nedelje/srbija-iza-resetaka/Zatvori-puni-kao-koshnice.lt.html>,

Darko Dimovski, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Private Prisons

Summary

The author, based on the circumstances that contributed to the creation of private prisons, has explained the historical development of private prisons in the United States and Great Britain. After that, the author has analyzed the strengths and weaknesses of the prison run by private companies. Namely, the author has, stating the benefits of private prisons (reduced overcrowding in penitentiary institutions, cheaper accommodation cost per prisoner, provide better services, the possibility of applying a new philosophy in the manner of execution of sentence, with modern Penitentiary program, with the aim of re-socialization and the reduction of recidivism) and weaknesses of the private prisons (the question of legitimacy, a chronic lack of space in the Penitentiary system is not solved, business-oriented policies of private prisons, less salaries, poor performance of the security service, worst food, weak enforcement of parole, lack of appropriate penitentiary program), wanted to draw attention to the professional public about controversy of the introduction of private companies in the management structure of penitentiary institutions.

As the Republic of Serbia is, constantly in the last twenty years, faced with the increasing number of inmates, as well as the chronic shortage of money, which affects the situation in industrial areas of prisons, there are options to give licenses to private companies to manage prisons. Therefore, the author has paid special attention to potential problems of introducing private prisons in the penitentiary system in Serbia.

Keywords: private prisons, historical development, Republic of Serbia.

Др Душица Миладиновић-Стефановић*

Доцент Правног факултета,

Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.62-053.2(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА ОД СЕКСУАЛНОГ ИСКОРИШЋАВАЊА И ЗЛОСТАВЉАЊА – ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: Стандарди кривичноправне заштите малолетника постављени Конвенцијом о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања су њеним ратификовањем постали део нашег правног поретка, чиме је и настала обавеза да се детаљније разраде. То је учињено новелирањем Кривичног законика 2009. године, као и доношењем Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима 2013. године. У том смислу, овај рад представља покушај да се критички сагледају имплементација постављених стандарда у сфери општег дела кривичног права, инкриминација уведених ради заштите сексуалног интегритета малолетника, али и тзв. посебних мера и посебне евиденције учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима. Основни циљ овако постављеног предмета истраживања је изналажење одговора на неколико значајних питања: на који начин су искоришћени капацитети које Конвенција пружа, да ли су у разради општих смерница постојале и неке другачије могућности, као и у чему се састоје практичне импликације прихваћених и могућих решења.

Кључне речи: сексуално искоришћавање и злостављање, малолетна лица, посебне мере и посебна евиденција учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.

* dusica@prafak.ni.ac.rs

**Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултета Универзитета у Нишу, у периоду од 2013. до 2018. године.

1. Уводне напомене

Конвенција о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања, донета 2007. године у оквиру Савета Европе,¹ предвиђа сложен механизам мера, почевши од превентивних, усмерених према лицима која раде са децом, према самој деци² и најширој јавности, преко мера психолошке и социјалне помоћи жртвама, до оних које треба уградити у материјално и процесно кривично законодавство. Како је Конвенција ратификацијом постала део нашег правног поретка,³ настала је обавеза да се мере детаљније уреде, што је једним делом остварено новелирањем Кривичног законика,⁴ али и доношењем Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.⁵ Даље излагање је фокусирано на анализу интервенција учињених у домену материјалног кривичног права, не би ли се дошло до одговора на неколико значајних питања: прво, на који начин су искоришћени капацитети које Конвенција пружа; друго, да ли су у разради општих смерница постојале и неке другачије могућности; и треће, у чему се састоје практичне импликације прихваћених и могућих решења.

2. Осврт на заштиту малолетних лица инкриминисањем одређених понашања

У области материјалног кривичног права Конвенција предвиђа обавезу инкриминисања одређених понашања. Конкретније речено, ради се о сексуалном злостављању, делима у вези са дечијом проституцијом и дечијом порнографијом, делима у вези са учешћем детета у порнографским представама, тзв. корумпирању деце и наговарању деце у сексуалне сврхе (чл. 18–23). У циљу њеног „покривања“ уведена су два нова дела – навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама (чл. 185а) и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б). Прво дело представља „домаћу варијанту“

1 *Council of Europe Convention of the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote Convention (CETS 201)*. Пошто је ратификована од стране прописаног броја држава, она је и ступила на снагу неколико година касније, тачније, јула 2010. године.

2 Конвенција под децом подразумева лица која нису навршила 18 година (чл. 3).

3 Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10.

4 *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 72/09, 111/09, 121/12 и 104/13.

5 *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

корумпирања деце која, нажалост, није довољно прецизно одређена. Да би се разумело на шта се овде указује, потребно је сетити се да је радња извршења „*навођење малолетника да присуствује силовању, обљуби и са њом изједначеним чином или другој полној радњи*“. Када је силовање у питању формулација не оставља дилеме, али се то не може констатовати за присуствовање обљуби, са њом изједначеним чином или другој полној радњи, јер се не види да ли се мисли на те радње учињене у склопу неког од кривичних дела (осим изричито наведеног силовања) или се опет ради о понашању које није забрањено (Стојановић, 2012: 554). Језичко тумачење упућује на другу могућност, а то имплицира да је навођење на присуствовање дозвољеним сексуалним активностима кривично дело, док би навођење на присуствовање сексуалним активностима у оквиру неког од кривичних дела било потпуно ван криминалне зоне. Не само што је нелогично, него је и у супротности са одредбама Конвенције, како корумпирање обухвата две ситуације – навођење детета да буде сведок и „*сексуалног злостављања*“ и „*сексуалних активности*“. Даље упоређивање открива и да се корумпирање врши у „*сексуалне сврхе*“, што је изостало у нашем законском опису, а требало би додати и да се основни облик навођења врши према малолетнику, иако је за корумпирање деце потребно да се ради о лицу које по националном праву није навршило године испод којих је сексуални однос са њим инкриминисан (ор. cit: 554). То значи да пасивни субјект треба да буде лице млађе од четрнаест, а не од осамнаест година, како је код нас предвиђено. Старосни узраст жртве од четрнаест година се, додуше, помиње код овог дела, али као квалификаторна околност (видети ст. 2). Законодавац је очигледно знатно проширио кажњиву зону постављену Конвенцијом, што се може бранити тиме да је њене одредбе схватио као минимални стандард, мада у домаћој теорији постоји мишљење да то у овом случају није било оправдано (ор. cit: 555).

Наговарање деце у сексуалне сврхе добило је свој „одраз“ у искоришћавању рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу. И овде важи иста напомена када је у питању пасивни субјект, а споран је и активни субјект, пошто по формулацији из Кривичног законика то може бити било које лице, док се у Конвенцији изричито говори о „*одраслом*“, без чега дело губи прави смисао. Учињен је и низ техничких пропуста – упућивање на дела из чл. 178. ст. 4, 179. ст. 3, чл. 180. ст. 1. и 2, чл. 181. ст. 3, јер се ова дела врше према детету (не према малолетнику), а посебну „*занимљивост*“ представља упућивање на непостојећи чл. 184. ст. 3. (приметио Стојановић, видети у ор. cit: 557).

Поред напомена у вези са новим требало би додати и неке у односу на „стара“ дела. Посредовање у вршењу проституције се састоји у навођењу или подстицању другог на проституцију, учествовању у предаји лица другоме ради вршења проституције, или у пропагирању или рекламирању проституције путем средстава јавног информисања и других сличних средстава (чл. 184), при чему коришћење сексуалних услуга малолетних лица није инкриминисано, иако Конвенција на то обавезује (чл. 19. ст. 1в). У том смислу, требало би *de lege ferenda* увести нов облик овог дела.⁶ Евентуално, могло би се размишљати и о увођењу ограничења остављених Конвенцијом, код приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања, производње и поседовања дечије порнографије, која се односе на производњу, прибављање и поседовање материјала у искључиво личне сврхе, уколико постоји сагласност малолетника који је навршио узраст у којем су сексуалне активности са њим допуштене,⁷ или у односу на производњу и поседовање порнографског материјала који се састоји искључиво од симулираних представа или реалистичних слика непостојећег детета (чл. 20. ст. 3. Конвенције).

3. Осврт на заштиту малолетних лица појединим општим институтима кривичног права

У домену заштите општим институтима Конвенција налаже чланицама више обавеза, између осталог, и да омогуће да одређене чињенице (у мери у којој не чине саставне елементе бића кривичног дела) буду узете у обзир као отежавајуће околности приликом одмеравања казне. Тако треба увећати казну, ако је делом нанета озбиљна штета по физичко или ментално здравље жртве; ако је делу претходило мучење или тешко насиље или је дело било пропраћено таквим актима; ако је жртва посебно рањива; ако је учинилац члан породице, лице које живи у заједници са дететом или лице које је злоупотребило свој ауторитет за вршење дела; ако је било више учинилаца који су деловали заједнички; ако је дело учињено у оквиру криминалне организације; ако је учинилац раније осуђиван за кривична дела истоветне природе (чл. 28). Законодавац се определио да по овом питању не интервенише, пошто је каталог околности из чл. 54.

6 Као што је то учињено код трговине људима, која обухвата и случај када учинилац зна или је могао знати да је малолетно лице жртва трговине људима, па искористи њен положај или другоме омогући искоришћавање њеног положаја ради сексуалне експлоатације.

7 Постоје мишљења да то није нужно, јер, и без изричите одредбе, није испуњен услов да је материјал настао искоришћавањем, што подразумева извесне елементе злоупотребе (Стојановић, 2012: 553).

довољно флексибилан да „апсорбује“ све наведено. Међутим, у област одмеравања је унета промена друге врсте, остварена забраном ублажавања казне (чл. 5. ст. 1. Закона о посебним мерама), на чему сама Конвенција нигде не инсистира. Она, у овом домену, једино говори о „делотворним, сразмерним санкцијама, које ће имати превентивну функцију, узимајући у обзир тежину дела“ (чл. 27. ст. 1). Овакав облик заштравања казнене политике је од раније познат, пошто Кривични законик већ садржи забрану ублажавања, између осталог, и за дела силовања, обљубе над немоћним лицем и обљубе са дететом (чл. 57. ст. 2), с тим што је Законом о посебним мерама она проширена и на друга дела наведена у чл. 3.⁸ Правно-технички посматрано, сада у односу на неке инкриминације постоји дупла забрана, што би требало макар пречистити.⁹ Заштравање казнене политике је, такође, евидентно и у забрани условног отпуста (чл. 5. ст. 3. Закона о посебним мерама). Проблем овог решења, иако је са аспекта Конвенције одрживо као мера са превентивном улогом, лежи у томе што Кривични законик суду даје факултативно овлашћење да, под одређеним условима, да условни отпуст осуђеним на казну затвора за дела из чл. 178. до 185б. Чини се да је ово још један од показатеља да се није довољно водило рачуна да је Закон о посебним мерама само део шире нормативне целине, чији би делови требало да буду међусобно усаглашени.

Надаље, Конвенција обавезује на предузимање мера које обезбеђују да се за бављење оним професијама које подразумевају редовне контакте са децом бирају само лица која нису осуђивана за дела сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања деце (чл. 5. ст. 3). Овај стандард је испуњен нормирањем правних последица осуде, у које спадају: престанак вршења јавне функције; престанак радног односа, односно престанак вршења позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима; забрана стицања јавних функција; забрана заснивања радног односа, односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима (чл. 6. Закона о посебним мерама). Требало би поменути да је, наше

⁸ Силовање (чл. 178. ст. 3. и 4. КЗ-а), обљуба над немоћним лицем (чл. 179. ст. 2. и 3), обљуба над дететом (чл. 180), обљуба злоупотребом положаја (чл. 181), недозвољене полне радње (чл. 182), подвођење и омогућавање вршења полног односа (чл. 183), посредовање у вршењу проституције (чл. 184. ст. 2), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185), навођење малолетног лица на присуствовање полным радњама (чл. 185а) и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б).

⁹ Постоје и аргументи за укидање ове забране, која је у домаћој теорији претрпела озбиљну критику. Више о томе у Делић, 2010: 241–245, Стојановић, 2013: 15–17.

право, и пре доношења Закона о посебним мерама, садржало механизам којим се може одговорити на поменућу обавезу. Тако, на пример, Закон о основама система образовања и васпитања изричито забрањује да се у радни однос примају осуђивана лица, између осталог, и за дела против полне слободе, као што прописује и обавезно одузимање лиценце наставнику, васпитачу и стручном сараднику, уколико су осуђени за ова дела.¹⁰ Међутим, горе наведене правне последице имају шири спектар деловања, како обухватају не само лица која се баве образовањем и васпитањем, него и другим пословима који подразумевају рад са малолетницима, као што се односе и на вршење јавних функција. Иако се може критиковати то што су правне последице постављене као нека врста моралне санкције за носиоце јавних функција, мада је уобичајно да се њихова улога састоји у отклањању опасних ситуација из којих може проистећи ново дело, остаје и питање тумачења недовољно прецизне формулације „позив или занимање који подразумевају рад са малолетницима“, које ће сигурно изазивати проблеме у пракси (Ристивојевић, 2013: 331).

Законодавац је покушао да дâ допринос превенцији и кроз продужено трајање правних последица осуде од двадесет година, ако се посматра у односу на десет година, како је прописано у Кривичном законнику (чл. 96. ст. 3). Међутим, Закон о основама система образовања и васпитања временски не ограничава забрану, те се поставља питање шта се одредбама Закона о посебним мерама, у крајњем, добија на плану заштите малолетника.

Следећа обавеза подразумева предузимање законодавних и других мера, како би се обезбедило да застареваше за започињање поступака, који се односе на кривична дела установљена Конвенцијом (чл. 18, 19. ст. 1а и ст. 1б, као и 21. ст. 1а и ст. 1б), не наступи током временског периода довољно дугог, да се током њега омогући делотворно отпочињање поступка, пошто је жртве постала пунолетна, а у складу са тежином кривичног дела о којем је реч (чл. 33. Конвенције). Наш законодавац је на то одговорио правилом да гоњење и извршење казне за односна кривична дела не застаревају (чл. 5. ст. 3. Закона о посебним мерама). Не доводећи у питање добру намеру, остаје дилема да ли је овакво решење оправдано, посебно када се узме у обзир да кривично гоњење и извршење казне за остала дела, колико год тешка била (осим оних против међународног права), ипак застаревају. Истовремено, прихваћено решење не прати идеју Конвенције и нарушава начела једнакости и сразмерности, што посебно долази до изражаја када се посматрају најлакша дела из ове групе. Евидентно је да законодавац није учинио неопходан напор да сачини хијерархију дела према тежини, и на основу тога постави адекватне рокове застарелости,

¹⁰ Видети чл. 120. ст. 3. и чл. 128. ст. 1. *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 52/11 и 55/13.

или да „елегантно“ пропише да (редовни) рокови застарелости почињу да теку од стицања пунолетства жртве, што би имало више смисла. Конституисање незастаривости оставља не баш пријатан утисак да се радило брзо и без дубљег промишљања, са паролом да се обавезе што пре „скину с дневног реда“. На крају, ако се оставе по страни права осуђених лица и фокус пребаци на евентуалне користи, у смислу потпуније заштите малолетника, поставља се питање да ли се ишта овиме постиже. Чини се да се ствари само компликују, а довољно је замислити, на пример, поступак доказивања у овим, ионако веома осетљивим, питањима, који би се одвијао више деценија после критичног догађаја.

4. Осврт на тзв. посебне мере за спречавање кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима

Конвенција оквирно налаже предузимање неопходних законодавних или других мера ради спречавања свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања малолетних лица, те је законодавац имао пуну слободу да осмисли систем превенције. При томе, он се определио за увођење тзв. посебних мера, у које спадају: обавезно јављање надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција, забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица, обавезно посећивање професионалних саветовалишта и установа, обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места, као и обавезно обавештавање о путу у иностранство (чл. 7. Закона о посебним мерама). Њихова примена је резервисана само за пунолетне учиниоце таксативно наведених кривичних дела (чл. 3. Закона о посебним мерама). Међутим, иако су у јавности дочекане са одобравањем, много шта је у вези са њима спорно. Прво, теоријски посматрано, није баш најјаснија њихова правна природа, како имају извесних додирних тачака са мерама безбедности и правним последицама осуде, пре свега због намењене превентивне улоге, али и са обавезама из заштитног надзора, чију садржину готово до идентичности „копирају“, мада их од свих ових института деле и значајне разлике (више о томе у Миладиновић Стефановић, 2013: 373–393). Друго, одсуство јасне концепције постаје видљиво и када се детаљније сагледају дела на чије се учиниоце примењују. Не може остати непримећено да се међу њима не налази родоскрвњење (чл. 197. КЗ-а). Сексуална злоупотреба је код овог дела неспорна, при чему је оно по својим последицама теже од неких других дела која се налазе на листи за примену посебних мера. Такође, нема ни трговине људима, подразумева се, оних облика у којима се као жртва појављује малолетно лице (чл. 388. ст. 2–7. КЗ-а), при чему је дело извршено у циљу проституције, другог вида сексуалне експлоатације

или у порнографске сврхе, као и када учинилац зна или је могао знати да је малолетно лице жртва трговине људима, па користи његов положај или другоме омогући искоришћавање његовог положаја у циљу проституције, другог вида сексуалне експлоатације или у порнографске сврхе (ст. 9). Ако је интенција законодавца била да, у духу Конвенције, омогући ширу заштиту, трговина људима је морала бити укључена, тим пре што поједина истраживања говоре да је већина малолетних жртава овог дела код нас намењена управо сексуалној експлоатацији (чак 68%, податак из Петковић, Ђорђевић, Балос, 2010: 63).

Треће, постоји реална сумња у капацитете посебних мера за остваривање пројектованог превентивног дејства. У том смислу, обавезно јављање надлежном органу суштински ничим не ограничава осуђено лице у поновном вршењу дела, више је у питању привид да се над њиме успоставља нека контрола. Слаба тачка забране посећивања места на којима се окупљају малолетна лица лежи у томе што ни Закон о посебним мерама, а ни нови Закон о извршењу ванзаводских санкција мера,¹¹ не садрже правила о начину њеног извршења. Она се у компаративном праву често реализује применом *GPS*-а (више о томе у Wright, 2009: 36, Shekhter, 2010–2011: 1086–1087, Maloy, Coleman, 2009: 245 и др.), што би у нашим приликама отворило и проблем трошкова оваквог мониторинга. Надаље, забрана посећивања места на којима се окупљају малолетници почива на хипотези да је учинилац сексуалних деликата према малолетницима „опасни странац“, који „вреба“ на местима где се они у већем броју окупљају.¹² То не одговара домаћим приликама, јер проучавања феноменологије овог типа криминалитета показују да се он углавном дешава у кругу породице, рођака, пријатеља, суседа, једном речи, у кругу познатих (Петковић и др, 2010: 312). Иако би се поменута забрана могла оправдати као средство намењено мање заступљеним „сексуалним предаторима“, остаје чињеница да типични учиниоци њоме нису погођени. Када се говори о обавезном посећивању професионалних саветовалишта и установа као „слаба тачка“ би се могао појавити изостанак специјализованог кадра за њено спровођење, тим пре што чак ни у заводским установама нема посебних програма преваспитања намењених сексуалним делинквентима. Мањак оспособљених лица може да укаже на опасност да ће се у пракси ова обавеза

11 У време настајања овог рада, закон још увек није био објављен у службеном гласилу, тако да је коришћен текст са <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2014/1362-14.pdf>, приступ 29.05.2014. године.

12 Дигресије ради, на истој идеји су засноване и радикалније мере, попут забране настањивања на одређеним подручјима или обавештавање јавности о томе да се регистровани сексуални делинквент налази на слободи (Миладиновић-Стефановић, 2013: 386 и надаље).

претворити у пуко појављивање осуђеног у заказано време и на заказаном месту, без икаквог суштинског рада са њим. Питање је шта се добија и обавезним обавештавањем о промени пребивалишта, боравишта и радног места. Док пријава промене радног места представља новину, остале обавезе су опште природе, сви грађани имају обавезу да пријаве промену пребивалишта и боравишта, додуше, у року од осам, а не од три дана од дана настањивања, како је изузетно предвиђено за сексуалне делинквенте.¹³ Слично је и са обавезним обавештавањем о путу у иностранство,¹⁴ мада ова мера поред контроле кретања осуђеног има и посебан циљ, који се састоји у постављању основа за међународну сарадњу у области сузбијања сексуалне делинквенције, што није могуће без поменуте размене података. Није познато да ли је њено увођење подстакнуто запажањима да *modus operandi* одређеног броја „наших“ учинилаца подразумева одлазак у иностранство ради вршења дела, односно запажањима о учесталости тзв. сексуалног туризма, појаве да се циљано одлази на дестинације познате по дечијој проституцији.

Четврто, упркос строгој реторици, евидентној из додавања атрибута обавезности већини мера, законодавац се није потрудио да одреди правне последице њиховог непоштовања од стране учиниоца. То је учињено једино код обавезног јављања надлежном органу,¹⁵ док остале „висе“, па се стиче утисак да су само номинално, а не и истински обавезне.

Пето, требало би поменути и да се у веома ретким разматрањима посебних мера у домаћој теорији налази и мишљење да су неке од њих противуставне. Тако је истакнуто да за било какво ограничавање слободе кретања мора да постоји основ у Уставу, при чему ниједан од наведених (вођење кривичног поступка, заштита јавног реда и мира, спречавање ширења заразних болести и одбрана Републике Србије, чл. 39. ст. 2. Устава) не може да оправда обавезно јављање надлежном органу, забрану посећивања одређених места и обавезно обавештавање о путу у иностранство, док се обавезно обавештавање о промени радног места сматра дискутабилним са аспекта остваривања права на рад (Ристивојевић, 2013: 329).

13 Видети чл. 9. и 15. Закона о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/11.

14 „Обични“ грађани пријављују одлазак у иностранство само ако се ради о непрекидном боравку дужем од 90 дана, чл. 19. Закона о пребивалишту и боравишту грађана.

15 Неиспуњавање ове мере нормирано је као прекршај, за који је прописана казна затвора од тридесет до шездесет дана, чл. 16. Закона о посебним мерама.

5. Осврт на посебну евиденцију осуђених за сексуалне деликте према малолетним лицима

Ретка експлицитно наведена мера, која би требало да утиче на спречавање вршења кривичних дела против полне слободе, али и на откривање и гоњење учинилаца, јесте и прикупљање и архивирање података о осуђеним лицима (глава 8. Конвенције). И у овом домену је много тога остављено на избор уговорницама, пошто се као једино, и сасвим очекивано, ограничење појављују релевантне одредбе националних права о заштити личних података. Тако је законодавцима препуштено да процене на који начин је најцелисходније уредити читав низ питања: да ли би евиденција требало да буде јединствена централна или децентрализована, да ли би требало да буде самостална или само део постојеће евиденције, шта би све требало да садржи, којем државном органу поверити њено вођење, којим субјектима дозволити приступ евиденцији, колико би требало да траје упис и слично. Даље излагање се неће бавити детаљном анализом начина на који су сва набројана питања регулисана у домаћем праву (више о томе у Миладиновић Стефановић, 2014: 447–462), већ само извесним проблематичним сегментима.

У том смислу, прве напомене односе се на листу кривичних дела чији учиниоци подлежу упису, а како су оне идентичне као и код посебних мера, о томе неће бити поново речи. Што се саме садржине евиденције тиче, Конвенција изричито помиње податке који се односе на идентитет и генетски профил учиниоца (чл. 37), што је у нашем праву конкретизовано навођењем имена и презимена осуђеног, његовог јединственог матичног броја, адресе пребивалишта, података о запослењу, података од значаја за физичко препознавање осуђеног и његове фотографије, ДНК профила, података о кривичном делу и казни на коју је осуђен, правним последицама осуде, спровођењу посебних мера прописаних овим законом (чл. 13. Закона о посебним мерама). На питање да ли је садржина могла бити детаљнија, одговор је потврдан. У појединим страним регистрима изричито се траже и отисци прстију и отисци целог длана, подаци о сваком псеудониму под којем је осуђени познат, о полу, држављанству, националности, о локацији места на којем се осуђени може наћи ако нема пребивалиште или боравиште, о субјекту код којег је ангажован на волонтерској бази и о врсти посла који на овакав начин обавља, о свакој образовној институцији на коју је уписан, о војном чину, ако осуђени има чин официра или подофицира и контакту са његовом јединицом, о возилу које користи (регистарски број и опис – модел, година производње и боја), о бројевима телефона на којима је доступан и слично (детаљније у Миладиновић-Стефановић, 2014: 453–455). Оно што би могло бити од користи за идентификовање непознатих учинилаца јесте и евидентирање посебног начина извршења

и посебних склоности (op. cit: 453). Када се већ говори о садржају, требало би поменути да нека страна права допуштају и уношење неправноснажних судских одлука,¹⁶ одлука донетих у случају када су учиниоци ослобођени кривичне одговорности због неурачунљивости,¹⁷ као и одлука донетих пре ступања на снагу закона којим је уведена обавеза вођења посебне евиденције (тзв. ретроактивна регистрација).¹⁸ Иако се може учинити да се архивирањем оваквих података остварује шира заштита малолетника, поставља се питање да ли се тиме нарушавају гарантована права учинилаца. Европски суд за људска права је већ имао прилике да се изјашњава о томе у случајевима *Bouchacourt v. France*, *Gardel v. France* и *M. B. v. France*, закључивши да се ретроактивним уписом не крши начело законитости, јер регистравање по својој правној природи није казна, већ превентивна мера, тако да не долази у обзир примена чл. 7. ст. 1. Европске конвенције.¹⁹ Истовремено, одбачен је и навод да се регистравањем крши право на заштиту приватности (чл. 8. Конвенције), прво, због тога што се подаци могу користити само од стране одређених државних органа и других субјеката под стриктно наведеним условима, који се према њима морају односити као према службеној тајни, и друго, јер подлежу брисању у року који није оцењен као диспропорционалан тежини дела.

Поред садржине, опсег заштите може да зависи и од трајања уписа. Наш законодавац се определио за то да се подаци из посебне евиденције воде трајно и да се не могу се брисати,²⁰ чиме је отишао корак даље у

16 Као пример се, међу европским законодавствима, може навести Француска (чл. 706-53-2 *Code de procédure pénale*, коришћена енглеска верзија текста са <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, приступ 28.03.2014. године), мада је ова појава више карактеристична за англосаксонско право (регистри САД (чл. 114. *Adam Walsh Act*, http://www.justice.gov/olp/pdf/adam_walsh_act.pdf, приступ 28.03.2014. године) и Канаде (чл. 8v *Sex Offender Information Registration Act*, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-8.7/FullText.html>, приступ 28.03.2014. године)). Са друге стране, има и закона који изричито наглашавају да одлука мора бити правноснажна, видети чл. 6. тач. б хрватског *Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији* (*Народне новине РХ*, бр. 143/12) или македонски *Закон за Посебен регистар за лица осудени со правосилна пресуда за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија* (*Службен весник на РМ*, бр. 11/12), из чијег се назива види да су предмет евидентирања само правноснажне одлуке.

17 Чл. 706-53-2 *Code de procédure pénale*, чл. 114. *Adam Walsh Act-a*, чл. 8v *Sex Offender Information Registration Act-a*.

18 Чл. 706-53-2 *Code de procédure pénale*.

19 Текст пресуда је прузет из базе Европског суда за људска права <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22documentcollectionid2%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%7D>, приступ 03.05.2014. године.

20 Такво решење је прихваћено и у Македонији (чл. 7. *Закон за Посебен регистар*). Ово би могло да буде спорно, ако се узме у обзир став Европског суда (видети претходни пасус).

претпостављеном остваривању превенције, јер је уобичајно да се трајање регистрације доводи у везу са тежином кривичног дела, тако да би трајан упис евентуално могао бити „резервисан“ само за она најтежа из групе.²¹ Такође, уз доживотни упис је обично остављена и могућност скраћења, ако у одређеном року евидентирано лице не буде осуђено за сексуални деликт, ако је издржало казну и прошло одговарајући третман, или само могућност ограничавања периода јавне доступности података из уписа.²² Очигледно је да се код дужине регистровања не може пребацити законодавцу да је могао да учини више у циљу заштите малолетника, пре би се могло рећи да је искористио максимум, очигледно занемарујући захтеве проистекле из права супротне стране. У том смислу, трајан упис може бити споран, с обзиром на горе поменуте закључке Европског суда за људска права. Није тешко претпоставити какву би оцену добио, када је у пракси овог суда и за упис ограниченог трајања постављен захтев пропорционалности са тежином кривичног дела. Поред тога, не треба заборавити ни да се ограничено временско трајање казнене евиденције налази у функцији остваривања рехабилитације и сврхе кажњавања, што је због решења прихваћеног код нас доведено у питање.

Надаље, дOMET протективног дејства зависи и од доступности података из евиденције, што представља једно од најзначајнијих и веома осетљивих проблема. Могуће је пронаћи и разлоге за и разлоге против шире доступности. Док је, са једне стране, реч је о тешким делима и учиниоцима који се сматрају склоним рецидиву, што би могло да говори у прилог шире доступности, са друге стране, не сме се заборавити ни то да би упознавање јавности могло да представља нарушавање гарантованог права на заштиту личних података, да не говоримо о опасности од стигматизације и отежане реинтеграције осуђеника, о „запаљивом“ потенцијалу за стварање атмосфере мржње, па чак и линча, поготово у малим срединама. По нашем Закону, податке могу добити различити субјекти, почевши од суда, јавног тужиоца и полиције у вези са кривичним поступком који се води против лица које се налази у посебној евиденцији, као и надлежне организационе

21 Компарације ради, у Француској упис остаје у регистру двадесет односно тридесет година (чл. 706-53-4 *Code de procédure pénale*). Чак ни у англосаксонским земљама, познатим по радикалним решењима у овој области, доживотно трајање уписа није прописано за сва дела (видети чл. 111. и 115. *Adam Welsh Act*-а или табелу из чл. 1. тач. 4 *Sex Offenders Act*).

22 У Македонији, на пример, осуђено лице има право да тражи пред судом престанак јавног објављивања података из регистра након десет година од истека казне, уколико у том периоду није поновило кривично дело за које је осуђено или учинило неко друго дело сексуалне злоупотребе, педофилије и трговине малолетним лицима (чл. 10. *Закон за Посебен регистар*).

јединице полиције и организационе јединице Управе за извршење кривичних санкција надлежне за третман и алтернативне санкције, када је то потребно за вршење послова из њихове надлежности (чл. 15. ст. 1). Другим кругом су обухваћени државни органи, предузећа, друге организације или предузетници, који ове податке могу добити на образложен захтев, ако трају правне последице осуде и ако за то постоји оправдани интерес заснован за закону (ст. 2). За поједине субјекте конституисана је обавеза да траже податке из евиденције, те тако државни и други органи, правна лица и предузетници који раде са малолетним лицима морају да затраже податак о томе да ли је лице које треба да заснује радни однос код њих, односно обавља послове са малолетницима, уписано у посебну евиденцију (ст. 3). Подаци из посебне евиденције могу се дати и иностраним државним органима у складу са међународним споразумом (ст. 4). У компаративном праву, став према доступности података варира. Углавном, преовладава правило да они нису опште доступни, те уобичајно увид остварују државни органи, мада неки од њих (полиција), имају овлашћење да обавесте ширу јавност о учиниоцима, ако је то, у изузетним случајевима, потребно ради превенције.²³ Међутим, поједине земље, чак и неке из нашег окружења, определиле су се за радикалнија решења, као Македонија, где постоји посебан сајт са подацима о осуђеним лицима.²⁴ Када се све сумира, могло би се рећи да је законодавац прихватио умереније решење, избегавајући остале, прилично суспектне, могућности, којима се може пребацити да крше право на приватност (тешко је и замислити размере нарушавања, посебно када се узме у обзир наш менталитет који слабо уважава ово право), да имају догматско упориште у концепту учиниоца као „опасног странца“, што не одговара феноменологији овог типа криминалитета код

23 У Великој Британији полиција може да обавести директоре школа, лекаре, управнике спортских клубова, лица на челу дечијих и омладинских организација и слично, уз обавезу да морају чувати тајност ових података (*Sex Offenders Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/51/contents>). Француска је приступ овим осетљивим информацијама ограничила на државно тужилаштво, суд, полицију, али и друге државне органе и установе, који их могу добити на основу посебног решења и то у циљу провере кандидата за радна места која укључују контакт са малолетницима (чл. 706-53-7. *Code de procédure pénale*). Хрватска даје непосредан приступ полицији, судовима и тужилаштву у односу на лице за које је почео казнени прогон и за потребе спречавања, откривања и гоњења кривичних дела (чл. 9. ст. 1. и 2. *Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији*). Јавни регистар би у Немачкој био противустанован, тако да њихој електронској бази HEADS (*Haft-Aentlassenen und Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter*), успостављеној у Баварској, имају право приступа само државни органи (видети чл. 47. *Polizeiaufgabengesetz* (Закон о полицији), доступно на <http://www.polizeirecht.de/polizeiaufgabengesetz-Bayern.htm>), и чл. 483. *Strafproceßordnung* (Закон о казном поступку), доступно на <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>).

24 www.registarnapedofili.mk

нас, али и да подразумевају прећутно пребацивање терета заштите са државних органа на лица која се старају о малолетницима.

Посебан проблем у вези са овом евиденцијом може бити и чињеница да законодавац није експлицитно уредио њен однос са већ постојећом казненом евиденцијом. Тиме је отворена дилема да ли се односна дела истовремено, паралелно бележе у обе евиденције (са различитим трајањем уписа!), или се овај посао препушта у потпуности Управи за извршење кривичних санкција, чиме се судови ослобађају обавезе да се тиме баве. Друга могућност делује логичније, мање је компликована, а избегавају се и сви проблеми који би се појавили у случају дуплог архивирања под различитим правним режимима, али је ипак, укупно посматрано, можда било „најбезболније“ успостављање само посебног регистра ДНК профила, као што је учињено у Француској.²⁵

6. Закључна разматрања

Проучавање кривичних дела којима се у нашем праву штите малолетници од сексуалне злоупотребе и искоришћавања, показало је да су могућа даља побољшања, и то у виду прецизнијег дефинисања, али и увођења нових облика појединих дела, како би се остварила боља усаглашеност са одредбама Конвенције и потпунија заштита малолетних лица. Завршна оцена интервенција на општим институтима кривичног права, могла би се укратко описати на следећи начин: неке од њих су изведене без утемељења у Конвенцији и са веома дискутабилним протективним доприносом, док је код других законодавац, идући и даље од онога што Конвенција налаже, због понављања и преклапања садржаја довео у питање и саму логичку усаглашеност читавог система кривичног права. Што се посебних мера тиче, оне се могу подвести под веома апстрактан оквир дат Конвенцијом, али начин на који су постављене чини их са више аспекта проблематичним хибридом, уз напомену да нема ни доказа да су криминално-политички оправдане (приказ страних истраживања о (не) делотворности сличних мера видети у Миладиновић-Стефановић, 2013: 390–391), а сличан закључак следи и у односу на посебну евиденцију (више о томе у Миладиновић-Стефановић, 2014: 461–462). Укупно посматрано, сумирањем наведених запажања, настаје не баш пријатан утисак да је законодавац у појединим сегментима радио недовољно промишљено, у журби да што пре испуни прихваћене обавезе, мада није искључено ни то

25 Видети *Code de procédure pénale* од чл. 706–54. до 706–56. Овде би требало поменути да се у регистар уносе ДНК профили не само учинилаца сексуалних, него и других кривичних дела.

да је, опредељујући се за радикалнији приступ, ишао и за удовољавањем захтева репресивно оријентисане јавности. Међутим, иако није спорно да се обавезе из потврђених међународних уговора које се односе на кривично законодавство морају испуњавати, не сме се заборавити ни то да су оне у овом случају (и по правилу) тако постављене да остављају одређени простор у коме се може трагати за решењима која ће одговарати, не само конкретном националном правном систему, него и конкретним приликама сваке појединачне земље, што је приликом конципирања кривичноправне заштите малолетних лица од сексуалне злоупотребе и искоришћавања код нас, очигледно, у једном делу пренебрегнуто. Последица оваквог приступа су некохерентна решења дискутабилне криминално-политичке оправданости.

Литература

Adam Walsh Act. Retrieved 28, March 2014, from http://www.justice.gov/olp/pdf/adam_walsh_act.pdf

Bouchacourt v. France. Retrieved 5, May 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

Code de procédure pénale. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>

Делић, Н. (2010). Забрана (искључење) ублажавања казне у одређеним случајевима. *Crimen*. 2. 228-245

Gardel v. France. Retrieved 5, May 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

Кривични законик. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012) и 104 (2013)

Maloy, M. L., Coleman, S. (2009). GPS Monitoring of Sex Offenders. У R. Wright (ed.), *Sex Offender Laws, Failed Policies, New Directions* (стр. 243-266). New York: Springer

M. B. v. France. Retrieved 5, May 2014, from [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

Миладиновић-Стефановић, Д. (2013). Посебне мере за спречавање дела против полне слободе према малолетницима. У П. Димитријевић (прир.),

Заштита људских и мањинских права у европском правном простору (стр. 377–393). Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Миладиновић-Стефановић, Д. (2014). Посебна евиденција учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима. У М. Лазевић (прир.), *Усклађивање права Србије са правом ЕУ*, (стр. 447–462). Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

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

Polizeiaufgabengesetz. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.polizeirecht.de/polizeiaufgabengesetz-Bayern.htm>

Ристивојевић, Б. (2013). „Пунитивни популизам“ српског законодавца – Критичка анализа тзв. Маријиног закона. У З. Стојановић (прир.), *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, (стр. 319–338). Златибор – Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу

Sex Offenders Act. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/51/contents>

Sex Offender Information Registration Act. Retrieved 28, March 2014, from <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-8.7/FullText.html>

Shekhter, S. (2010-2011). Every Step You Take, They'll Be Watching You: The Legal and Practical Implications of Lifetime GPS Monitoring of Sex Offenders. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. 38 (4). 1085–1112.

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

Стојановић, З. (2013). Нова решења у Кривичном законнику Србије, њихова примена и будућа реформа. У З. Стојановић (прир.), *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, (стр. 11–32). Златибор – Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу

Strafproceßordnung. Retrieved 28, March 2014, from <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>

Закон о извршењу вансудских санкција и мера. Retrieved 29, May 2014, from <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2014/1362-14.pdf>

Закон о основама система образовања и васпитања. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2009), 52 (2011) и 55 (2013)

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

Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1 (2010)

Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији. *Народне новине РХ*. Бр. 143 (2012)

Закон о пребивалишту и боравишту грађана. *Службени гласник РС*. Бр. 87 (2011)

Закон за Посебен регистар за лица осудени со правосилна пресуда за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија. *Службен весник на РМ*. Бр. 11 (2012)

www.registarnapedofili.mk

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of law, University of Niš

Protection of Minors from Sexual Exploitation and Abuse: The European Standards and the Criminal Law of the Republic of Serbia

Summary

The Convention for the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007) laid down the criminal law standards for the protection of minors. After the ratification of this Convention, these standards became part of the Serbian legal system but Serbia assumed an obligation to provide for their further elaboration and implementation. The obligation was put into effect by amending the Criminal Code (2009) and adopting the Act on Special Measures for the Prevention of Sex Crimes against Minors (2013). In that context, this paper is an attempt to critically examine the implementation of these standards in the field of general criminal law, the scope of criminal offences introduced to protect the sexual integrity of minors, the special measures for their protection and the special registers on the perpetrators of criminal offences involving sexual abuse against minors. In line with the projected subject matter, the primary goal of this research paper is to provide answers to several important questions: has Serbia managed to put the Convention capacities into good use; are there any other solutions for the specific implementation of general standards; and what are the practical implications of the accepted and possible solutions?

Key words: sexual exploitation and abuse, minors, preventive measures.

Иван Илић,*
асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.131.8

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

РЕПЕРКУСИЈЕ ИЗМЕЊЕНИХ ПРОЦЕСНИХ УЛОГА НА УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

Апстракт: Основу рада представља теза да Законик о кривичном поступку из 2011. године почива на начелу утврђивања истине. Наиме, током рада на изради законског текста, као и након усвајања ЗКП-а из 2011. године, до почетка његове примене у пуном опсегу, у стручној јавности се појавило мноштво радова којима се доводи у сумњу егзистенција начела истине у важећем процесном кодексу. Иако ово начело заиста експлиците није предвиђено у тексту новог ЗКП-а, аутор доказује његову егзистенцију анализом појединих одредби закона, којима је значајно измењен положај главних кривичнопроцесних субјеката, у погледу утврђивања чињеница у кривичном поступку. Аутор заступа став да утврђивање истине о кривичној ствари остаје највиши циљ вођења поступка, без обзира што је концепција кривичног поступка постављена по угледу на адверзијални систем. Истакнут је одлучујући значај истинитог оформљења чињеничног фондуса за доношење правилне и законите судске одлуке. Аутор сматра да тумачење одредби којима је регулисана доказна активност суда, у складу са начелом истине, не излази изван оквира закона, те да учесталост доказне интервенције суда не може бити ограничена изван слова и духа закона.

Кључне речи: начело истине, утврђивање чињеница, адверзијални кривични поступак.

* ivan@prafak.ni.ac.rs

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

1. Уводне напомене

Основна карактеристика Законика о кривичном поступку из 2011. године,¹ који је заснован на адверзијалном начелу, јесте измењен процесни положај главних субјеката. Јавни тужилац добија руководећу улогу у предистражном поступку и истрази. На главном претресу доминира расправно начело, са наглашеном улогом странака приликом утврђивања чињеница, док је улога суда пасивизирана. Суд руководи поступком и доноси одлуку, док је у извођењу доказа његова улога минимизирана. Суд предлаже извођење доказа и изводи их по службеној дужности само изузетно. Нормативни израз начела истине изостављен је из законског текста, а из других одредби видљива је намера законодавца да суд ослободи дужности да утврђује истину. Доказна иницијатива је, у највећој мери, на странкама, док је суду додељена супсидијарна, комплементарна и корективна улога.

Током рада на изради законског текста, као и након усвајања ЗКП-а из 2011. године, до почетка његове примене у пуном опсегу, у стручној јавности се појавило мноштво радова, којима се доводи у сумњу егзистенција начела истине у сада важећем процесном кодексу (Шкулић, Илић, 2012, Шкулић, 2013: 489–515, Ђурђић, Трајковић, 2013: 111–128, Бејатовић, 2013: 3–25). Рад почива на тези да се Законик о кривичном поступку из 2011. године темељи на начелу утврђивања истине, што истовремено представља циљ вођења поступка, иако је овај принцип изостављен из текста закона, а улога суда у утврђивању чињеница минимализована. Иако ово начело заиста експлиците није предвиђено у тексту новог ЗКП-а, покушаћемо да докажемо његово постојање анализом појединих одредби закона. Реч је о одредбама којима је значајно измењен положај главних кривичнопроцесних субјеката у погледу утврђивања чињеница. Утврђивање истине о кривичној ствари мора опстати и остати један од циљева кривичног поступка, без обзира што је његова концепција постављена по угледу на адверзијални систем. Стога релевантне одредбе Законика о кривичном поступку треба тумачити на начин којим се омогућава правилност и законитост судских одлука, самим тим и владавина права.

2. Начело истине

У лепези основних начела кривичног процесног права, готово незаобилазан чинилац је начело (материјалне) истине. Ово начело сматрало се једним од најважнијих, некада и својеврсним надначелом кривичног процесног права (Марковић, 1930: 241). Иако представља тековину инквизиционог поступка, његов значај произлази из саме бити кривичног поступка, који

1 Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

представља институционални оквир за доношење одлуке о основаности *ius puniendi* државе (Кнежевић, 2012: 89). Имајући у виду да у кривичном поступку, а нарочито након његовог окончања, долази до значајног ограничења елементарних људских права, логично се намеће захтев да се судска одлука заснује на истинито утврђеним правно релевантним чињеницама. Управо стога се истина каткада поима и као један од циљева вођења кривичног поступка, јер је правилна примена права могућа само ако је чињенично стање истинито утврђено (Сијерчић Чолић, 2012: 105).

Дефинисање истине је *seades materiae*, првенствено логике и филозофије. Полазећи од тог одређења, изведен је појам истине у кривичном поступку, која представља субјективан одраз објективно постојећег у свести судије (Стевановић, Ђурђић, 2006: 78). Истина у кривичном поступку представља, дакле, највиши степен извесности о извршеном кривичном делу од стране учиниоца, до које је суд дошао утврђивањем чињеница. Другим речима, то је највећи степен подударности између онога што је суд сазнао и догађаја из прошлости који је предмет кривичног поступка. Круцијално питање је да ли се у кривичном поступку може утврдити савршена, објективна и апсолутна истина. Преовлађујуће је схватање да се може утврдити само релативна, субјективна и историјска истина (Водинелић, 1978: 38–51). Разлози за то су многобројни. Најпре, у кривичном поступку се реконструише догађај из прошлости, па су детаљи сећања подложни забору, док се материјални докази такође трансформишу услед дејства атмосферских прилика и хемијских реакција. Истина до које се може доћи у кривичном поступку, свакако је субјективна, будући да је утврђују људи. То, самим тим, значи да она не може бити лишена утицаја личних особина, искуства и знања судије. Према томе, у кривичном поступку је могуће утврдити асимптотску истину, која је најближа тачки апсолутног поклапања са кривичним догађајем који се одиграо у прошлости, али се не поклапа у потпуности.

Различити путеви сазнања истине дуго су били размеђа између грађанског и кривичног поступка. У грађанском поступку, заснованом на диспозиционој максими странака, доминантна је њихова улога приликом утврђивања чињеница, што истину у овом типу поступка чини *формалном*. Насупрот томе, у кривичном поступку суд није (био) везан диспозицијом странака, већ је дужан да по службеној дужности изводи доказе. Ако странке својим процесним располагањем не могу суду запречити пут долажења до истине, онда је реч о *материјалној* истини. Новији реформски захвати довели су до реверзибилног процеса у смеру реприватизације кривичног поступка, у коме јача позиција странака у утврђивању чињеница у односу на суд, чији се положај и активност пасивизира. Уколико би се овај концепт спровео до крајњих граница, урушио би се јавноправни карактер кривичног поступка.

Приликом одлучивања о основаности казненоправног захтева овлашћеног тужиоца, у приличној мери се задира у основна права окривљеног. Са друге стране, држава је заинтересована да се њено право на кажњавање активира у случају извршења кривичног дела. Стога, претварање кривичног поступка у парницу није оправдано, нити логично, а противно је правној баштини континенталног правног система.

Начело трагања за истином, као уосталом и било које друго начело кривичног процесног права, није апсолутно, већ постоји низ одступања од њега. Суд је, приликом доказивања и доношења одлуке, омеђен субјективним и објективним елементом оптужбе. Између пресуде и оптужбе мора постојати идентитет. Субјективни идентитет се односи на истоветност лица које је у оптужном акту означено као окривљени. Објективни идентитет представља подударност битних елемената кривичног дела из чињеничног описа оптужног акта. Суд је у утврђивању истине такође ограничен кругом лица која се у поступку могу саслушати у својству сведока. Од опште дужности сведочења, којој подлежу сви грађани, ослобођене су поједине категорије сведока. Поједина лица су ослобођена од дужности сведочења услед блиског сродничког или неког другог односа са окривљеним (члан 98. ЗКП). Они се називају привилеговани сведоци. Од обавезе да сведоче такође су ослобођена нека лица, која иначе поседују апстрактну способност, али у конкретном случају не могу бити сведоци. То су лица која би својим исказом, у конкретној кривичној ствари, повредила дужност чувања професионалне, или какве друге тајне, као и бранилац окривљеног, о ономе што му је у том својству окривљени поверио (члан 93. ЗКП). Најзад, сваки сведок је ослобођен дужности да одговори на поједино питање, ако би себи блиско лице, или самог себе, изложио тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу (члан 95. став 2. ЗКП).

Знатна органичења у досезању до истине у кривичном поступку проистичу из потребе да се окривљеном заштите основна људска права. Из права окривљеног на несамооптуживање произлази право да се у поступку брани ћутањем. С истим циљем је установљена апсолутна забрана мучења и нечовечног поступања, примена силе, претње, обмане и принуде, као и медицинских интервенција према окривљеном и другим учесницима у поступку. У корист окривљеног и из интереса правне сигурности, науштрб утврђивања истине, налази се немогућност истовременог или сукцесивног кривичног гоњења истог окривљеном за исто кривично дело (члан 4. став 1. ЗКП). Ова процесна установа, позната као забрана двоструке угрожености, изражена је још старом латинском максимом *ne bis in idem* (Илић, 2011: 349–369). На истом курсу налази се и забрана *reformatio in peius*, која важи у поступку по правним лековима, ако је правни лек изјављен само у корист окривљеног (члан 4. став 2. ЗКП).

3. Нормативни израз начела истине

Начело истине имало је сопствени нормативни израз и традицију дугу један и по век у нашем кривичном поступку. У Законику о кривичном поступку из 2001. године,² била је предвиђена обавеза за суд и друге државне органе да истинито и потпуно утврде чињенице које су важне за доношење законите одлуке (члан 17. ЗКП из 2001. године). Суд је имао дужност утврђивања чињеница, у корист и на штету окривљеног. Приликом утврђивања вредности појединих доказа, суд није везан формалним доказним правилима, већ је овлашћен да вредност доказа цени по слободном судијском уверењу (члан 18. ЗКП из 2001. године). У многим одредбама раније важећег процесног закона била је истакнута активна улога суда, изражена у могућности извођења доказа по службеној дужности. Предлагање и извођење доказа не подлеже временском ограничењу, већ важи повластица новирања (*beneficium novorum*), чиме је такође афирмисано начело истине. Евентуално признање кривице окривљеног не зауставља даље извођење доказа, већ је суд овлашћен да провери истинитост датог признања ако оцени да је непотпуно, противуречно или нејасно (члан 94. ЗКП из 2001. године). Начело истине подупиру и друга процесна начела, контрадикторности, јавности, усмености и непосредности, којима се одређује начин извођења кривичнопроцесних радњи. Могућност побијања чињеничне основице судске одлуке у кривичном поступку, редовним и ванредним правним лековима, такође афирмише начело истине. Жалбом на пресуду првостепеног суда може се побијати првостепена пресуда, услед погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Трагање за истином не зауставља се ни стицањем својства правноснажности судске одлуке. Појава нових чињеница и нових доказа основ је за понављање кривичног поступка.

У Законику о кривичном поступку из 2011. године више не постоји нормативни израз начела истине какав је постојао у раније важећем процесном закону. Уместо тога, у члану 15. ЗКП-а, садржана су основна правила о доказивању. Прописано је да се докази прикупљају и изводе у складу са законом. Јасно је истакнуто да терет доказивања оптужбе пада на тужиоца. Предлагање доказа примарно је на странкама, а извођење доказа је у власти суда. Изузетно, суд може наложити странкама да дају предлог да се изведу допунски докази, или сам одредити извођење допунских доказа. Суд има такву могућност, ако оцени да су до тада изведени докази противуречни или нејасни, те да постоји неопходност да се додатним извођењем доказа предмет доказивања *свестрано* расправи. Намера

2 Сл. лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Сл. гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010.

законодавца да се реши начела истине јасно је исказана изостављањем атрибута *истинитог и потпуног* утврђивања чињеница, који је замењен термином *свестрано*. Објашњење за једну од најзначајнијих промена коју је донело усвајање новог Законика о кривичном поступку, дали су сами законописци (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 102–103), у коментару ЗКП-а. Основна интенција била је давање преваге расправном начелу над инквизиционом максимумом, чије је главно упориште био члан 17. раније важећег ЗКП-а. Полазећи од тезе да је у поступку немогуће доћи до апсолутне истине, већ само судске, релативне и историјске, писци Законика сматрају да је постојање могућности суда да прибавља и изводи доказе по службеној дужности неоправдано. Додатни аргумент законописци налазе у чињеници да је извођење доказа *ex curia* неспојиво са једним од елемената правичног суђења – непристрасношћу суда?! То, другим речима, значи да активна улога суда у утврђивању чињеница аутоматски повлачи за собом пристрасност, што представља нонсенс. Ако суд има овлашћење да изводи доказе у корист и на штету окривљеног, не може бити речи о пристрасности. Недоследност овог концепта произлази из могућности супсидијарног извођења доказа *ex officio*, која је дата суду. Ако, према мишљењу законодавца, активна улога суда у извођењу доказа представља опасност од пристрасности, требало је суд у потпуности развластити од могућности утврђивања чињеница.

Изражавамо неслагање са тврдњом да је активна улога суда у утврђивању чињеница на главном претресу неприхватљива. Након што је чињенична основа у потпуности формирана, одлука о казненом захтеву тужиоца пада на суд. Да би могао да донесе правилну и закониту одлуку, суд је имао могућност да изводи доказе по службеној дужности, искључиво с циљем свестраног сагледавања предмета поступка, што је захтев који се и у новом ЗКП-у поставља пред суд. Ако постоји сумња у пристрасност судије, постоји могућност истицања захтева за изузеће. Околности које могу довести до пристрасности, дефинисане су законом (члан 37. став 1. и 2. ЗКП), и утврђују се индивидуално, а не генерализацијом. Са тврдњом законописаца, да је некадашњи концепт, са активном улогом судије, доводио то тога да суд подупире оптужбу (Шкулић, 2014: 25), такође се не саглашавамо. Извођењем доказа *ex officio* суд не подржава било коју од странака, јер сваки изведени доказ цени по слободном судијском уверењу. Апропо тога, изражена интенција да страначке функције буду потпуно одвојене од функције суђења, такође није доследно материјализована. Како објаснити да се јавни тужилац, који у предистражном поступку и истрази има функцију државног органа који руководи овим фазама поступка, у даљем току поступка претвара у странку. Посве је нелогично

и неоправдано очекивати да ће јавни тужилац у претходном поступку предузимати радње у корист окривљеног, да би касније, на главном претресу, заступао оптужбу. Зашто би јавни тужилац, који је странка у поступку, заступао интересе супротне странке у хеуристичкој фази, и да ли је реално тако нешто очекивати?

4. Ко у кривичном поступку утврђује чињенице ?

У погледу круга кривичнопроцесних субјеката који у кривичном поступку утврђују чињенице, постоје два схватања. Уже схватање полази од тврдње да чињенично стање обухвата само оне чињенице за које је суд, у својој одлуци, закључио да постоје. Из тога следи да у кривичном поступку чињенице утврђује једино суд (Грубиша, 1982: 96). Шире схватање, полазећи од тога да утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, у субјекте утврђивања чињеница убраја судске и друге државне органе, странке, па чак и вештаке (Крапац: 1982: 107). Да би утврђене чињенице постале основа судске одлуке, потребно је да уверење о њиховом постојању стекне суд. Чињенице о чијем би постојању учесници у поступку стекли уверење, а нису констатоване у одлуци суда, немају правни значај, нити могу послужити приликом доношења одлуке.

Суд може имати овлашћење да изводи доказе искључиво на предлог странака, или и по службеној дужности. Међутим, закључак о постојању правно релевантних (одлучних) чињеница, мора бити на суду који има власт над доношењем одлуке у кривичном поступку. Нелогично би било да одлуку о утврђености чињеница доносе странке, или неки други учесници у поступку, а да иза одлуке стане суд. Стога је правило да у кривичном поступку чињенице утврђује кривични суд, изузетно други државни орган (јавни тужилац у фази истраге), који је на то законом овлашћен (Ђурђић, 2013: 485). И у случају постојања тужилачке истраге, одлуку о кривичној ствари доноси кривични суд, након суђења, схваћеног у ужем смислу.

У раније цитираном члану 17. Законика о кривичном поступку из 2001. године, *explicite* је било прописано да суд и други државни органи утврђују чињенице које су од значаја за доношење судске одлуке. Насупрот томе, у члану 16. став 2. важећег ЗКП-а, дужност утврђивања чињеница поверена је искључиво суду. Имајући у виду да је раније важећи ЗКП предвиђао судску истрагу, а важећи има тужилачку истрагу, законска одредба из члана 17. ЗКП-а из 2001. године примеренија је садашњој процесној реалности, а одредба из члана 16. ЗКП-а из 2011. године – некадашњој. Према дикцији одредбе важећег процесног закона, да се закључити да суд утврђује

чињенице на основу оцене изведених доказа.³ Притом је суд дужан да са једнаком пажњом утврђује чињенице које иду у корист и на штету окривљеног. Према томе, суд изводи доказе на предлог странака, након чега врши оцену доказа, чиме утврђује постојање одлучних чињеница. Постоји, међутим, и другачије тумачење, да доказе изводе *странке*, а да је улога суда у томе супсидијарна, корективна и изузетна (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 103). Такво схватање коси се са језичким тумачењем законског текста, али и са процесном логиком. Странке предлажу извођење доказа, суд прихвата предложене доказе и изводи их. Извођење доказа значи прихватање предложених доказа, сазнавање чињеница из извора доказа и процесно фиксирање (Ђурђић, 2014: 258). Та делатност увек је у власти суда, независно од тога да ли има активну или пасивну улогу у предлагању доказа.

Према важећем процесном закону, доказна активност је готово у потпуности на странкама, изузетно и супсидијарно на суду, док извођење доказа мора бити у надлежности суда. У супротном, ако би странке руководиле извођењем доказа, кривични поступак би био претворен у својеврсну анархију, имајући у виду супротстављене интересе које иманентно имају странке у поступку.

5. Скривено начело истине у одредбама Законика о кривичном поступку

Као што је раније наведено, начело истине је изостављено из текста Законика о кривичном поступку. Иако би се могло помислити да је намера законодавца била само да се ослободи инквизиционе максиме, темељним тумачењем закона, као и из коментара ЗКП-а, јасно се види намера законодавца да начело истине у потпуности елиминира из кривичног поступка. У новонасталој ситуацији оправдано се може поставити питање, шта је циљ вођења поступка, ако не долажење до истине? У члану 1. ЗКП-а, стипулисан је циљ вођења кривичног поступка на следећи начин: *„да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка“*. Прокламовани циљ не може се досегнути ако се у кривичном поступку утврђује она истина коју странке желе, односно истина коју наметне успешнији у страначком двобоју.

³ Став 2. члана 16. гласи: „Суд је дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном“.

У недостатку доказа о учињеном кривичном делу, окривљени бива ослобођен. Исто тако, ако суд остане у сумњи у погледу постојања одлучних чињеница, одлучиће у корист оптуженог (*in dubio pro reo*). Како доћи до правилне осуђујуће, или ослобађајуће пресуде, ако се не утврди истинитост одлучних чињеница? Који је то виши степен извесности од довољно основане сумње, до кога је потребно доћи да би се донела судска одлука? Одговор се налази у ставу 4. члана 16. ЗКП-а. Судску одлуку могуће је засновати једино на чињеницама, у чију је *извесност судуверен*. И у овој одредби, законодавац је свесно избегао термин *истинитост*, као какву пошаст ранијег кривичног поступка, са доминантним постојањем инквизиционе максиме.

У кривичном поступку чињенице се утврђују са различитим степеном извесности, зависно од фазе поступка. Квалитет извесности, логично, расте током поступка. Најнижи степен извесности представљају основе сумње (основи подозрења), довољан за покретање преткривичног (предистражног) или кривичног поступка.⁴ Основана сумња је степен извесности о кривичном делу и учиниоцу, који је, такође, потребан за покретање поступка, ако постоји јасна граница између преткривичног поступка и фазе истраге.⁵ Довољно основана сумња, оправдана сумња,⁶ односно вероватноћа је степен извесности потребан за подизање оптужнице. Највиши степен извесности о делу и учиниоцу, потребан за доношење судске одлуке, је *истинитост*. Уместо тога, наш законодавац се служи термином *извесност*, који није прецизан. Извесност у постојање нечега може се градирати, баш као што то показује динамика кривичне ствари која еволуира од основа сумње, преко основане сумње, оправдане сумње, све до истинитости. Бити уверен у извесност одлучних чињеница не значи ништа друго до бити уверен у њихову истинитост. Управо тако и треба тумачити наведену одредбу из члана 16. став 4. ЗКП. Било какво друго тумачење и заснивање судске одлуке на нижем степену извесности о постојању одлучних чињеница доводи до неправилне и незаконите одлуке.

Осим наведене одредбе, чијим тумачењем заправо потврђујемо да је и даље један од циљева вођења кривичног поступка долажење до највишег степена уверења о постојању одлучних чињеница, и низ других законских одредби, у значајној мери, подупиру тезу о важењу начела истине. Иако је, сасвим оправдано, терет доказивања оптужбе на тужиоцу, а доказна

4 Према члану 295. став 1. ЗКП-а, основи сумње су степен извесности потребан за отварање истраге.

5 Видети: члан 241. ЗКП-а из 2001. године.

6 Видети: члан 331. став 1. ЗКП-а.

иницијатива примарно на странкама, суду је дато, истина сужено овлашћење, да изводи доказе по службеној дужности. Реч је, заправо, о два овлашћења; прво, суд може „дати налог странкама да предложи извођење допунских доказа“ или, изузетно, сам одредити да се такви докази изведу. У оба случаја то је могуће једино ако суд оцени да су изведени докази противуречни или нејасни, као и да је то неопходно, с циљем свестраног расправљања предмета доказивања (члан 15. став 4. ЗКП-а). Из ове, прилично компликоване формулације, могу се извући бројни закључци. Најпре, очито је да суд има доказну иницијативу супсидијарно и изузетно, док је она по правилу и примарно на странкама. Суд има могућност да сугерише странкама предлагање додатних доказа, ако оцени да је то потребно ради разјашњења противуречности или нејасноћа у утврђеним чињеницама. Давање налога странкама да предложи допунске доказе, формално гледано, тешко се може изразити и правно артикулисати. Реч је о неформалном сугерисању, које суд обавља у консултацијама са странкама. Питање је да ли ће се, и на који начин, у пракси процесно засведочавати налагање странкама да предложи доказе. Дубиозно је како ће се странке приморати да предложи допунске доказе, с обзиром да наложити неке нешто значи неку врсту ауторитативног императива. У крајњем случају, на шта нас наводи термин „изузетно“, суд може и сам одредити извођење допунских доказа, опет уз испуњење додатних услова, да су изведени докази противуречни и нејасни, и да је то потребно да би се предмет доказивања свестрано распрвио.

Кључно питање за тумачење ове одредбе јесте да ли се допунски докази односе на неутврђене чињенице, или на чињенице које су претходно утврђиване путем већ изведених доказа. Једно од тумачења налазимо у коментару закона (Илић и др, 2012: 105–106), у коме се наводи да се допунски докази односе на недостатке у већ изведеним доказима. Потребно је да су изведени докази противуречни или нејасни, при чему се апострофира да је један доказ нејасан, најчешће сам по себи, а да противуречан може бити сам по себи, или у односу на друге доказе. Према писцима коментара ЗКП-а, овлашћење суда да предложи или сам изводи додатне доказе, служи да би се отклониле искључиво фрагментарне недоречености или недоследности, а не и предмет оптужбе у целости. Из свега неведеног се може закључити интенција да се доказна иницијатива суда сведе у веома сужене оквире. Сматрамо да се наведена законска одредба може и другачије тумачити. Према члану 419. став 2. ЗКП-а, суд има дужност да, на основу оцене изведених доказа, закључи о извесности утврђених чињеница. Круг правно релевантних чињеница, које је потребно утврдити, произилази из предмета оптужбе, а квантитет и квалитет доказа одређују

учесници у поступку, највећим делом – странке. Да би суд испунио своју дужност, предмет доказивања мора бити свестрано расправљен. Поимање критеријума „свестраног“ расветљења кривичне ствари зависи од личности судије, у сваком конкретном случају. Суд мора имати потпун чињенични фондус да би могао донети правилну и закониту одлуку. Стога нема места механичким ограничењима могућности предлагања извођења додатних доказа, као ни извођења доказа по службеној дужности. Да ли постоји потреба за додатним извођењем доказа, зависиће од околности конкретног случаја. Стога је непримерено давати суду упутства о томе да ову могућност треба рестриктивно користити, да се не би, којим случајем, реафирмисала превазиђена и опасна истражна максима.

С циљем додатног аргументовања и утемељења става да доказна иницијатива суда представља само изузетну и рестриктивну могућност, посеже се за ставовима судске праксе (Илић и др, 2012: 106). Да ли то значи да са увођењем адверсарног кривичног поступка у Србију стиже *common law* систем прецедентног права, у коме је један од извора пракса судова. Сматрамо да нема места таквом тумачењу и да се доказна пасивност суда може заснивати једино на слову закона, а никако на судским пресудама. Заступници овог концепта такође сматрају да прекомерно посезање суда за могућношћу уплитања у предлагање доказа може произвести битну повреду одредби кривичног поступка (члан 438. став 2. тачка 3. ЗКП). Смисао повреде, на коју се позивају, састоји се у неправилној примени или непримени неке од одредаба ЗКП-а, са одлучујућим утицајем на доношење неправилне и незаконите пресуде. Узмимо, хипотетички, да прекомерна доказна умешаност суда представља неправилну примену члана 15. став 4. ЗКП-а. Тиме би чињенично стање било утврђено, а кривична ствар свестрано расправљена. Да ли је могуће да правилно и потпуно утврђено чињенично стање може довести до неправилне или незаконите пресуде? Сматрамо да је то немогуће.

Према коментару процесног закона, суд није овлашћен да утврђује „одлучне, нити материјалноправне чињенице“ које представљају елементе општег бића кривичног дела. У супротном би дошло до повреде објективног идентитета између пресуде и оптужбе (Илић и др, 2012: 106). Полазећи од те претпоставке, отвара се питање које чињенице се могу утврђивати на основу доказне иницијативе суда. Да ли је реч о индицијама и о контролним чињеницама? Сматрамо да се и ове две врсте чињеница могу утврђивати на тај начин, али да тиме, ни у ком случају, нису искључене одлучне чињенице. У кривичном поступку утврђују се чињенице на које материјално кривично право надовезује последице. Реч је о елементима општег и посебног бића кривичног дела, условима за постојање кривичне

одговорности, те условима за примену кривичне санкције (Ђурђић, 2013: 480). То су *материјално правно релевантне* чињенице. Осим тога, у кривичном поступку се утврђују чињенице које се односе на услове за покретање и вођење кривичног поступка, као и чињенице о начину извођења кривичнопроцесних радњи и решавања неких процесних питања (*процесно правно релевантне чињенице*). Скуп једних и других чињеница означава се термином *правно релевантно чињенично стање* (Бајер, 1980: 5). Према томе, извођење доказа о постојању правно релевантних чињеница, које су садржане у казненом захтеву тужиоца, на иницијативу суда, не може представљати прекорачење оптужбе у објективном смислу. Уколико су садржане у чињеничном опису оптужног акта, правно релевантне чињенице бивају предмет доказивања на главном претресу, независно од тога да ли иницијатива за њихово утврђивање потиче од странака или суда.

У аргументацији процесног положаја главних кривичнопроцесних субјеката, приликом утврђивања чињеница, законописци афирмишу доказну иницијативу суда ако су у питању докази за које се претпоставља да би ишли у прилог одбрани (Илић и др, 2012: 107). Као што смо раније навели, један од разлога за пасивизацију суда у утврђивању чињеница био је елиминисање тобожње потпоре оптужби. Ако би се прихватило тумачење, према коме је суд овлашћен да интервенише у корист одбране, то би легализовало управо пристрасност суда. Из тог разлога је неприхватљиво да суд улази у доказну арену интервенишући на страни одбране окривљеног. Тај задатак има бранилац, који заједно са окривљеним врши функцију одбране у кривичном поступку. На истој линији је тумачење да суд не треба да тежи свестраном расправљању кривичне ствари, иако је евидентно да су докази изведени на предлог тужиоца противуречни или нејасни, јер такав след ствари иде у прилог окривљеном. Руковођен том логиком, суд би требало да као неми посматрач испрати евидентне контрадикторности и недоречености у утврђивању чињеница, на основу доказа оптужбе, и да на основу такве чињеничне подлоге донесе ослобађајућу пресуду. Имајући на уму да је на тужиоцу терет доказивања, суд би био овлашћен да доноси неправилне одлуке, не дирајући у чињенично стање. Такав приступ у пракси био би погубан по схватање правде и правичности, као и саме владавине права. Осим тога, такво поступање суда било би у дисхармонији са дужношћу суда да са једнаком пажњом утврђује чињенице у корист и на штету окривљеног (члан 16. став 2. ЗКП-а). Најзад, такво поступање, консеквентно, доводи до укидања пресуде од стране другостепеног суда.

Супротно поимању коментатора ЗКП-а, активност суда приликом утврђивања чињеница не потиरे процесне институте установљене

у корист окривљеног. Ако (не)постојање неке чињенице у кривичном поступку није могло бити утврђено са сигурношћу, сматра се да је утврђена у корист окривљеног. У томе је суштина правила *in dubio pro reo*. Важење овог принципа и начела истине не искључују се међусобно. Ако се истинитост постојања неке чињенице у кривичном поступку не може утврдити са сигурношћу, доноси се одлука у корист окривљеног (Кнежевић, 2012: 118). Извођење доказа по службеној дужности који иду на штету окривљеном доводи се, такође, у везу са забраном *reformatio in peius*. У коментару ЗКП-а изнета је тврдња, да ако би се испоставило да доказ, чије је извођење суд одредио *ex officio*, иде на штету окривљеног, на њему се, у целисти, или у претежном делу, не би могла заснивати судска одлука, већ би суд требало да примени забрану преиначења на штету (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 108). Забрана *reformatio in peius* важи у поступку по правним лековима. У случају када је правни лек изјављен *само* у корист окривљеног, виши суд не сме судску одлуку да измени на штету окривљеног (Грубач, 2009: 441). На главном претресу, у доказном поступку, нема места примени ове процесне установе, јер је неопходно утврђивати чињенице и у корист и на штету окривљеног, како би се *свестрано* расправила кривична ствар. Стога сматрамо да нема места тумачењу према коме се доказ изведен по службеној дужности, који би ишао на штету окривљеног, третира као какав незаконити доказ, на коме се не може темељити судска одлука. Ирелевантно је, такође, то што је суд одредио извођење неког доказа, под претпоставком да би ишао у корист окривљеног, за који се испостави да, заправо, иде на штету окривљеног. Законски установљену могућност супсидијарног и корективног интервенисања суда у формирање чињеничне подлоге судске одлуке треба тумачити *in favorem* свестраног расправљања предмета доказивања, што је законом изричито и недвосмислено установљено.

6. Одредбе о радњама доказивања и начело истине

У Законику о кривичном поступку из 2011. године, начело истине *implicite* је садржано у неколико законских одредби којима су регулисале поједине радње доказивања. Резултат делатности вештака у кривичном поступку, на утврђивању чињеница за које је потребно стручно знање или умење, материјализује се у налазу и мишљењу. И у једном и у другом делу могу постојати нејасноће, недоречености, контрадикторности, или се пак може појавити сумња у истинитост резултата вештачења. Контролу налаза и мишљења вештака врши орган вођења поступка који је наредио ову делатност. Ако је налаз вештака нејасан, непотпун, погрешан, противуречан, или постоји сумња у његову истинитост, орган

вођења поступка (најчешће суд) може, по службеној дужности, или на предлог странака, наредити допунско вештачење (члан 124. став 1. ЗКП). Исто овлашћење дато је суду, ако је мишљење вештака нејасно или противуречно. Орган вођења поступка још у једној ситуацији има дужност интервнусања у извођењу процесне радње вештачења. Ако се недостаци у налазу и мишљењу вештака не могу отклонити поновним испитивањем вештака, нити одређивањем допунског вештачења, суд ће одредити другог вештака, који ће обавити поновно вештачење (члан 124. став 2. ЗКП). Два овлашћења суда, који у утврђивању чињеница, за које је потребно стручно знање или умење, имају активну улогу, представља реализацију начела истине. Активни положај суд је такође задржао приликом одређивања психијатријског вештачења окривљеног. Уколико се појави сумња у урачунљивост окривљеног, или да је окривљени извршио кривично дело у стању скривљене неурачунљивости, као и сумња да је услед психичких сметњи процесно неспособан, суд ће одредити психијатријско вештачење окривљеног (члан 131. ЗКП).

Дужност суда, да и након признања окривљеног и даље изводи доказе, опстала је у ЗКП-у из 2011. године. Реч о реперкусији начела истине, установљеној с циљем проверавања веродостојности и тачности датог признања. Обавеза даљег извођења доказа о кривичном делу и учиниоцу веже суд (орган поступка) ако постоји основана сумња у истинитост признања, или ако је признање окривљеног нејасно, непотпуно или противуречно, као и ако постоји дисхармонија са другим доказима (члан 88. ЗКП). У поређењу са раније важећим процесним законом, може се закључити да је активност суда сада чак и проширена. Раније се тражило извођење доказа о кривичном делу, а сада и о окривљеном. То имплицира да је наметнута дужност утврђивања карактеристика личности окривљеног. Вероватно је разлог за то интенција утврђивања мотива окривљеног за давање признања (Више: Стевановић, Ђурђић, 2006: 303). Раније је један од услова за даље утврђивање чињеница био недостатак других (до тада изведених) доказа, којима је поткрепљено признање (члан 94. ЗКП из 2001. године). Сада се даље доказивање спроводи ако је признање у контрадикцији са другим доказима. У адверсарном типу кривичног поступка, признање окривљеног доводи до обустављања даљег утврђивања чињеница и одмах се прелази у фазу изрицања кривичне санкције (Кнежевић, 2007: 32).

Доказна иницијатива суда није карактеристика искључиво главног претреса, већ постоји и током припремног рочишта. Председник већа може наредити прибављање доказа за главни претрес, иако за то не постоји предлог, учињен од странака, браниоца окривљеног, нити оштећеног (члан

350. став 2. ЗКП). Током саслушања окривљеног, суд према слову закона, није пасивни посматрач, већ може бити активни учесник. Ако у исказу окривљеног дође до неслагања са раније датим исказом, председник судећег већа је дужан⁷ да га упозори на то, питаће га за разлоге одступања, а такође, може одредити читање или репродукцију оптичког или тонског снимка (члан 397. став 4). Суд, такође, има овлашћење да увек окривљеном постави питање, с циљем добијања потпунијег и јаснијег одговора (члан 398. став 5. ЗКП). Исто овлашћење суд има приликом испитивања сведока, вештака и стручних сарадника (члан 402. став 7. ЗКП). Коментатори ЗКП-а настоје да избегну сваку помисао да је реч о манифестацији начела истине, тврдећи да је реч о форматирању доказа, а не о учешћу у утврђивању чињеница. Таква тврдња могла би се прихватити, ако би суд био надлежан да у писаној, или некој другој форми, засведочи исказ неког учесника у поступку, као какав записничар. Заборавља се да је у власти суда доношење одлуке о кривичној ствари, односно мериторно решавање о казненом захтеву тужиоца. То никако не може бити техничка делатност, као што ни активност суда, приликом извођења доказа, не може имати други циљ до утврђивања истине о кривичној ствари.

Након свестраног расправљања предмета доказивања, суд доноси одлуку о кривичној ствари, тј. мериторно одлучује о казненом захтеву тужиоца. Та делатност представља логичку операцију, у којој су правно релевантне чињенице мала премиса (*premissa maiorr*), које се супсумирају под одговарајућу правну норму, што представља већу премису (*premissa maiorr*). Суд врши оцену изведених доказа, најпре појединачно, а потом и у вези са осталим изведеним доказима. Ова активност има за циљ доношење закључка о постојању одређених чињеница, пре свега, одлучних чињеница. Суд доноси закључак о постојању чињеница које творе чињенични основ пресуде са највишим степеном извесности. У члану 419. ЗКП-а, користи се термин „извесност“, о чијој је непрецизности већ било рећи. Намера законодавца да, по сваку цену, избегне израз „истинитост“, довела је до нарушавања једног од темељних захтева (*lex certa*), којима се мери квалитет нормативног акта. У суштини, не може бити речи ни о чему другом, него о закључивању са највишим степеном извесности, дакле са истинитошћу, о постојању неке чињенице. Само на тако утврђеним одлучним чињеницама може се засновати правилна и законита судска одлука.

Најзад, непостојање начела истине, односно дужности суда да се стара о потпуном осветљању кривичне ствари, заснованом на истинито утврђеним одлучним чињеницама, обесмишљава постојање могућности

⁷ На закључак да је реч о дужности наводи нас дикција законске норме, у којој је коришћен императив: „упозориће га“, „упитаће га“ и „одредиће“.

да се у поступку по жалби испитује постојање чињеничних недостатака. Иако је начело истине изостављено из ЗКП-а, један од жалбених основа и даље је постојање непотпуног или погрешно утврђеног чињеничног стања (члан 437. ЗКП). Право на изјављивање жалбе припада, првенствено, странкама. Ако је утврђивање чињеничног стања у искључивој диспозицији странака, чему могућност да оспоравају непотпуност чињеничне основе, за шта су оне одговорне. Тешко је довести у склад адверзијални главни претрес, са постојањем непотпуно утврђеног чињеничног стања, као основа жалбе, имајући у виду да суд правног лека о овом основу одлучује искључиво на захтев жалиоца, а не по службеној дужности. Опстајањем овог жалбеног основа, законодавац је утемељио легитимацију суда да, заједно са странкама, настоји да утврди истинитост одлучних чињеница. Једино се на основу истинито утврђених чињеница може тачно утврдити чињенично стање. Супротно томе, ако одлучне чињенице нису истинито утврђене, чињенично стање биће погрешно.

7. Закључак

Настојањем законодавца да се, по сваку цену, начелу истине заметне сваки траг, подривају се основе континентално-европског правног система. Јавноправни карактер кривичног поступка, његова сврха, као и правна култура налажу да суд има одговорност за доношење одлука. Правна традиција англо-америчког кривичног поступка посве је другачија. Јавноправни карактер изражен је у мањој мери, а утврђивање чињеница поверено је странкама. Суд арбитражира на основу чињеничног стања, које је утврђено активношћу странака, и доноси одлуку о победнику тог двобоја. Но, то не значи да истина не постоји у кривичном поступку САД. Из Петог амандмана на Устав САД (*due process clause*) изведен је стандард „доказаност ван сваке разумне сумње“, који представља највиши степен извесности, пандан истинитости у европско-континенталном типу поступка. За разлику од тога, у референтним правним системима, који су деценијама служили као узор развоју нашег кривичног поступка, начело истине егзистира и заузима важно место у лепези принципа кривичног поступка. Независно од тога да ли је истрага поверена суду (Француска) или јавном тужиоцу (Немачка, Аустрија), начело истине прожима многе одредбе процесних закона (Ђурђевић, 2013: 338–339).

Постојање истражне максиме, тј. начела истине, законодавац је видео као недостатак кривичног поступка. Но, установљавањем страначке истине уместо материјалне, изједначава кривични поступак са парницом. То је неприхватљиво јер је јавни интерес преодоминантан у кривичном поступку.

Услед потпуне пасивности суда приликом утврђивања чињеница, постоји опасност да ће се кривци наћи на улици, услед недовољне агилности јавног тужиоца. Из наведених разлога је неопходна корективна улога суда у утврђивању чињеница, без ограничења, с циљем употпуњавања доказног фондуса, на коме ће се засновати судска одлука. Само на тај начин и таквим приступом се може остварити циљ вођења кривичног поступка, прокламован у члану 1. ЗКП-а. Тумачењем релевантних одредаба ЗКП-а, на наведени начин, који није противан закону, може се осигурати правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. На тај начин не би била нарушена концепција страначког доказивања, на којој почива нови ЗКП. Суду припада улога коректора у утврђивању чињеница, чиме се омогућава доношење правилне и законите судске одлуке. Из свега наведеног произлази потврда почетне хипотезе. Начело истине има свој, додуше имплицитни нормативни израз, у Законнику о кривичном поступку из 2011. године. Оно је садржано у низу његових одредби и један је од циљева вођења кривичног поступка.

Литература

Бајер, В. (1980). *Југославенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку)*. Загреб: Информатор

Бејатовић, С. (2013). Нови Законик о кривичном поступку: крај реформе или само један корак у процесу реформе? Основне карактеристике Законика. *Правни информатор*. 9. 3–25

Водинелић, В. (1978). Истина – један од основних проблема науке о кривичном поступку. *Наша законитост*. 6. 38–51

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

Грубиша, М. (1982). *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб: Информатор

Ђурђевић, З. (2013). Реконструкција, јудицијализација, конституционализација, еуропеизација хрватског казненог поступка V новелом ЗКП/08, први дио. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*. 2. 313–363

Ђурђић, В. (2014). *Кривично процесно право – општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Ђурђић, В., Трајковић, М. (2013). О истини у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 111–128

- Ђурђић, В. (2013). Утврђивање чињеница у кривичном поступку. *Правна ријеч*. 37. 475–488
- Илић, И. (2011). Забрана двоструке угрожености и понављање кривичног поступка на штету окривљеног. *Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици*. 349–369
- Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А. (2012). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник
- Кнежевић, С. (2007). *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу
- Кнежевић, С. (2012). *Основна начела кривичног процесног права*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Крапац, Д. (1982). Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање властитим опажањем или доказивањем. *Наша законитост*. 11–12.
- Марковић, Б. (1930). *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*. Београд: Народна штампарија
- Сијерчић Чолић, Х., (2012). *Кривично процесно право*. Сарајево: Правни факултет
- Стевановић, Ч., Ђурђић, В. (2006). *Кривично процесно право – општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Шкулић, М. (2013). Начело истине и основна доказна правила у новом законикау о кривичном поступку Србије. *Правна ријеч*. 37. 489–515
- Шкулић, М. (2014). Погрешна концепција и бројне правно-техничке грешке новог Законика о кривичном поступку: шта даље и како „реформисати“ реформу српског кривичног поступка. *Реформа кривичног права*. 23–65
- Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад“: Нови Законик о кривичном поступку Србије*. Београд: Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Правни Факултет, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу

Ivan Ilić, LL. B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Repercussions of Modified Procedural Roles on Determining the Facts in Criminal Proceedings

Summary

The main characteristic of the new Code of Criminal Procedure, 2011, which is based on adversarial principle, is changed position of the main subjects. The public prosecutor gets more active role. It is head of the pre-investigative procedure and the investigation. At trial, the role of the parties emphasized, while the role of the court passivated. The Court adjudicate and manage the process, while in the presentation of evidence, for the proper and complete determination of the facts, his role significantly diminished. The court is not obliged *ex officio* to determine the truth, and the principle of truth is omitted from the basic principles of criminal procedure. Evidentiary initiative is, largely, up to the parties, while the court granted subsidiary role. Basis of the work is the thesis that the Code of Criminal Procedure from 2011, based on the truth principle, which is also the goal of the procedure. In fact, while working on the development of the legal text, and after of the adoption, to the beginning of its application in full range, in professional community there were lots of papers, which cast doubt on the principle of truth existence, in the currently valid procedural law of Serbia. Although this principle is not actually explicitly stipulated in the text of the new CPC, the author proves his existence by analyzing of certain provisions of the law, which has significantly altered the position of the main criminal procedural subjects, in terms establishing the facts in criminal proceedings. The author argues that the truth about a criminal matter remains the highest goal of the procedure, despite the fact that the concept of criminal proceedings is set on the adversarial model of criminal proceedings.

Keywords: principle of truth, fact-finding, adversarial procedure.

ТРГОВИНСКОПРАВНА СЕСИЈА



Dr Stefan Pürner, advokat
Rukovodilac sektora u Nemačkoj fonaciji
za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ),
Bon, Nemačka

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 34(497.11)“1980/2014”

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

«DUG I KRIVUDAV PUT» SRPSKOG PRAVA (NAZAD) U EVROPU

Apstrakt: Ovaj rad sadrži analizu razvoja prava SFRJ i savremenog prava Srbije počev od osamdesetih godina dvadesetog veka, i to na primeru odabranih oblasti prava, kao i istraživanje u pogledu toga koliko je to pravo bilo i koliko ono jeste „evropsko“. Napominjemo da pod pojmom „evropsko“ ne podrazumevamo usklađenost sa pravnim tekovinama EU (acquis), već jednu vrstu prethodne faze koja podrazumeva opštu orijen-taciju ka načelima kontinentalno-evropskog prava i otvorenost u odnosu na druge evropske zemlje, naročito u oblasti pravne regulative vezane za strane investicije. Autor je došao do sledećih zaključaka:

- Pravo SFRJ je osamdesetih godina dvadesetog veka, ispod jednog „socijalističkog sloja“ (koji je obuhvatao npr. Ustav, Zakon o udruženom radu i pojedinačne propise iz oblasti krivičnog prava, kao npr. član 133. Krivičnog zakona SFRJ), bilo daleko više evropski orijentisano nego što je to poznato na evropskom Zapadu.
- Primeri koji ovo potkrepljuju su u oblasti materijalnog prava Zakon o obligacionim odnosima i u procesnom pravu, naročito Zakon o parničnom postupku, koji je izrađen po uzoru na Klajnov (Klein) austrijski Zakon o parničnom postupku.
- Osim toga, SFRJ je po pitanju upravnog i ustavnog sudstva daleko prednjačila ne samo u odnosu na ostale socijalističke zemlje već i u odnosu na mnoge zapadnoevropske zemlje.
- Otvaranje prema drugim evropskim zemljama našlo je svoj izraz kroz razvoj zakonodavstva o stranim ulaganjima. U ovom kontekstu podsećamo na to da je SFRJ bila prva socijalistička zemlja koja je donela takve propise još 1967. godine.

* puerner@irz.de

- *Konačno, SFRJ je 1988. godine otpočela sa tranzicijom pravnog sistema donošenjem Zakona o društvenom kapitalu i Zakona o preduzećima, dakle, još pre pada Berlinskog zida, pa time i pre tranzicije u klasičnim socijalističkim zemljama.*
- *Na osnovu navedenih razloga možemo da utvrdimo da su pravo SFRJ i pravo Srbije i u vreme socijalizma bili, ispod jednog „socijalističkog sloja“, daleko više evropski orijentisani nego što bi to mogao da pretpostavi posmatrač iz inostranstva.*
- *Ovo znači da bi Srbija u suštini imala veoma dobru polaznu osnovu za dalju evropeizaciju prava. Međutim, u poslednje vreme primećuje se fenomen koji vodi u suprotnom pravcu. Naime, u oblasti prava trgovačkih društava, a naročito u oblasti krivičnog procesnog prava, preuzimaju se elementi angloameričkog prava. Osim što otežavaju dalju evropeizaciju srpskog prava takve tendencije su takođe u suprotnosti sa srpskom pravnom tradicijom. Zbog toga ovakav način postupanja dovodi do nepotrebnih neusaglašenosti i kontradiktornosti u okviru srpskog pravnog sistema.*

Autor na osnovu navedenog zaključuje da bi za Srbiju bilo bolje da poslušaj brojne glasove iz svoje sredine i da se vrati evropskoj tradiciji, umesto da sledi strane savetnike koji se zalažu za promenu celokupnog sistema ili barem za izolovano preuzimanje pravnih instituta koji su u neskladu sa celokupnim pravnim sistemom i time predstavljaju strano telo unutar tog sistema. Na kraju krajeva, ni po pitanju prava put iz Srbije za Evropu ne vodi preko Amerike.

Ključne reči: *Evropa, pravo, pravni sistem, Republika Srbija, socijalizam.*

1. Uvod

U prilogu rukovodioca odjeljenja Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (skraćeno: IRZ)¹ nadležnog za Srbiju naslovljenom „dug i zavojit put

¹ IRZ po nalogu njemačke vlade već više od 20 godina podržava zemlje u tranziciji u izgradnji njihova pravnog sistema. U Srbiji i drugim zemljama regiona IRZ djeluje još od 2000. godine u okviru njemačkog doprinosa Paktu za stabilnost u Jugoistočnoj Evropi, pri čemu joj sredstva na raspolaganje stavlja Ministarstvo vanjskih poslova. Daljnje informacije na njemačkom, engleskom, ruskom i arapskom jeziku mogu se naći na stranici www.irz-stiftung.de. Tamo se mogu naći i izvještaji (na njemačkom i na engleskom jeziku) o pojedinim aktivnostima IRZ-a, te prilozi o djelatnosti IRZ-a iz raznih pravnih stručnih časopisa, uglavnom na njemačkom jeziku. Dublji uvid na njemačkom i dijelom engleskom jeziku nudi jubilarni zbornik objavljen povodom 20. obljetnice IRZ-a pod naslovom *Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland – 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ)*

srpskog prava (nazad) prema Evropi“, eventualno bismo očekivali analizu stanja o napretku harmonizacije srpskog prava s pravom EU u određenim pravnim područjima, u kojoj bi se detaljno prikazalo što se do sada postiglo, ili pregled područja i problema na kojima je potrebno preduzeti daljnje napore. Takav prilog imao bi smisla i bio bi od pomoći u orijentaciji. S druge strane, autoru se čini da u „svakodnevnom poslu“ harmonizacije ne samo strani savjetnici već i srpski pravници premalo vode računa, između ostalog, i o nekim načelnim stvarima. Stoga se u ovom prilogu nećemo fokusirati na harmonizaciju srpskog prava s pravom EU, nego na pitanje do koje je mjere srpsko pravo (a time i ranije jugoslovensko pravo) bilo ili još jeste „evropsko“ (u najširem smislu).

Kriterij, dakle, nije podudarnost s *acquis communautaire* na razini detalja, već stupanj do kojega se to pravo naslanja na priznata načela kontinentalnog evropskog prava, te do koje mjere slijedi ostale evropske vrijednosti. U potonje, na primjer, spada ideja da mora postojati pravna zaštita građana od akata države, ili otvorenost prema privrednim subjektima iz drugih država, kao i zaštita prava optuženika u krivičnom postupku. Ta su opšta načela, kad bolje razmislimo, predstupanj sistema vrijednosti EU i Savjeta Evrope. Samo ako tu postoji evropska orijentacija, nacionalno pravo može se uspješno harmonizirati s *acquis communautaire*.

Ova se zapažanja temelje na više od 25 godina autorovog bavljenja srpskim pravom, odnosno pravom SFRJ. Stoga će se u prilogu pojedine teme obraditi kronološki, onim redoslijedom kojim se i autor upoznao s pojedinim područjima prava.

2. Zapažanja iz 80-ih godina: „Socijalistički sloj“ i evropski „fundament“

2.1. „Socijalistički sloj“

2.1.1. SFRJ i pravo SFRJ u ranijoj njemačkoj literaturi

Autor se s pravom tadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije prvi put susreo sredinom 80-ih godina prošlog vijeka. U to je doba studirao pravo u Regensburgu, no počeo se baviti i istorijom, kulturom, muzikom i pravom Jugoslavije te njenim glavnim jezikom. Upoznavanje je započelo putovanjima u Jugoslaviju, a budući da autor nije dovoljno poznao jezik da bi čitao jugoslovensku literaturu, svoje je znanje produbljivao proučavanjem njemačke literature o tadašnjoj Jugoslaviji. U tim su knjigama prevladavali brojni turistički klišeji. Neke

[Njemačko savjetovanje u reformama prava i pravosuđa u inostranstvu – 20 godina Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju], uredili Stefan Hülshörster i Dirk Mirow (Berlin, 2012).

su knjige bile vrlo ozbiljne, premda se u njima vidjela otvorena simpatija prema zemlji.² Što se tiče prava, bilo je malo njemačkih knjiga i to uglavnom autora koji su dobro vladali srpskohrvatskim jezikom, kako se u to doba zvao u Njemačkoj.³

Proučavanjem svih tih knjiga dolazi se do sljedeće slike: Jugoslavija je bila socijalistička zemlja sa specifičnim oblikom socijalizma, radničkim samoupravljanjem.⁴ Nezavisno o tim posebnostima pravni je sistem otkrivao brojne karakteristike koje su se na Zapadu smatrale tipično socijalističkima. Kod pisanog prava to je značilo da su propisi često manje bili zamišljeni kao pravila za supsumiranje nekog konkretnog slučaja, već su češće predstavljali pisma namjere ili političke deklaracije. Nadalje je autor, posebno za svojih boravaka u zemlji, naučio da su formalnosti jako važne, te da se na njima često inzistiralo,

2 Njemačka društveno-naučna literatura bila je fokusirana na jugoslovenski „treći put“ i pitanje demokratizacije privrede. Navodimo nekoliko odabranih naslova kako bi današnji čitatelji iz regiona stekli dojam koliko se intenzivno i s koliko zanimanja u njemačka publicistika bavila Jugoslavijom i o kojim se tematskim težištima radilo (redosljed prema godini objavljivanja): Igor Weizmann, *Das System der Einkommensverteilung in der sozialistischen Marktwirtschaft Jugoslawiens* [Sistem raspodjele prihoda u jugoslovenskoj socijalističkoj tržišnoj privredi] (Berlin, 1958); Güdemi Tezcan, *Das neue ökonomische System der DDR als Demokratisierung einer geplanten Wirtschaft und Gesellschaft oder Formenwechseln der Herrschaft? – Das System der Arbeiterselbstverwaltung in Jugoslawien* [Novi ekonomski sistem DDR-a kao demokratizacija planske privrede i društva ili promjena oblika vladavine? – Model radničkog samoupravljanja u Jugoslaviji] (Berlin, 1974); Michael Hagemann/Alenka Klemencic, *Die sozialistische Marktwirtschaft Jugoslawiens* [Socijalistička tržišna privreda u Jugoslaviji] (Stuttgart, 1974); Gudrun Lellmann, *Das jugoslawische Modell, Wege zur Demokratisierung* [Jugoslovenski model, putovi ka demokratizaciji] (Frankfurt/Main, Köln, 1976); Wolfgang Sörgel, *Arbeiterselbstverwaltung oder Managersozialismus – Eine empirische Untersuchung in jugoslawischen Industriebetrieben* [Radničko samoupravljanje ili menadžerski socijalizam – empirijsko istraživanje u jugoslovenskim industrijskim poduzećima] (München, 1979); Ekkehart Stein, *Arbeiterselbstverwaltung – Lehren aus dem jugoslawischen Experiment* [Radničko samuporavljanje – lekcije jugoslovenskog eksperimenta] (Frankfurt/Main, 1980).

3 Treba navesti sljedeće autore: Stefan Messman, *Die rechtliche Stellung ausländischer Direktinvestitionen in Jugoslawien im Vergleich zu Rumänien und Ungarn. Ein Beitrag zum internationalen Wirtschaftsrecht (Joint Ventures)* [Pravni status direktnih stranih investicija u Jugoslaviji u poređenju s Rumunjskom i Mađarskom. Prilog međunarodnom privrednom pravu], (Zürich, 1978); Christine Höcker-Weyand, *Die Rechtsinstitute und Rechtsinstitutionen des jugoslawischen Selbstverwaltungssystems* [Pravni instituti i institucije jugoslovenskog radničkog samuporavljanja] (Baden-Baden, 1980); Monika Beckmann-Petey, *Der jugoslawische Föderalismus* [Jugoslovenski federalizam] (Oldenbourg, 1990).

4 Već iz toga proizlaze brojne razlike u odnosu na početnu poziciju za harmonizaciju zakonodavstva u „klasičnim“ socijalističkim državama Istočnog bloka. No, u praksi strani savjetnici toga često nisu svjesni u dovoljnoj mjeri. Naučnici koji su se u Njemačkoj kao stručnjaci za „pravo istočnoevropskih zemalja“ bavili socijalističkim zemljama itekako su bili svjesni tih razlika. Höcker-Weyand stoga odustaje od svrstavanja Jugoslavije u socijalistički pravni krug. (Höcker-Weyand, 1980: 27)

a da se pritom nije postavljalo pitanje jesu li sadržajno uopšte opravdane.⁵ U knjigama također nije pisalo, ali autoru su to tijekom putovanja Jugoslavijom ljudi na njegovo iznenađenje sasvim otvoreno rekli, da svatko zna da je pisano pravo samo djelomično obvezujuće: u slučaju dvojbe – bez obzira na radničko samoupravljanje – Partija (ili barem glavni funkcioneri Saveza Komunisti) bi uvijek bila u pravu. Budući da Jugoslavija nije bila usporediva sa socijalističkim zemljama Istočnog bloka, važno je napomenuti da tamo nije postojao centralizam (kao u Istočnom bloku) već federalizam, a umjesto državnog vlasništva u Jugoslaviji je postojalo društveno vlasništvo. U središtu sistema bila je Partija pod utjecajem SSSR-a kao organizacija koja je okupljala radnike i seljake, kao i druge grupe radnog stanovništva, pa su u Jugoslaviji – barem u teoriji – radnici preko raznih modela samoupravljanja u preduzećima mogli učestvovati u donošenju odluka. U tom pogledu treba još napomenuti da su, barem u stranoj literaturi s kraja 60-ih godina, dijelom postojale neskrivene simpatije prema Jugoslaviji i njenom eksperimentu „trećeg puta“ između komunizma i kapitalizma (mada je taj interes u inostranstvu tijekom 70-ih godina znatno splasnuo). Zbog radničkog samoupravljanja i autonomije pojedinih preduzeća koja je iz toga proizlazila, postojalo je i nešto kao tržišna utakmica između preduzeća. To je također nešto što je bilo sasvim strano planskoj privredi Istočnog bloka. Toliko o pogledu izvana. Ukratko, možemo reći da je u Jugoslaviji postojao specifičan oblik socijalizma, ali ipak se radilo o socijalističkom sistemu. Stoga ni strani posmatrači nisu očekivali puno „evropskih elemenata“.

2.1.2. Zapažanja u privatnoj sferi

I osobni susreti potvrđuju da Jugoslavija u ono doba nije udovoljavala kriterijima koji su uspostavljeni za države članice EU. Do istog zaključka autor je došao slušajući jugoslovensku rok muziku: bilo je problema kad je tekst pjesme jedne grupe o državnom prazniku bio (previše) blizak stvarnom životu, a okolnost da je pojačalo svjetski poznate marke *Marshall* na jednom koncertu „crklo“, dovela je do još većih problema. Grupa Riblja čorba iz Beograda u pjesmi „Pravila, pravila“ govori o pravilima koja se imalo poštovati i o tome da tamo (gdje god to bilo) „nema Boga, nema pravde“. A tu je onda bio još i Džoni Štulić, čije tekstove (kao i kod Boba Dilana) ne možemo uvijek shvatiti doslovno, nego dobijaju smisao kao cjelina – u svakom slučaju, prenose osnovno raspoloženje, koje ukazuje na to da prema drugačijem i kritičkom mišljenju nije nužno postojala tolerancija kakva bi trebalo da postoji u demokratskoj zemlji, članici EU.

5 Autor sve do danas nije uspio pronaći pravnu osnovu po kojoj se u regionu kod pismenih sporazuma stalno traži još i pečat kao dodatni formalni zahtjev.

2.1.3. Slika na temelju analize najpoznatijih zakona SFRJ (Ustav i ZUR)

Kad se autor na temelju primarnih izvora počeo upoznavati s jugoslavenskim pravom, najprije su se potvrdili gore opisani dojmovi. Naime, u tim je izvorima prava našao mnogo toga što je potvrđivalo prikazanu sliku. Tu je s jedne strane bio onaj debeli zeleni udžbenik o ustavnom pravu (sigurno znate koji), pomoću kojeg se spremao za nostrifikaciju svog prvog Bavarskog državnog ispita u Jugoslaviji. Dok je u Njemačkoj ustavno pravo bila jedna od autorovih najdražih pravnih disciplina, u Jugoslaviji je to za njega bila knjiga s najmanje sedam pečata. Mnogo toga što je pročitao u tom udžbeniku ustavnog prava i samom sistemu, bilo je karakterizovano idealističkim, naivnim pravnim razmišljanjem. Kod mnogih se propisa vidjelo da nitko nije razmišljao o tome kako bi stvari koje se tamo uređuju zapravo trebalo da funkcioniraju u praksi. A propis o doživotnom predsjedničkom mandatu – koji je već 1988. godine postao suvišan – uklapao se u ono što je čitatelj sa Zapada očekivao od socijalističke zemlje. Donekle ga je tješilo da je ustavno pravo očito za sve jugoslavenske studente prava i pravnike bila jedna od najtežih pravnih disciplina. Mnogi su morali ponavljati taj ispit.

Ni daljnja lektira jugoslavenskih pravnih normi nije otkrivala ništa što bi se moglo smatrati posebno evropskim u gore navedenom smislu. Sljedeća kodifikacija koju je čitao autor teksta bio je *Zakon o udruženom radu*,⁶ koji se smatrao drugim najvažnijim propisom bivše Jugoslavije. (Autor ovih redaka mora priznati da je prilikom čitanja zakona malo šta razumio. Čak i nakon nekoliko čitanja te su odredbe nametale više pitanja nego što su davale odgovora. Budući da autor nije bio tako vičan jeziku kao što je to danas, mislio je da to prije svega ima veze s njegovim skromnim znanjem jezika). I u drugim propisima mogle su se naći mnoge stvari koje su očito bile socijalističke, na primjer, verbalni delikt u članu 133. saveznog *Krivičnog zakona*.⁷ (Kos, 1990)

2.2. Evropski fundament

a) *Zakon o obligacionim odnosima* i međunarodno privatno pravo

Ipak, autor je došao do onog presudnog „a-ha!“ u nekom trenutku. Počeo je, naime, čitati *Zakon o obligacionim odnosima*⁸ iz 1978. godine i zakon koji je regulirao međunarodno privatno pravo.⁹ Naziv *potonjeg zakona bio je pomalo nerazumljiv*.¹⁰ No, inače su, kako *Zakon o obligacionim odnosima*, tako i *Zakon o rješavanju su-*

6 *Zakon o udruženom radu*, *Sl glasnik SFRJ* 53/76, 57/83, 6/88, 85/87.

7 Vidi Jernej Kos, „T.j. ‘verbalni delikt’ v Sloveniji v osemdesetig letih,“ pdf dostupan na <http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Kos-Jernej.pdf>.

8 *Zakon o obligacionim odnosima*, *Sl. SFRJ* 9/78 (prvobitna verzija).

9 *Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima*, *Sl. SFRJ* 43/82, 72/82.

10 Zbog čega ga pravnici iz regiona zovu „zakon dugog naziva“.

koba zakona... bili razumljivi za mladog „švapskog“ pravniku. Budući da u tom kratkom vremenu sigurno nije jezički toliko napredovao, to je moralo imati veze s kvalitetom tih propisa (i s time da je u tim propisima bilo malo toga ne- uobičajenog za mladog pravniku sa Zapada, upravo zato što su bili „evropski“ u gore navedenom smislu). Autor mora čak priznati da je brojne odredbe Zakona o obligacionim odnosima brže i bolje shvatio nego odgovarajuće odredbe njemačkog Građanskog zakonika (BGB), mada je potonji bio napisan na njegovom materinskom jeziku. Razlog je bio taj da je njemački Građanski zakonik napisan potkraj pretprošlog vijeka.

Pri čitanju *Zakona o obligacionim odnosima* i *Zakona o rešavanju sukoba zakona...* autor je jezički, nomotehnički i sadržajno bio na „poznatom terenu“. Naime, razlike u odnosu na pravo njegove zemlje nisu bile velike.

To je važna točka, zato što potkrepljuje tezu da je na području privatnog prava jugoslovensko pravo, ispod „socijalističkog sloja“ i ranije bilo jako evropsko.¹¹ Tome je dodatno pridonela i okolnost da se dalje primjenjivao austrijski *Opšti građanski zakonik* (ABGB) kao pravna pravila.¹²

b) Procesno pravo (pod austrijskim utjecajem)

I u području procesnog prava polazilo se od evropskih modela. Kod parničnog i krivičnog postupka je kao model poslužilo austrijsko pravo. (Galić, 2011: 91; Oberhammer, 2001: 131) No, njemački su čitatelji *Zakona o parničnom postupku* zbog mogućnosti izvodjenja dokaza na osnovu vlastite inicijative a ne samo na prijedlog stranaka, koja je bila predviđjena u tadašnjem zakonu, pretpostavljali da se radi o „tipično socijalističkoj“ tekovini. No, zapravo se radilo o tome da je preuzet Kleinov austrijski *Zakon o parničnom postupku*.¹³ Upečatljivo je da čak i prije razdoblja socijalizma austrijski model nije preuzet „1 na 1“, već su kod recepcije provedene prilagodbe, „dijelom zbog nepovoljnih iskustava zamijećenih u Austriji, a dijelom zbog potreba vlastite zemlje. (Oberhammer, 2001: 131) I procesno pravo je, dakle, bilo jako „evropsko“ u doba socijalizma. Na današnju situaciju u procesnom pravu osvrnućemo se na kraju teksta.

11 Naravno da to ne vrijedi bez iznimaka. Suprotni primjeri mogu se naći u članu 4. tačka 5. srpskog *Zakona o nasljeđivanju*, sve do odluke srpskog Ustavnog suda *US RS-101/2003-18* vezanoj uz nedostojnost za nasljeđivanje u slučaju izbjegavanja služenja vojnog roka (Pürner, 2001: 84) i svojedobno preovlađujućom negativnom teorijom o naknadi nematerijalne štete (Schweiffguth, 1968: 121)

12 U vezi primjene austrijskog Općeg građanskog zakonika kao pravnih pravila u literaturi na njemačkom. (Josipović, 2011)

13 Vidi iz literature na njemačkom jeziku: Oberhammer, *op. cit.* (vidi predhodnu fuznotu)

c) Pravna zaštita protiv akata države i zakonski uređen upravni postupak

U evropskoj je pravnoj misli bitan elemenat da se građani u sudskom postupku mogu obraniti i od akata države.¹⁴ I u tom je pogledu bivša Jugoslavija, a posebno Srbija, već prije nekoliko decenija imala dobru poziciju. Kao primjer navodimo upravno i ustavno sudstvo. O pravnoj zaštiti koju je to sudstvo stvarno pružalo u praksi dalo bi se diskutirati. No, valja konstatovati da je pravna zaštita u upravnim postupcima u Srbiji na području pisanog prava (*law in the books*) bila slično razvijena kao i u nekim drugim evropskim državama. Srbija je u tom pogledu bila (i još uvijek jeste) čak i naprednija od mnogih zemalja. Ta tradicija nije prekinuta ni u socijalizmu.

Budući da su sudionici konferencije povodom 54. obljetnice Pravnog fakulteta u Nišu i srpski čitatelji s tom temom bolje upoznati od autora, na ovom ćemo mjestu citirati samo jednu konstataciju iz njemačke pravne literature (Weyand: 22), u kojoj je situacija sažeto opisana: *Die FNRJ hat 1952 als erster kommunistischer Staat eine generelle gerichtliche Überprüfung der Verwaltungstätigkeit eingeführt* (FNRJ je 1952. godine kao prva komunistička zemlja uvela opću sudsku provjeru upravnih poslova). U pogledu postojanja posebnih upravnih sudova Jugoslavija je, dakle, već pre 60 godina, barem po pitanju sudske organizacije, bila naprednija od drugih socijalističkih zemalja, pa i brojnih današnjih članica EU. Pritom je Srbija po pitanju kontrole postupanja upravnih tijela bila predvodnik u bivšoj Jugoslaviji. U tom kontekstu navodimo još jedan citat iz istog izvora (Weyand: 22): *Auf die längste Tradition einer gerichtsförmigen Verwaltungskontrolle kann Serbien zurückblicken* (Srbija se može osvrnuti na najdužu tradiciju sudske kontrole uprave). Prema shvatanju nekih autora, (Weyand: 20) taj razvoj počinje već sa *Praviteljstvujućim Sovjetom Serbskim*, savjetničkim tijelom koje je knez Karađorđević podržao za vrijeme prvog srpskog ustanka protiv osmanlijske vlasti (1805–1812), a koji je imao i judikativne funkcije. Ako je to shvatanje tačno, to bi značilo da je nedavna 200. obljetnica početka pravne kontrole upravnih poslova u Srbiji prošla sasvim neprimijećeno! To je samo po sebi impresivan dokaz da srpsko pravo ima solidnu kontinentalno-evropsku bazu. I po pitanju zakonske regulative o upravnom postupku Jugoslavija je bila ispred mnogih evropskih zemalja, jer je jugoslovenski *Zakon o upravnom postupku*¹⁵ usvojen još 1986. godine.

14 IRZ je toj temi 2009. Posvetio regionalnu konferenciju u Dubrovniku. Referati su objavljeni u zborniku *Država pred sudom – uloga upravnog prava i upravnih sudova u razvoju pravne države*, koju autor može dostaviti kao pdf (molimo poslati kratki e-mail na puerner@irz.de).

15 Zakon o opštem upravnom postupku, *SI SFRJ* 47/86

d) Ustavno sudstvo

I na području ustavnog sudstva Jugoslavija je bila napredna, i to ne samo u poređenju sa socijalističkim zemljama. Naposljedku postojanje takvog suda, koji je nadležan isključivo za kontrolu primjene ustava, nije evropski standard već „poseban dodatak“ u smislu pravne države. Stoga se dugo postojanje takvog suda može smatrati indikativnim za izraženu kontinentalno-evropsku orijentaciju države. U Srbiji Ustavni sud postoji već 51 godinu. I on je bio uzor mnogim državama za koje se uopšteno smatra da su puno više usmjerene na kontinentalno-evropsko pravo. Naime, primjer Jugoslavije ohrabrio je tadašnju Čehoslovačku¹⁶ da poduzme i taj korak, koji bi se s obzirom na prilike u socijalizmu mogao nazvati čak i revolucionarnim (ili bi bilo bolje reći reakcionarnim?), premda se postojanje Ustavnog suda u državi kojom navodno vladaju radnici (i koja je uvijek u pravu) u ideološkom smislu teško dalo opravdati.¹⁷

e) Značenje tržišta

Za tradicionalnu kontinentalno-evropsku pravnu misao koncepcija tržišta od centralnog je značaja.¹⁸ Ta je okolnost ujedno bila i jedna od bitnih razlika u odnosu na klasične socijalističke zemlje Istočnog bloka, u kojima je umjesto tržišta postojala planska privreda. Jugoslavija je ovdje bila „nešto između,“ jer su ovdje u okviru tzv. „dogovorne ekonomije“ (Stojanović, 1980: 49; Pürner, 1991, 21) postojali i značajni elementi tržišne privrede.¹⁹ I u tom je pogledu Jugoslavija bila daleko ispred drugih socijalističkih zemalja, odnosno bliža pravnoj misli tadašnjih Evropskih zajednica. To nije okolnost relevantna samo za nacionalnu ekonomiju, jer se na razne načine odražavala i na pravo: tamo gdje postoji tržište ne samo da zakoni moraju biti drugačijeg sadržaja nego u planskoj privredi već i pravnici raznih zvanja moraju raspolagati dodatnim znanjima i drugačije razmišljati nego u planskoj privredi.

16 To je istaknuo češki sudac ustavnog suda Jan Filip u svom izlaganju povodom svečane 50. obljetnice Ustavnog suda Republike Srbije 2013.

17 Jugoslavija je po pitanju ideološkog opravdanja sudske kontrole države imala manje problema od klasičnih socijalističkih država.

18 Podjednako „evropska“ (posebno za razliku od američkih koncepcija) je i misao da tržište doduše puno toga regulira samo, ali je ipak podliježe određenim, posebice socijalnim granicama.

19 Za autora je 80-ih posebno upečatljiva bila raznolikost diskografskih kuća, neuobičajena u socijalističkoj zemlji, koja je svakako potakla i kulturnu raznolikost, pa i samouvjerenost umjetnika koji su mogli odabrati neku od diskografskih kuća, ako su se probili na tržištu. Primjer za to je slovenačka grupa Buldožer, koja si je mogla priuštiti da odbije ponudu (zagrebačkog) Jugotona da bi svoju prvu ploču objavila kod (beogradskog) PGP RTB, a drugu ploču, zbog nekih razmirica oko tekstova, ipak kod ljubljanske firme Helidon. (Ivačković, 2013: 155). To je ujedno i primjer da pluralistička tržišta potiču kulturnu raznolikost, te preko tržišnih niša omogućuju i distribuciju alternativne kulture.

f) Prekogranične preduzetničke aktivnosti

Nadalje je evropska i ideja da granice treba otvoriti za preduzetničke aktivnosti, te posebno da treba dozvoliti preduzetničke aktivnosti stranaca u vlastitoj zemlji. I po tom je pitanju bivša Jugoslavija bila vodeća među socijalističkim zemljama. Podsjetimo samo na često citiranu rečenicu da je Jugoslavija 1967. bila prva socijalistička zemlja koja je dozvolila strane investicije. (Dabić, 1988: 85; Popov, 1987, 125) Ta rečenica baš nije sasvim tačna budući da je Lenjin u Sovjetskom Savezu u razdoblju Nove ekonomske politike (NEP) kratko vrijeme razmišljao slično, ali nam pokazuje da je već SFRJ po pitanju te teme, koja je za Evropsku Uniju od središnjeg značaja (slobodan promet kapitala), bila očito „evropska“.

g) Rani „revival“ klasičnih privrednih društava i rani početak pretvorbe vlasništva

Daljnja ključna točka u *acquis communitaire* su preduzetničke aktivnosti, npr. u obliku privrednih društava. To traži spremnost da se „zajedničko vlasništvo“ (bilo državno, bilo društveno) pretvori u privatno. U obje tačke SFRJ je već 1988. godine poduzela važne legislativne korake koji su u to doba bili skoro revolucionarni: tzv. *Zakonom o preduzećima/poduzećima*²⁰ iz 1988²¹ ponovno je omogućeno osnivanje klasičnih privrednih društava (*premda ta društva u zakonu nisu bila baš detaljno regulirana*). A *Zakonom o raspolaganju i prometu društvenim kapitalom*²² omogućena je pretvorba ranijeg društvenog vlasništva, koje je do tada bilo neka vrst „svete krave“ jugoslovenskog socijalizma koji je počivao na radničkom samoupravljanju, u privatno vlasništvo. *Nota bene*: To se sve dogodilo već 1988, odnosno 1989. godine, dakle prije pada Berlinskog zida! To ujedno znači da je tranzicija u Jugoslaviji započela prije nego u drugim socijalističkim zemljama. I u tom pogledu su se, dakle, slijedili „evropski trendovi.“

2.3. Međubilanca:

Sve do tog stadija slika je, dakle, bila jako pozitivna: pod slojem socijalističkog prava u Jugoslaviji (a time i u Srbiji) je postojala solidna baza pravne regulative i pravnih instituta evropskog kova. Stoga bi Jugoslavija, a time i Srbija, potkraj 80-ih godina imala dobru početnu poziciju za harmonizaciju prava, jer je to pravo, naposljetku, još u doba socijalizma ispod već spomenutog „socijalističkog sloja“ u velikoj mjeri bilo kontinentalno-evropsko.

20 Nomotehnički bi bilo ispravnije da se govori o privrednim ili trgovačkim društvima, budući da se pojam preduzeće ili poduzeće ne odnosi primarno na pravni oblik.

21 Zakon o preduzećima, *SI SFRJ 77/88*.

22 Zakonom o raspolaganju i prometu društvenim kapitalom, *SI SFRJ 84/89*

3. Početak vrludanja

3.1. Prethodna napomena

Nakon toga slijedi razdoblje Miloševićeve vlasti, na koje se nećemo pobliže osvrutati,²³ ali ukratko možemo reći da Srbiju baš i nije približilo Evropi. Tim je veća bila potreba za nadoknađivanjem zaostataka po pitanju harmonizacije prava, odnosno zaostajanja u odnosu na druge zemlje u tranziciji s kojima je Jugoslavije sada u žestokom tržišnom natjecanju. Upravo u toj situaciji dogodilo se ono što je zapravo neshvatljivo: Srbija je, naime, odlučila prokockati prednosti prikazane kontinentalno-evropske orijentacije i odjednom joj uzor postaje anglosaksonsko pravo.

3.2. Pravo privrednih društava

To s jedne strane vrijedi za pravo privrednih društava. Odabirom tog prava postavljaju se skretnice s obzirom na potencijalne strane investitore u vlastitoj zemlji. Iz okretanja američkom pravu privrednih društava stoga bi se moglo zaključiti da se Srbija očito nada većem broju investitora iz SAD nego iz kontinentalne Evrope. Ali u stvarnosti većina investitora dolazi iz Njemačke i Austrije te drugih evropskih zemalja.²⁴ No, očito se srpski zakonodavac nada da će ubuduće biti više ulagača iz Amerike. Da je postojala želja da se pođe od kontinentalno-evropskih načela u pravu privrednih društava, kako bi zemlja istovremeno bila i atraktivnija za investitore iz navedenih zemalja, nije trebalo ići daleko a da bi se vidjelo kako može izgledati učinkovit primjer takve kontinentalno-evropske orijentacije u pravu privrednih društava. Susjedna zemlja, Hrvatska, to je, naime, demonstrirala na primjeru *Zakona o trgovačkim društvima*²⁵ već sredinom 90-ih godina(!). *Rezultat je bilo pravo privrednih društava koje je kodificirano preglednije i sistematičnije nego, na primjer, njemačko pravo. Da se pošlo od tog zakona, moglo se posegnuti ne samo za odgovarajućim iskustvima kontinentalne Evrope,*

23 Jedan od razloga je taj da se autor u to vrijeme nije bavio srpskim pravom. Kao advokat praktičar tada se bavio pretežito privredno-pravnim pitanjima i nacionalnim privrednim pravima, za koja je posatala interes od strane stranih klijenta koji su htjeli investirati u inostranstvu. Srbija u to doba definitivno nije bila među tim zemljama.

24 Vidi intervju „Zapadna Evropa najveći investitor Srbije“ s Vesnom Arsić, koja je bila državni sekretar za ekonomske odnose sa inostranstvom, dostupan na <http://www.promoney.rs/maj2010/WesternEurope.pdf> i izvještaj Tanjuga, „12-year FDI inflow worth EUR 16bn“ od 4. 2. 2013, dostupan na http://www.b92.net/eng/news/business-article.php?yyyy=2013&mm=02&dd=04&nav_id=84516/.

25 Zakon o trgovačkim društvima (pročišćeni tekst) *Narodne novine*, br. 152/11, dostupno na www.nn.hr ili na linku <http://www.propisi.hr/print.php?id=11516>.

već su se mogle dobiti i informacije o tom pravu skoro na vlastitom jeziku²⁶ te se s kolegama iz Hrvatske moglo i diskutirati o tome.

3.3. Krivično procesno pravo

a) *Prethodna napomena: Kritika domaćih autora koja se odnosi na novi srpski Zakonik o krivičnom postupku*

Područje u kojem preuzimanje američkih pravnih instituta posebno upada u oči, i to ne samo u Srbiji,²⁷ predstavlja krivično procesno pravo. Novi srpski *Zakonik o krivičnom postupku*, zbog tog i još niza drugih razloga, izazvao je oštru kritiku u samoj Srbiji²⁸ (Škulić, Ilić, 2012). Argumente tih kritičara ne želimo ponavljati na ovom mjestu, budući da su sudionicima konferencije i srpskim pravnicima uopšte dobro znani. Međutim, želimo ukazati na to da se i autori iz drugih država u regionu zalažu za zadržavanje načela kontinentalno-evropskog prava, te su se izjasnili protiv preuzimanja američkih pravnih načela u zakonima o krivičnom postupku svojih zemalja (Sijerčić Čolić, 2013: 169). Kritiku upućenu novom srpskom „mješovitom“ Zakoniku o krivičnom postupku u radovima srpskih autora dopunićemo daljnjim argumentima i tezama.²⁹ Njih možemo podijeliti na opšta razmišljanja o zakonodavstvu u tranzicijskim zemljama i posebno na preuzimanje pravnih instituta iz angloameričkog prava u krivičnom postupku:

b) *Tranzicija nije dobro razdoblje za eksperimente*: Za tranziciju bi se, u skladu s ovom raširenom frazom³⁰ (Melville, Stukal, 2012) koja se koristi za pravne reforme, moglo reći da je to (Re)Building the Ship at Sea (*Pre)gradnja broda namoru*. Autor bi čak bio sklon reći da je to gradnja *novog* broda za vrijeme *oluje*

26 Ako za autora teksta koji je Nijemac razlika između *kolodvora* i *stanice* ne predstavlja prepreku u komunikaciji, kao ni razlika između *prozora* i *pendžera*, ili *obale* i „Štrand-a“, onda bi barem između evropskih orijentiranih pravnika trebalo biti dozvoljeno da se u tom kontekstu govori o jednom jeziku.

27 Slične tendencije postojale su npr. u Makedoniji i u Hrvatskoj.

28 Prva knjiga sadrži tekst bivšeg njemačkog generalnog tužioca Jürgena Dehna, „Ubrzanje postupka nasuprot načela istine,“ str. 7 i dalje, te komentare jednog iskusnog njemačkog praktičara koji je stekao bogato iskustvo radeći kao savjetnik u Jugoistočnoj Evropi o pristupima ubrzanju postupaka odricanjem od načela materijalne istine u krivičnom postupku.

29 Daljnje razmišljanja autora o toj temi mogu se naći u predgovoru prijevoda njemačkog ZKP-a, koji je objavio IRZ, *Zakon o krivičnom postupku Savezne republike Njemačke*, IRZova edicija Njemačko pravo, knjiga 1 (Sarajevo, 2011), koja sadrži detaljan prikaz načela njemačkog krivično-procesnog prava autora Friederich-Christiana Schroedera. Zaintersirani čitatelji mogu dobiti pdf verziju ako pošalju kratki e-mail na puerner@irz.de.

30 Vidi: izvještaj fondacije Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), „Re-Building the Ship at Sea? (Re-)Orientations for Democracy Building“, dostupan na http://www.fes-europe.eu/attachments/156_Report_Website_DIE.pdf

na otvorenom moru. Iz toga proizlazi da tranzicija nije dobro razdoblje za eksperimente! A uvođenje do sada nepoznatih pravnih instituta koji su strano tijelo u vlastitom pravnom sistemu predstavlja upravo takav eksperiment. U takve se eksperimente ubraja posebno pokušaj da se kombinuju dva sasvim različita sistema. Međutim, neki misle da je to dobro, jer smatraju da se u tranziciji može kombinovati „*najbolje iz oba svijeta*“ (ili čak iz nekoliko svjetova). Međutim, da to ne može funkcionirati postaje jasno kad razmislimo šta je zapravo funkcija zakona. Upravo su pravници, čiji su alat zakoni, naime, skloni tome da im pridaju preveliki značaj.³¹ Posmatrani s određene distance, međutim, zakoni nisu ništa drugo nego operativni sistemi, kao što su to u svijetu računara Windows i Linux. Svatko tko se kratko, ali ipak koliko-toliko ozbiljno pozabavio kompjuterskim operativnim sistemima zna da iz kombinacije „pola Windows i pola Linux“ neće proizaći najbolji sistem na svijetu, već će to, naprotiv, dovesti do totalnog pada sistema. I to zato što ta dva sistema temelje na različitim osnovnim pretpostavkama, koje se teško mogu kombinirati. Osim toga, operativni sistemi kod određenih procesa interno upućuju na neko drugo mjesto u istom sistemu. Ako to vodi u prazno ili čak i do kontradiktornih naredbi, kaos je preprogramiran!

c) Angloameričko krivično procesno pravo nije dobro procesno pravo za zemlje u tranziciji: Primjer *plea bargaining*.

(aa) *Bojazni građana vezane uz krivično pravosuđe*: Toliko uopšte o opasnostima promjene pravne tradicije u tranziciji i rizicima kombinovanja različitih (pravnih) operativnih sistema. Kad se radi o krivičnom procesnom pravu u zemljama u tranziciji, kod „ugradnje“ angloameričkih pravnih instituta posebno bi trebalo da se vodi računa o sljedećem: svugdje u svijetu građani kritički gledaju na svoju državu. To posebno vrijedi za zemlje u tranziciji, u tim državama zbog istorijskih promjena, koje idu ruku pod ruku sa socijalnim nesigurnostima, povjerenje u državu je sve manje. Država zato mora u svom novom obliku kao demokratska država najprije zadobiti povjerenje građana. Ako joj to ne pođe za rukom, vrlo brzo će se čuti glasovi koji kažu da je „ranije mnogo toga bilo bolje“. Građani u zemljama u tranziciji posebno kritiziraju svoje zemlje zbog toga što:

31 To vidimo i po tome da se dugo vremena smatralo da „polugu“ za promjenu pravne stvarnosti predstavlja izmjena zakona, a ne promjene u primjeni prava, to jest edukacija onih koji pravo primjenjuju u praksi. U tom je kontekstu zanimljivo shvatanje Aleša Galića (Galić, 2001: 93, 95) da za predugo trajanje sudskih postupaka nije toliko kriv jugoslovenski *Zakon o parničnom postupku*, koliko loša primjena prava i vođenje procesa od strane sudaca. Iz toga se može zaključiti da novi zakoni često nisu pravi pristup za rješavanje strukturalnih problema. Ako je pravnicima problem pravilno primjenivati zakone koje poznaju već godinama, koji su osim toga bili predmet njihove sveučilišne i stručne edukacije, treba biti skeptičan hoće li s novim zakonima koje ne poznaju postići bolje rezultate. Tim više ako ti zakoni sadrže elemente koji su strani dosadašnjem sistemu.

- se država ne bori dovoljno protiv organizovanog kriminala,
- sudovi trguju pravdom, kao što se na pijaci cjenka za povrće,
- onaj koji može platiti boljeg advokata, bolje prolazi u krivičnom postupku na sudu od građana slabijeg finansijskog stanja.

Nezavisno o problematici kombinovanja različitih sistema to svakako nisu dobri preduslovi da se u krivičnom pravu uvode novine kao što je stranačko načelo ili *plea bargaining*!

(bb) *Kritika plea bargaininga u samom SAD*: O obje teme moglo bi se puno toga kazati. Umjesto toga nekoliko riječi o *plea bargainingu*: U SAD do 97% svih krivičnih postupaka završava na takav način. (Alkon, 2014: 562) To obrnuto znači da samo u 3% krivičnih postupaka odluku donosi sud. To je već samo po sebi kapitulacija državnog pravosuđa! (Alkon, 2014: 561) Čini se da su američki krivični sudovi na taj način uspjeli ukinuti sami sebe kao judikativu.

Inače, *plea bargainig* nije nesporan ni u svojoj domovini SAD. Postoje naučne studije američkih pravnika koje su došle do zaključka da *plea bargaining* upravo u zemljama u tranziciji vode do katastrofalnih rezultata. Navodi se, među ostalim, da građani tih država *plea bargaining* smatraju nastavkom korupcije legalnim sredstvima (Alkon, 2010: 35). Ko je pratio izvještaje žute štampe u tim državama o procesima protiv organizovanog kriminala, složiće se s takvom konstatacijom. Iz toga proizlazi ne samo da tranzicija nije dobro razdoblje za eksperimente, već i da zemlje u tranziciji nisu dobro okruženje za *plea bargaining*.³²

Osim toga, *plea bargaining* ili barem neki običaji u vezi s time, ne zadaju glavobolju samo američkim naučnicima već i američkim sudovima. Nedavno je, na primjer, Vrhovni sud (*Supreme Court*) donio odluke u dva slučaja³³ u kojima su optuženici oštećeni zbog lošeg pravnog zastupanja i savjetovanja (*bad lawyering*) u pregovorima oko *plea bargaining-a*.

(cc) *Plea bargaining kao lijek protiv bolesti od koje pacijent uopšte ne boluje?*

Nezavisno o tranziciji na primjeru *plea bargaining-a* postavlja se pitanje *opravdanosti takvih „pravnih implantacija organa“* u tijelo (pravnog) bića koje pripada drugoj vrsti. Tu se lako može dogoditi da pacijent dobije lijek razvijen za neku

32 Isto se može reći za stranačko načelo na glavnoj raspravi (pretresu) u krivičnom postupku i o unakrsnom ispitivanju. Nažalost, to ne možemo elaborirati na ovom mjestu. No, autor se nada da će tu temu moći produbiti drugom prilikom u nekom srpskom pravnom časopisu.

33 Radi se o slučaju *Lafler v. Cooper* (Odluka Vrhovnog suda na stranici <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-209.pdf>) i slučaju *Missouri v. Frye* (Odluka Vrhovnog suda na stranici <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-444.pdf>).

bolest od koje pacijent uopšte ne boluje. Razlozi zbog kojih je *plea bargaining* tako popularan u SAD između ostalog su povezani s onime što bi se moglo nazvati „bolestima američkog sistema krivičnog procesnog prava“.³⁴ Naime:

- nepredvidljivost odluka porote
- advokatski troškovi koji za optuženike u SAD mogu biti astronomski
- i često loše pravno zastupanje optuženika (za što već postoji stručni pojam *bad lawyering*) slabijeg financijskog stanja

Zbog toga bi uvođenje pravnih instituta, kao što je *plea bargaining*, u državu koja zapravo ima solidan kontinentalno-evropski fundament (pa bi stoga bilo bolje da je modernizirala stari zakon o krivičnom postupku, koji je bio pod utjecajem austrijskog ZKP-a, te poboljšala njegovu primjenu ili pak zaista počela primjenjivati novi ZKP iz 2006. godine, koji je parlament već bio usvojio), moglo prerasti u nešto što bi se moglo usporediti sa situacijom u kojoj hipohondar ide na kemoterapiju, te izazvati dramatične sporedne efekte zbog lijeka protiv bolesti koju pacijent uopšte nema!

Sažetak

Stranim posmatračima ponekad je teško prepoznati do koje je mjere pravo Republike Srbije (i bivše SFRJ) već u prošlosti bilo evropsko ili danas većim dijelom (zavisno o pravnom području: još ili već) jeste evropsko.³⁵ Za razliku od toga, mnogi pravnici u Srbiji kao da su zaboravili na kontinentalno-evropsku tradiciju vlastitog prava. Prema zapažanjima autora to su u manjoj mjeri pravni praktičari ili teoretičari, već uglavnom oni koji s neke političke funkcije odlučuju o usmjerenju srpskog prava. Pravo se, međutim, mora temeljiti na uvjerenju društva i onih koji to pravo primjenjuju. A „operativni sistem“ ne smije sadržavati nikakve kontradikcije koje se mogu izbjeći, ili sukobe između različitih sistema. Osim toga, trebalo bi se pridržavati elementarnih pravila koja vrijede za pravne reforme. U to se ubraja nadovezivanje na pozitivne tradicije, koje treba restaurirati, modernizovati i unaprijediti³⁶ (Knieper, 2008: 88). Što bi u

34 Za američki sistem krivičnog prava poučni su izvještaji američke nevladine organizacije Innocence Projects (<http://www.innocenceproject.org/>), koja se uspješno zalagala za rehabilitaciju onih koji su osuđeni greškom sistema (često i na smrtnu kaznu). U okviru tog projekta šalju besplatan *Newsletter*, u kojem se izvještava o aktualnim slučajevima.

35 Time ne želimo reći da je srpsko pravo (i društvo) u svim točkama „zrelo za Evropu.“ Međutim, koraci koji su za to nužni nisu predmet ovog teksta, te se u tom okviru ne bi mogli dovoljno detaljno prikazati.

36 Premda se tekst odnosi na građansko pravo, ta bi se razmišljanja bez daljnega mogla preslikati i na krivično pravo.

Srbiji bio argument u prilog jasne orijentacije na načela i modele kontinentalno-evropskog prava. Osim toga, transplantacija nikada ne bi trebalo da se provodi bez tačne analize faktora koji djeluju u dotičnim pravnim sistemima³⁷ (a u to se ubraja i percepcija javnosti o pravosuđu kao jednojod važnih funkcija države³⁸). Neusklađenosti koje se tijekom tranzicije ne mogu izbjeći zbog raznih kongentnih razloga već su same po sebi otežavajuća okolnost, tako da situaciju ne bi trebalo još umjetno komplicirati nekompatibilnim implantatima. Takvim postupanjem država se ne udaljava samo od Evrope već će zbog gore navedenih razloga prokockati i povjerenje svojih građana. Stoga bi bilo poželjno da se Srbija prisjeti svojih vlastitih (kontinentalno-evropskih korijena) i poslušna svoje stručnjake koji poznaju te korijene, kao i druge pravne sisteme, umjesto što brzopleto slijedi savjete stranih savjetnika koji dolaze iz drugih pravnih kultura.

Ako zanemarimo „socijalistički sloj“ koji smo opisali na početku, srpsko je pravo danas u mnogim područjima manje „evropsko“ nego što je bilo 1988. godine. To se može opisati kao *jedan korak naprijed, dva koraka unazad*. Takvim se tempom ne može napredovati. To bi se moglo formulirati i na sljedeći način: geografija i pravo imaju nešto zajedničko. Između ostalog, činjenica je da put Srbije prema Evropi ni u pravu ne vodi preko SAD.

Literatura

Alkon, C. (2014). The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye," *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 41, str. 562. [Electronic version]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423499#

Alkon, C. (2010). Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, str. 35. [Electronic version]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660469.

Dabić, Lj. (1988). *Zajednička ulaganja u Jugoslaviji – uporedno pravna analiza zakonodavstva socijalističkih zemalja*. Beograd

37 Tako tvrdi Gerhard M. Rehm, „Rechtstransplantate und Rechtstransformation“ [Transplantacija i transformacija prava], *RabelsZ*, str. 1 i dalje, ovdje str. 31. Premda se i taj tekst odnosi na građansko pravo, ta bi se razmišljanja bez daljnega mogla preslikati i na krivično pravo.

38 Novinski naslovi kao „Pravda samo za bogataše“ (*Novosti* od 20.6.2012) u kontekstu novog *Zakonika o krivičnom postupku* ne vode samo tomu da građani imaju lošu percepciju pravosuđa (mada oni koji rade u pravosuđu ne mogu utjecati na zakone), već se time učvršćuje njihova negativna slika o državi uopšte.

- Galić, A. (2001). Die 'Richtermacht' im slowenischen Zivilprozess. U: Paul Oberhammer (ur.), *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa* (stra. 91). Wien
- Höcker-Weyand, C. (1980). *Die Rechtsinstitute und Rechtsinstitutionen des jugoslawischen Selbstverwaltungssystems*. Baden-Baden
- Ivačković, I. (2013). *Kako smo propevali – Jugoslavija i njena muzika*. Beograd
- Josipović, T. (2011). *Das ABGB in Kroatien – historische Geltung und Bedeutung für die kroatische Zivilrechtsgesetzgebung von heute*, [Electronic version]. http://notar08.connexcc-hosting.net/uploads/josipovic_ent2011_de.pdf
- Knieper, R. (2008). Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht, *Rabels: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (skraćeno *RabelsZ*).
- Kos, J. (1990). T.j. ‚verbalni delikt‘ v Sloveniji v osemdesetig letih. [Electronic version]. <http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Kos-Jerneja.PDF>
- Melville, A., Stukal, D. (2012). *(Re-)Building the Ship of State at Sea? State Capacity and Regime Dynamics in Post-Communist Countries*, [Electronic version]. dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192458
- Oberhammer, P (2001). *Richterbild im Zivilprozess: Zwischenbilanz eines Jahrzehnt der Reformen in Mitteleuropa*
- Popov, Đ. (1987). *Zajednička ulaganja sa inostranim partnerima – dometi i realne mogućnosti*. Zagreb
- Pürner, S. (2001). Republik Serbien. u: Murad Ferid/Karl Firsching/Heinrich Döner/Rainer Hausmann *Internationales Erbrecht*, München
- Pürner, S. (1991). *Die GmbH als neugeschaffene Form ausländischer Investition in Jugoslawien: Vorbedingungen – gesetzliche Regelungen – rechtliche Probleme – Ein Beitrag zur wirtschaftlichen Ost-West-Zusammenarbeit in der Umbruchphase* (doktorska disertacija). Regensburg
- Sijerčić-Čolić, H. (2013). Načelo materijalne istine u krivičnom postupku. U: Ana Petrović/Ivan Jovanović (ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti* (str.196) Beograd.
- Stojanović, I. (1980). *Socijalizam i tržište*. Beograd
- Škuljić, M., Ilić, G. (2012). *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma – Šta da se radi?*. Beograd

Schweißguth, E. (1968). Das Problem des Ersatzes nichtvermögensrechtlichen Schadens in der SFR Jugoslawien, *Jahrbuch für Ostrecht* (JOR) IX/2.

Weyand, H. *Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrechtsprechung in der SFRJ*. Köln

Zakon o udruženom radu, *Sl glasnik SFRJ*. Br. 53/76, 57/83, 6/88, 85/87.

Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. SFRJ*. Br. 9/78

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, *Sl. SFRJ*. Br. 43/82, 72/82.

Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl SFRJ*. Br. 47/86

Zakon o preduzećima, *Sl SFRJ*. Br. 77/88.

Zakonom o raspolaganju i prometu društvenim kapitalom, *Sl SFRJ*. Br. 84/89

Dr. Stefan Pürner,

German Attorney at Law,

Head of Section at the German Foundation for international legal co-operation (IRZ), Bonn, Germany

The “Long and Winding Road” of Serbian Law (back) to Europe

Summary

In this article, the author analyses the development of law of the SFRJ and the contemporary Serbian Law since the 1980s up to date in selected areas of law, and examines how “European” it has been throughout this period. In this context, the term “European” is not to be understood in terms of harmonization with the *acquis* but rather as a pre-stage in this course which implies a general orientation towards continental European principles and openness towards other European states (in particular, concerning the legal provisions on foreign investment). The analysis has yielded the following conclusions:

Under a “socialist layer” (including, for example, the Constitution of SFRY, the Law on Associated Labour and some provisions of the Criminal Law such as Article 133), the law of the SFRJ in the 1980s was much more European than it is actually known in Western Europe.

The examples may be found in the substantive provisions of the 1978 Law on Obligations and in the field of procedural law, particularly in the Law on Civil

Procedure was tailored upon the model of the Austrian Civil Procedure Code (called the "*Klein'sche ZPO*").

Moreover, in the field of constitutional and administrative judiciary, the SFRY was not only ahead of the other socialist countries but also ahead of a lot of other Western European countries.

The opening towards other European states was also reflected in the legislation on foreign investment. In this context, it is worth noting that the SFRJ was the first socialist state which enacted such legislation as early as in 1967.

By enacting the Law on the Social Capital and the Law on Enterprises, the SFRY began the transformation of its legal system in 1988, well before the fall of the Berlin wall and considerable earlier than the traditional socialist states.

For these reasons, it is justified to say that the law of the SFRY and Serbia during the socialist time was (underneath the layer of socialist law) already more European than a foreign observer might assume.

Therefore, Serbia would actually have a good starting position for a further "Europeanisation" of its law. However, there have been some developments lately which seem to leading Serbia in the opposite direction. Namely, in the field of Company Law and particularly Criminal Procedure Law, the Serbian legislator has introduced some elements of the Anglo-American law. Not only does it make the Europeanisation of the Serbian Law more difficult but it is also inconsistent with the Serbian legal tradition. It additionally causes superfluous discrepancies and contradictions in the Serbian legal system.

The author concludes that Serbia would be better off if it would only listen to the many voices from Serbia and remember its own European tradition, instead of following foreign advisors urging for the change the legal system or at least the isolated transplantation of particular legal institutes which are fully inconsistent with the Serbian legal tradition and, thus, stand out like "aliens" in the Serbian legal system. Ultimately, the road from Serbia to Europe does not go through America, either geographically or in terms of law.

Key words: Europe, Law, Legal System, Republic of Serbia, Socialism.

Др Горан Коевски,*
Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први”,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј” Скопље, Македонија

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK:347.7(497.7:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРАВНИ И ДРУГИ МЕТОДИ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ МАКЕДОНСКОГ ТРГОВАЧКОГ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

*„Не можемо решавати проблеме са
истим начином размишљања којег
смо имали када смо их створили.“*

Алберт Ајнштајн

Апстракт: Свака држава, укључујући и Републику Македонију, у условима глобализације има потребу да хармонизује своје приватно право са тенденцијама у региону и шире. Методи хармонизације су различити и зависе првенствено од тога да ли је хармонизација наметнута „одоздо“ (функционално-тржишно-негативна) или „одозго“ (формално-политички диригована-позитивна).

У овом раду даћемо осврт на процес и методологију унификације и хармонизације приватног права на међународном и на нивоу Европске уније, да би продужили са детаљнијом обрадом питања хармонизације појединих делова трговачког права (статусног, уговорног, конкурентског и права хартија од вредности) како у оквиру ЕУ, тако и у Републици Македонији.

Key words: *unifikacija i harmonizacija privatnog prava, instrumenti i metodi harmonizacije, EU pravo, transpozicija EU prava.*

* gkoevski@gmail.com

1. Разграничење одређених појмова повезаних са унификацијом/хармонизацијом приватног права

На почетку овог рада потребно је разграничити појмове „стандардизација“, „унификација“ и „хармонизација“ приватног права. Под појмом „стандардизација приватног права“ подразумева се „(...) процес стварања општих правних начела или општих правила за уговоре у међународном промету“ (Вукадиновић, 2012: 341). Сам појам стандардизације у себи обухвата појмове унификације и хармонизације. Тако, под појмом „унификација“ подразумева се „... процес стварања јединствених (унификованих) правних правила“ под условом да се ради о нормама „... националних правних система између којих не постоје велике или непремостиве разлике (...)“ (Вукадиновић, 2012: 345). Коначно, „[П]од хармонизацијом или усклађивањем права се подразумева процес усаглашавања решења у националним правима више држава уз задржавање разлике између њих самих, али уз обавезу да таква решења не буду у супротности са остваривањем одређених заједничких циљева“ (Вукадиновић, 2012: 348).

2. Историјска појава унификације/хармонизације приватног права

У упоредном праву се често среће појам *lex mercatoria*, којим се означава право трговаца. Разликује се стара и нова *lex mercatoria*. Стара *lex mercatoria* се развија као средњовековно право путујућих трговаца и представљала је збир аутономних трговачких обичаја, који су се материјализовали у трговачким узансима (обичајима) и праксама (Mazzacano, 2008). У новом веку долази до напуштања *lex mercatoria* и приступа се процесу националних кодификација трговачког права, односно долази до инкорпорације постојеће *lex mercatoria* у националној легислативи.

Развојем међународне трговине, када се начелу аутономије воље поново даје наглашени значај, долази до потребе стварања нове *lex mercatorie* – *nova lex mercatoria*. За разлику од старе, нова *lex mercatoria* није спонтана, већ је резултат хармонизоване и организоване акције за стварање унифирмног права на универзалној или регионалној основи. Зато, нова *lex mercatoria* је суочена са изазовом да се уклопи у већ постојећи концепт националног суверенитета, што само по себи представља веома комплексан процес.

Модерној правној унификацији генерално се замера: (а) због мултипликације хармонизујућих пројеката, који могу довести више до дисперзије него до фактичке хармонизације и (б) да су код ових инструмената хармонизације више ради о чисто теоретско-интелектуално-менталној вежби, без особите практичне, оперативне важности, и да се већа тежина даје правним

аспектима трговине, чиме се истовремено доприноси већој економској неефикасности (Faria, 2009).

3. Хармонизација права ЕУ

Када се говори о хармонизовању националног права са правом ЕУ, треба правити разлику између обавеза држава – чланица да хармонизују своја национална права са оним што се назива *acquis communautaire* и обавеза трећих држава које врше хармонизацију у контексту претприступне стратегије за пријем у ЕУ. Хармонизацијом права се очекује да се замене неусклађени национални прописи како би се оставарили комунитарни циљеви, али истовремено и да се сачувају и испоштују различитости у националним правним системима (Вукадиновић, 2008: 162, 166).

Неки аутори сматрају да постоји прилична конфузија када се ради о појмовима *approximation*, *harmonization* и *coordination* (Vukadinović, 2008: 167). Други појам хармонизације везују са процесом постизања споразума (хармоније), док се апроксимација схвата као метод за обезбеђивање хармонизације. Значи, ако се под појмом хармонизације у ЕУ контексту подразумева „европеизација“ националног законодавства, појмом апроксимације се обухвата процес путем којег се врши што је могуће аутентичније усаглашавање националног законодавства са правним актима ЕУ, путем слободног дефинисања стратегије, метода и техника за извршење и временског оквира за апроксимацију. Земљама аспирантима за чланство у ЕУ у процесу хармонизације се даје могућност коришћења инструмената меког права, што подразумева да се нигде и нити у било којој фази не помињу обавезне клаузуле за њихово извршавање, већ је одговорност држава чисто политичка, прослеђена могућом санкцијом која би била у виду „суспензивне клаузуле“, односно забране чланства у ЕУ. Европска комисија искључује сваку могућност парцијалног усвајања *acquis*-а од држава које имају аспирацију за улазак у ЕУ, и налаже да се *a priori* прихвати целокупни „опус“ акција који постоји у моменту када држава аспирант започиње процес хармонизације са законодавством ЕУ. За треће државе које пролазе кроз процес интеграције, метод имплементације не значи директну примењивост. Сви правно обавезујући акти се транспонују у правни систем и као такви се касније примењују (Салевска, 2008: 125–150).

Када се ради о земљама Западног Балкана динамика „европеизације“ унутрашњих прописа зависи од одредби респективних споразума о стабилизацији и придруживању. Сагласно „Белој књизи – припрема припадајућих држава Централне и Источне Европе за интегрисање на заједничком тржишту Европске уније,“ усвојена на самиту Европског

Савета 1995. године у Кану, представља један од најбитнијих услова за пријем у чланство ЕУ.¹

Данас се посебна пажња посвећује правном, регулаторном и институционалном оквиру приликом транспоновања права ЕУ (Berkowitz, Pistor, Richard, 2001).² У овом смислу, користи се израз „капацитет за спровођење“, који у себе обухвата неколико фаза: транспоновање, примену, усаглашеност и извршење. Транспоновање представља правни процес уграђивања нове групе правила у националне правне прописе. Примена транспонованих правила представља предузимање одговарајућих мера надлежних органа у правцу стављања у функцију нових правила. Усаглашеност укључује активности које се предузимају ради постизања једнообразности у вршењу права и обавеза које се намећу онима на које се та правила односе (правне адресате). Под појмом „извршење“ се подразумева акт провере, надзора и/или обезбеђење усаглашености транспонованих правила (Ефремова, 2008: 109–123).

3.1. Правни основи хармонизације/апроксимације

Општи правно-политички основ за усклађивање или хармонизацију унутрашњих прописа држава чланица је био дат у члану 3, става 1, тачке h Уговора о оснивању Европске заједнице, као и одредбе члана 94 . Ови чланови Уговора о оснивању Европске заједнице су сада укинати и замењени члановима 114–118. из Трећег поглавља Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ)³, који носи наслов “Приближавање (апроксимација) права”, а у вези са остваривањем циљева утврђених у члану 26. УФЕУ (успостављање и функционисање унутрашњег тржишта). Апроксимација права у делу грађанског поступка са прекограничним импликацијама је уређена у члану 81. ТФЕУ. Уколико није могућ нити један од наведених правних основа, може се употребити „флексибилна клаузула“ из члан 352 ТФЕУ.⁴

1 Види: White paper on Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union COM (95) 163 final. Преузето 19.5.2014. http://www.europarl.europa.eu/enlargement/index_en.htm

2 Ово не значи ништа друго него могућност процене тзв. „ефекта трансплантације.“ Како би се извршила добра трансплантација прописа у земљи увозника мора постојати јасно изражени захтев и потреба за таквим прописом, али и жеља да се изгради потребна правна и друга инфраструктура за ефектуисање таквог захтева.

3 Види: Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, Official Journal C 83, 30.3.2010. Преузето 18.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:C:2010:083:TOC>

4 Види: European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014 Преузето 22.5.2014. <http://www.europarl.europa.eu/RegData/>

3.2. Основни инструменти за хармонизацију права ЕУ

Основни инструменти путем којих се врши хармонизација са правом ЕУ су акти секундарног права ЕУ. Док примарно право ЕУ сачињавају све правне норме садржане у оснивачким уговорима, њиховим анексима и уговорима којима су извршене њихове измене и допуне, затим општа правна начела ЕУ и обичајно право, секундарно право ЕУ је збир свих аката које органи ЕУ доносе на основу додељених овлашћења из примарног права. Централна одредба у УФЕУ је садржана у члану 288. (у сврху извршавања овлашћења ЕУ органи усвајају уредбе, директиве, одлуке, препоруке и мишљења). Уредба (у даљем тексту: регулатива) је правни акт са општим важењем. Уредба има непосредно дејство и назива се „Европски закон“ због свог наднационалног карактера. Директива је, са своје стране, обавезујућа за све државе чланице и то својим циљем, док се националним институцијама оставља избор у којем облику и којим средствима ће извршити њену имплементацију. Ипак, избор облика и средства мора бити такав да обезбеде „пуно дејство“ директиве (Misita, 2007: 536).

Зато се, с правом, указује да се директивама врши хармонизација, док усвајањем регулатива се врши унификација права ЕУ.⁵

3.3. Методе и технике хармонизације

Када је реч о методама и техникама хармонизације са комунитарним правом, прави се њихова подела на основу следећих критеријума: предмета регулисања, садржаја, вредности, односно интереса чијој заштити служе, и према техници регулисања.

Са аспекта предмета регулисања, може се говорити о вертикалној и хоризонталној хармонизацији (Meškić, Samardžić, 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 165–166, Misita, 2007: 536). Према садржају, може се разликовати потпуна (тотална) и делимична хармонизација (Misita, 2007: 525, Meškić et al. 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 162–163, Misita, 2007: 525). Док се потупна и делимична хармонизација односе на садржај, односно обим хармонизације, максимална и/или минимална хармонизација се односе на вредност интереса чијој заштити служе (Meškić et al. 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 163–164, Misita, 2007: 525–526). Максималном или минималном хармонизацијом успостављају се одређени стандарди на нивоу ЕУ.

bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

5 Види: European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014 Преузето 6.6.2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

Могућа је и комбинација свих претходних метода и техника.

Са аспекта технике регулисања, могуће је разликовати опциону (оптирајућу), референцијалну (упућујућу), одложну и алтернативну регулацију (Meškić et al. 2012: 117–120, Vukadinović, 2008: 165, Misita, 2007: 526–527).

Коначно, прави се разлика између позитивне и негативне хармонизације или интеграције (Meškić et al. 2012: 291–292, Vukadinović, 2008: 164–165, Misita, 2007: 314, 530–532). Позитивна хармонизација подразумева активност централног комунитарног легислатора, односно доношење и усвајање јединствених правила од стране центра. Негативна хармонизација подразумева уздржавање центра од доношења одређених прописа, већ се хармонизација постиже уједначавањем правног режима адаптацијом постојеће националне легислативе, укидањем одређених норми супротних комунитарном праву, првенствено слободном кретању робе или њеном заменом *soft law* инструментима (грубо речено, дерегулација националног права). Негативна хармонизација подразумева и примену начела „државе порекла“ или начела „међусобног признавања“ (*lex originis*).⁶

У задње три деценије ЕУ легислатор се углавном користи „новим“ приступом хармонизацији. Наиме, за разлику од, старог, вертикалног приступа који је инсистирао на релативно детаљном правном регулисању и сталном допуњавању, који је непрактичан, тражио се нови либерализованији приступ. Нови приступ подразумева минималну хоризонталну хармонизацију, користећи директиве као основни правни инструмент (Крег, де Бурка, 2010: 620–627).

Један од новијих приступа унификацији европског приватног права је и предлагање опцијских инструмената (Kuipers, 2011: 545). Најпознатији пример је Предлог регулативе о заједничком праву продаје, као први опцијски инструмент у делу европског приватног материјалног права.⁷ О овом Предлогу регулативе говорићемо више у тексту, у делу 7 овог рада.

6 Европско правно начело државе порекла подразумева да онај који нуди производе или пружа услуге, подлеже праву само оне земље у којој има пословно седиште као своје државе порекла.

7 Као што се види, овај инструмент је предложен у форми регулативе, али се њиме не врши нити хармонизација нити се замењује домаће национално право, него се ствара збир опцијских правила, идентичних за све државе-чланице, која ће постојати паралелно са националним правилима и односиће се искључиво на прекограничне пословне трансакције.

У процесу хармонизације права ЕУ, свакако, веома важну улогу има и тумачење секундарног ЕУ права од стране Суда правде ЕУ, који се назива „моторем“ стварања ЕУ приватног права.⁸

3.4. Терцијарно право

Поред примарног и секундарног права ЕУ, у теорији се све више среће и категорија терцијарног „меког“ права ЕУ.⁹ Наиме, у оквиру секундарних извора европског права, препоруке (recommendations) и мишљења (opinions) немају правно обвезујући карактер и зато се могу сматрати изворем меког права. Према ставу Европске комисије меко право представља флексибилнији инструменат за постизање одређених циљева у односу на класичну законодавну методу. У оквиру ЕУ права под појмом меког права се могу уврстити и: стратегије, препоруке, мишљења, декларације разних тела ЕУ, комуникације (саопштења – communications), правила понашања (code of conducts), повеље (charters), беле књиге (white books), зелене књиге (green books), акцијски планови или програми (action plans or programmes) и други. Управо зато, и неки аутори сврставају ове изворе меког права ЕУ у трећу, терцијарну категорију извора (Vuletić, 2011: 1011–1035 и Senden, 2004: 23–32).

4. Основне слободе

Успостављање и функционисање заједничког и унутрашњег тржишта зависи од степена остваривања четири основне слободе и правила о конкуренцији.

Као што је познато, према члану 26(2) УФЕУ постоје четири основне слободе: слобода промета роба (чланови 28–37. УФЕУ); слобода промета капитала; слобода промета услуга и слобода кретања лица. У оквиру слободе промета капитала говори се о слободи кретања капитала, али и о слободи платног промета (члан 63. (1) УФЕУ). Када се говори о слободи кретања радника (члан 45. УФЕУ), поред ове слободе, говори се и о слободи пословног настањивања (члан 49. УФЕУ), па зато неки аутори уместо о четири, говоре о шест слобода (Meškić et al. 2012: 289–290, 316, 367).

8 Види: European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014. Преузето 1.6.2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

9 Види: Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of ‘soft law’ instruments, European Parliament (2007/2028 (INI) 4.9.2007). Преузето 19.5.2014. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0366+0+DOC+XML+V0//EN>

За потребе овог рада, нама је од посебног интереса слобода пословног настањивања (чланови 49–55. УФЕУ). Појам слободе пословног настањивања није дефинисан примарним правом ЕУ, већ се извлачи из праксе Суда правде ЕУ – пословно настањивање подразумева стварно обављање привредне делатности путем фиксне инфраструктуре у другој држави чланици на неодређено време. У овом контексту треба се правити разлика између теорије оснивања (заступљена у Великој Британији, Холандији) и теорије реалног, стварног седишта (Немачка, Аустрија). У пракси Суда правде ЕУ постоје случајеви *Vale* (Јевремовић, 2013: 31–55)¹⁰, *Cartesio*, *SEVIC Systems AG, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd*, *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Bau-management GmbH (NCC)*, *Centros Ltd vs. Erhvervs - og Selskabsstyrelsen*, који су се бавили теоријом оснивања, односно реалног седишта и могућности трансфера регистрованог седишта.¹¹ Анализирајући ове одлуке Суда, на први поглед изгледа да је Суд лутао у погледу тога да ли ће као меродавну прихватити теорију инкорпорације или теорију реалног седишта, али изгледа да је коначно покушао да направи разлику између одсељења и досељења друштва. Када друштво одсељава своје стварно седиште из државе оснивања у другу државу чланицу (државу пријема), држава оснивања има право да ограничи његову слободу пословног настањивања постављајући услове које друштво мора испунити да би задржало карактер друштва државе оснивања.¹² Ипак, проблем премештаја стварног седишта, према мишљењу Суда ЕУ, треба решити хармонизацијом ове области.¹³

5. Хармонизација компанијског права ЕУ

Оригинални циљ инволвирања ЕУ у регулисање компанијског права је било буквално тумачење чланова 50. и 114. УФЕУ. Главна намера креирања ЕУ

10 Види: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=378/10&d=ALL>. Преузето 18.5.2014.

11 Случајеви су доступни на: http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm и http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm#jurisprudence. Преузето 22.5.2014.

12 Насупрот томе, држава чланица пријема у коју друштво досељава своје стварно седиште, било да тамо оснива подружницу унутар које ће обављати целокупну привредну делатност (*Centros*), или да држављани државе досељења купе све акције друштва као у случају *Überseering*, нема право да овај облик коришћења слободе пословног настањивања оспори друштву не дозвољавајући му оснивање подружнице (*Centros*) или одузимајући му правну или страначку способност (*Überseering*).

13 Види: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf и http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET%282013%29494460_EN.pdf. Преузето 6.6.2014.

политике у делу компанијског права је развој и имплементисање механизма компанијског права који ће повећати ефикасност и компетитивност пословних подухвата широм ЕУ (Böckli, Davies, Ferran, Ferrarini, Garrido, Hopt, Pietrancosta, Pistor, Skog, Soltysinski, Winter, Wymeersch, 2012). Члан 50. УФЕУ се узима као основа за избегавање тзв. „трке према дну“ – race to the bottom (Enriques, 2005)¹⁴, док се члан 114. узима као правна основа са циљем да се одстрани препреке у слободи кретања у оквиру унутрашњег тржишта и да се омогући неометано вршење основних слобода унутар националних компанијских права (Enriques, 2005).

Оправдање за хармонизацију ЕУ компанијског права је да државе чланице имају монопол у погледу израде свог националног права и да тиме могу злоупотребити ту своју регулаторну моћ, дајући одређеним локалним интересним групама посебна права.

Инструменти секундарног права путем којих се врши хармонизација компанијског права ЕУ су директиве, регулативе, препоруке, саопштења, акциони планови и слично.¹⁵

5.1. Критике досадашњих активности хармонизације компанијског права ЕУ

Сматра се да је досадашњи учинак Европске комисије у делу усаглашавања компанијског права далеко од импресивног, постављајући дилему да ли је могуће и да ли је потребно предузети још нешто више и ефикасније (Enriques, 2005). Критике се односе на то да хармонизовано компанијско право ЕУ није нешто суштински променило у делу управљања компанијама.¹⁶ Даље, присилна примена одредби ЕУ компанијског права је веома слаба, односно децентрализована без неког значајнијег утицаја ЕУ институција. Тумачење одредби ЕУ компанијског права се врши у сагласности са правном традицијом и културом, односно у сагласности са тумачењем како је вршено пре него што је хармонизација започета, а није редак случај и да су национални ограничења невољни или су пуно блажи у санкционисању повреде одредби ЕУ компанијског права од стране сопствених компанија

14 Превенција „трке према дну“, у суштини је мера којом се настоји да се ограничи слобода да свака држава чланица слободно регулише или дерегулише своје компанијско право, или, као што се модерно каже, да се спречи ставарање европског Делавера. Ипак, у овом моменту, рано је говорити о могућој појави европског Делавера.

15 Детаљније о свим овим инструментима хармонизације и унификације види више: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm. Преузето 1.6.2014.

16 На пример: фидуцијарне обавезе чланова компанијских органа, правни лекови који стоје на располагању акционарима у погледу вршења њихових права и слично.

(Enriques, 2005). Постоји став да је ЕУ компанијско право у овом тренутку толико комплексно и разубљено и да га је боље оставити самом себи и то првенствено на националном нивоу. Наиме, позитивно компанијско право ЕУ ствара ситуацију да чак и резиденти у одређеној држави чланици тешко могу схватити каква је ситуација са легислативом у њиховој матичној држави, а камо ли да настоје да проуче какво је стање у тој области у другим државама чланица. Чак и ако се ради о хармонизованим правилима, државе-чланице могу избећи ефекат хармонизације путем непотпуног или неправилног транспонованња хармонизујућих мера.

Слично, постоји схватање да су правила садржана у ЕУ правним изворима најчешће: неважна правила (*unimportant rules*), којим се одређеним правним адресатима дају нека права која се у пракси веома ретко или никада не врше; затим, правила која се лако могу избећи (*avoidable rules*) путем доброг планирања, односно правила за која су трошкови за њихову примену већи него трошкови да се избегну и слично (Enriques, 2005).

Ако се дода да је ЕУ легислатива више резултат компромиса између различитих правних породица и традиција него резултат тражења најбољих решења, ствар постаје компликованија (Enriques, 2005).

5.2. Предлози за побољшање стања у овој области

Потребна је реална хармонизација, уместо теоретске хармонизације, која само хипотетички може побољшати ствари постављањем неких идеалних циљева.

За разлику од ЕУ права о хартијама од вредности и финансијске регулативе, који су суштински за стабилност финансијског система и унутрашњег тржишта ЕУ, предлаже се да је боље да се компанијско право остави на нивоу држава – чланица. Овај се став правда тиме да ће се путем спонтане, негативне хармонизације (*from the bottom* или *leveling-up*) постићи бољи ефекат, него путем наметнуте, позитивне хармонизације са врха – *from the top down* или *leveling-down* (Enriques, Gelter, 2006).¹⁷ У упоредној литератури, у овом смислу, среће се подела на тзв. формалну и функционалну конвергенцију (Gordon, 2003).

Слободним избором надлежног компанијског права, уместо позитивном хармонизацијом, створиће се неформални притисак државама-чланица да

¹⁷ Са позитивном хармонизацијом Европска Комисија намеће државама чланица да усвоје одређена правила (путем директива) или директно, путем регулатива. Позитивна хармонизација може бити материјална (*substantive*), када се дефинише садржај националних компанијских права, а може се односити и на могући избор права (*choice of law*) било преко његовог већег промовисања или, пак, његовим ограничавањем.

прилагоде своје национално право према правилима која су већ доказана као најефикаснија. Тиме би се постигло да се одстрани и да се реформишу национална правна ограничења која не заслужују даље функционално оправдање за њихово постојање путем тзв. негативне хармонизације (на пример укидање потребе о минималном законском капиталу код друштава са ограниченом одговорношћу и слично) (Böckli, et al. 2012).

Са друге стране, уколико се иде са врха (позитивна хармонизација), питање је колико центар може идентификовати правила која ће бити ефикасна у целој ЕУ.

Зато, подржава се слобода избора примењивог компанијског правног система, са допунском гаранцијом комунитарног права. Суд правде ЕУ је већ ово дозволио делом својих пресуда о којима је било више речи *supra* у делу 4 овог рада. Тиме се доприноси слободи регулаторне арбитрабилности (изборности) од стране европских компанија и стварању потенцијалне дефанзивне регулаторне конкуренције (*defensive regulatory competition*), али, наглашава се, да нити једна држава чланица не би требало да активно инклинише ка привлачењу реинкорпорација компанија из других држава чланица (Enriques, 2005). Колико је компанијама лакше вршити избор компанијског права којег преферишу, то је мања потреба за хармонизацијом ове гране права (Enriques, 2005).

5.3. Оправдање хармонизације компанијског права ЕУ

Што се хармонизације компанијског права ЕУ тиче, то се може оправдати само са аспекта прекограничних елемената компанијског права за које су државе-чланице или неспособне или нису довољно спремне (Böckli, et al. 2012).

Иако се преферише негативна хармонизација компанијског права ЕУ, нереално је очекивати да ће будући приступ Комисије бити у правцу коришћења чистог метода негативне хармонизације, базиране на повећаним уговорним слободама заинтересованих субјеката. Могуће је да се само у одређеним областима поставе стандарди где је корист од униформности већа (Enriques, 2005). У том смислу, предлаже се да је можда најбоље хармонизовати само основно језгро компанијског права по узору на хармонизацију права ЕУ о хартијама од вредности путем тзв. *Lamfalussy* приступа о коме ће више бити речи касније у делу 6 овог рада.

Најновије у ЕУ је да је Комисија припремила ново Саопштење (комуникацију) под насловом „Акциони план: европско компанијско право и корпоративно управљање – модерни правни оквир за више ангазоване акционаре и

одрживе компаније“, у децембру 2012. године, где се дају основне идеје које Комисија намерава предузети у следећим годинама са намером да модернизује и побољша постојећи оквир.¹⁸

5.4. Стечајно право

Што се стечајно права тиче, постоји више релевантних међународних извора (Јовановић Zattila, Чолаковић, 2013: 239–243). Тако, ту је најпре Европска конвенција о одређеним међународним аспектима стечаја од 1990. године.¹⁹ Ипак, најважнија је Регулатива Савета 1346/2000 о инсолвентским поступцима,²⁰ која омогућава слободу избора форума за вођење стечајног поступка (forum shopping) и регулаторну арбитражу и у области стечајног права (Enriques et al, 2006).²¹ Наиме, уколико једна држава успе да прва отвори главни стечајни поступак, њено стечајно право, са одређеним изузецима, биће примењивано и на стране ентитете. Зато, у овом контексту, потребно је потенцирати да је потребна тзв. процедурална позитивна хармонизација, како би се обезбедила права запослених,²² поверилаца и слично, односно како би се избегле опортунистичке реинкорпорације и избор форума и надлежног права од стране инсолвентних дужника. Зато се сматра да би процедурална позитивна хармонизација више ограничавала, него што би повећала слободу избора права. Као и код компанијског права, тако и код стечајног права, да би се применио строжи национални режим (под капом заштите јавног морала и поретка, на пример) тражи се испуњење услова из тзв. *Gebhart* формуле (Poddubny, 2008: 24–28). Новина у

18 Види: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#actionplan2012. Преузето 2.6.2014.

19 Конвенција је доступна на: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=4&NT=136>. Преузето 19.5.2014.

20 Види: Council Regulation (EC) No.1346/2000 on insolvency proceedings (2000 O.J. (L 160) 1.) доступна на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en:PDF>. Преузето 22.5.2014.

21 Оно што је интересантно јесте да се слободом избора материјалног компанијског права, може изабрати и надлежни форум за евентуално вођење стечајног поступка. Тако, уколико се одређена компанија налази у „сивој зони“ инсолвентности, али стечај још није отворен, она може извршити трансфер свог седишта и тиме кад буде дошло до отварања стечајног поступка може доћи до примене материјалног стечајног права којим се преферишу друге групе у стечају (на пример, уместо запослени и повериоци, да се преферише реорганизација дужника у стечају). Тиме би дошло до тзв. „инсолвенсификације“ (insolventification) компанијског права.

22 Види: Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of their employer's insolvency. Преузето 6.6.2014.

европском стечајном праву је и Препорука Европске комисије од 12. 3. 2014. године у вези са „спашавањем“ пословних подухвата који се суочавају са инсолвентошћу у једној ранијој фази, односно пред формално отварање стечајног поступка.²³

У овом делу, накратко бисмо упутили и на, рекли бисмо, унификацију права конкуренције ЕУ. Важно је упутити да чланови 101. и 102. УФЕУ имају непосредно хоризонтално дејство и постоје паралелно са националним конкурентским правима. То је изричито утврђено Уредбом (регулативом) Савета (ЕЗ) бр. 1-2003 о примени правила о конкуренцији - чланови 81. и 82. (чланови 101. и 102. УФЕУ) (Meškić et al. 2012: 8, Cseres, 2013).²⁴

6. Хармонизација права о хартијама од вредности ЕУ

Европска комисија је већи ексклузивни законодавац у сфери индустрије хартија од вредности у ЕУ него у делу компанијског права.

Године 1999. Европска комисија је лансирала амбициозни план о интеграцији ЕУ финансијских тржишта путем правне хармонизације: Акциони план о финансијским услугама (the Financial Services Action Plan – FSAP). Овим планом је било предвиђено усвајање више легислативних мера са циљем постепеног хармонизовања основног правног језгра у делу компанијског права и права хартија од вредности. Ове директиве су се усвајале на два нивоа и познате су под именом Lamfalussy директиве.²⁵ Оне су обухватале директиве у области као што су: Директива о проспекту, Директива о злоупотреби тржишта, Директива о преузимању акционарских друштава и Директива о транспарентности.²⁶ Све поменуте директиве се односе на трансакције које се одвијају на регулисаном тржишту. Створен је посебан Комитет европских регулатора индустрије хартија од вредности (Committee of European Securities Regulators – CESR) који је издао упутства за имплементацију и униформно тумачење предвиђених мера.

23 Види: Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency, доступна на: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf. Преузето 1.6.2014.

24 Види: Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003, p.1-25. Преузето 19.5.2014.

25 Види: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/transposition/index_en.htm. Преузето 22.5.2014.

26 Види: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/securities-law/index_en.htm. Преузето 6.6.2014.

Овим директивама је извршена промоција заједничког регулаторног оквира, самим тим што су биле утврђене основне заједничке тачке права хартија од вредности у државама – чланица ЕУ. Ипак, генерални је став да је унифирмност ЕУ регулативе у делу хартија од вредности још увек недостижан циљ. Ово се приписује факту да се директивама примењује метод делимичне, минималне и опцијске хармонизације, а само су делом обавезне и максималне. Слично, директивама се замера да им недостаје униформни систем наметања грађанске одговорности и њихове стриктније примене. Предлози за побољшање стања у сфери ЕУ регулативе о хартијама од вредности се траже у ЕУ централизацији примене ових прописа, са једне, и да цела регулација пређе у ексклузивни домен институција ЕУ, са друге стране (Enriques, Gatti, 2008).

У правцу условне „централизације“ регулаторних права хартија од вредности ЕУ, створено је Европско тело о хартијама од вредности и тржишту капитала (European Securities and Markets Authority – ESMA),²⁷ у новембру 2010. године, а на основу тзв. *Meroni* доктрине²⁸ чија је главна мисија да ради на јачању надзорне конвергенције између регулатора индустрије хартија од вредности, као и да координише своје активности са надлежним телима у финансијским секторима као што су European Banking Authority – ЕБА²⁹ и European Insurance and Occupational Pensions Authority – ЕИОПА.³⁰

7. Хармонизација уговорног права ЕУ

ЕУ као наднационална *sui generis* организација нема законодавну власт над подручјем уговорног права држава чланица, па се због тога јавила потреба за хармонизацијом, односно усклађивањем европског уговорног права.

Цео процес европеизације уговорног права је започео још давне 1989. године, да би у континуитету трајао до данашњег дана (Гавриловић, 2012).³¹

27 Види: http://www.esma.europa.eu/system/files/Reg_716_2010_ESMA.pdf. Преузето 1.6.2014.

28 Види: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010301-04.html>. Преузето 19.5.2014.

29 Види: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1093&from=EN>. Преузето 22.5.2014.

30 Види: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:331:0048:0083:EN:PDF>. Преузето 6.6.2014.

31 Види: 1989 Resolution of 26 May 1989 on action to bring into line the private law of the Member States, Official Journal C 158, 26.6.1989; 1994 Resolution of 6 May 1994

У оквиру ЕУ, направљено је неколико покушаја за израду европског

on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States, Official Journal C 205, 25.7.1994; 2001 Communication from the Commission to the Council and the European parliament on European contract law, Official Journal C 255, 13.9.2001; 2001 Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 12, 16.1.2001; 2003 Communication from the Commission of 12 February 2003 to the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan, Official Journal C 63, 15.3.2003; 2004 European Parliament Resolution of 2 September 2003 on the Communication from the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan, Official Journal C 76, 25.3.2004, 95-97 (opt-in/opt-out voluntary tool); 2004 Communication from the Commission of 11 October 2004 to the European Parliament and the Council - European contract law and the revision of the acquis: the way forward, [COM(2004) 651 final]; 2006 European Parliament Resolution of 23 March 2006 on European contract law and the revision of the acquis: the way forward, Official Journal C 292 E, 1.12.2006, 109-112, again the idea towards European Civil Code - Dutch Civil Code as a model, European social model, small and medium size enterprises; 2006 European Parliament Resolution of 7 September 2006 on European contract law, Official Journal C 305 E, 14.12.2006; 2007 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal L 199, 31.7.2007; 2007 European Parliament Resolution of 12 December 2007 on European contract law, [P6_TA (2007)0615]; 2008 European Parliament Resolution of 3 September 2008 on the common frame of reference for European contract law, [P6_TA (2008)0397]; 2008 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal L 177, 4.7.2008; Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), interim outline ed.; 2010 Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses [COM(2010)348 final]; 2010 Commission Decision 2010/233/EU of 26 April 2010 setting up the Expert Group on Common Frame of reference in the area of European contract law Official Journal L 105, 27.4.2010; 2010 Communication from the Commission - Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth [COM(2010)2020 final]; 2011 European Parliament Resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses [P7-TA (2011)0262]; 2011 The first function of the DCFR was attained by enacting the Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance), Official Journal L 304, 22.11.2011; 2011 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law [COM(2011)635final]; 2011 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback . Релевантни подаци се могу наћи и на следећим веб страницама: <http://ec.europa.eu/justice/contract/> и http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33158_en.htm. Преузето 1.6.2014.

грађанског законика што је изазвало контроверзну дебату. Они који подржавају стварање јединственог европског грађанског кодекса сматрају да би се тиме повећала тржишна ефикасност и да би се одстраниле правне баријере за пословне субјекте, потрошаче и правнике. Противници ове идеје сматрају да и кад би се постигао компромис за израду јединственог Европског грађанског законика (што је тешко могуће у овом моменту), остаће различито тумачење овог прописа од стране националних судова, на основу различитих правних традиција и култура, и тиме ће сама кодификација европског приватног права постати илузорна.

Као део покушаја, у овом смислу, поменули бисмо Начела европског уговорног права (Principles of European Contract Law - PECL), која обухватају правила о уговорном праву, као и о општом облигационом праву, објављена између 1998. и 2002.

Затим, веома важан је и Нацрт општег оквира упућивања (Draft Common Frame of Reference),³² објављен у својој првој верзији 2009. године, који садржи начела, дефиниције, модел-правила, компаративна истраживања, коментаре, прибележбе и слично (Piers, Vanleenhove, 2012). Иако замишљен првенствено као необавезујући „меки“ извор потенцијалних идеја за европског легислатора, он може послужити и као извор за попуњавање правних празнина у националним уговорним правима, са једне, и за побољшање кохерентности европског приватног уговорног права, предлажући заједничку терминологију и правила, са друге стране (Emmert, 2012 и Eidenmueller, Faust, Grigoleit, Wagner, Zimmermann, Jansen, 2008).

У октобру 2011. године промовише се Предлог регулативе Европског парламента и Савета о заједничком праву продаје (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law - CESL), где се правила о заједничкој продаји дају у Анексу I³³. Као што сам назив указује, Предлог регулативе се не фокусира на цело уговорно право, већ само на терен продаје и то на прекограничну продају. Битно је да се потенцира да се ради о опцијском инструменту (види *supra* у тексту у делу) као облику хармонизације права ЕУ.

32 Види: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Outline Edition, Преузето 19.5.2014. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

33 Види: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law - CESL [COM(2011)], Преузето 22.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>. Преузето 6.6.2014.

Вредно је поменути и да је Предлог регулативе CESL изазвао лавину дебата и контроверзе око правног основа њеног предлагања (Meyer, 2013: 12–19, Low, 2012).³⁴

И поред тога што потрошачко право није ужи предмет експертизе аутора овог рада, важно је поменути Директиву о потрошачким правима из 2011. године³⁵, која је требало да буде транспонована у национална права до децембра 2013. године, а да примена тако хармонизованих прописа мора почети од 13. јуна 2014. године. Ова Директива је битна због тога што се њом прави покушај да се потрошачко право потпуно хармонизује путем методе максималне хармонизације, и да буде стављено готово искључиво у европску надлежност, а не као подељена надлежност између ЕУ и државе – чланице (Smits, 2010).

8. Хармонизација македонског права са правом ЕУ

8.1. Основни факти процеса придруживања Републике Македоније у ЕУ

Споразум о стабилизацији и асоцијацији (ССА) између Републике Македоније и ЕУ је потписан 2001, а ступио је на снагу у априлу 2004. године.³⁶ Сагласно са чланом 5. Споразума, асоцијација је требала бити потпуно постигнута у року од 10 година од ступања на снагу и то у две фазе. Прва фаза је требало да буде прогресивна и да се фокусира на области описане у главама III (регионална сарадња), V (кретање радника, оснивање предузећа, пружање услуга, текућа плаћања и кретање капитала, с тим да

34 Зашто је битан избор правног основа? Од избора правог основа, између осталог, зависи поступак усвајања легислативних инструмената, односно да ли ће се тражити квалификована већина или једногласност у оквиру Европског савета, како и која ће бити улога Европског парламента. Погрешни избор правног основа носи ризик поништавања одређеног инструмента од стране Суда правде ЕУ. Избор Комисије је био данашњи члан 352. TFEU, док је Парламент инсистирао на примену члана 114. TFEU као исправнији правни основ за Предлог регулативе.

35 Види: DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance) доступна на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>. Преузето 1.6.2014.

36 Споразум је доступан на: http://www.sep.gov.mk/data/file/Protokoli-SSA/ZAKON_ZA_RATIFIKACIJA_NA_SPOGODBATA_ZA_STABILIZACIJA_I_ASOCIJACIJA_ME_U_REPUBLIKA_MAKEDONIJA_I_EVROPSKATA_ZAEDNICA_I_NEJZINITE_ZEMJI_%5ELENKI.pdf. Преузето 19.5.2014.

је са овом Главом непосредно повезан и Анекс VI, који обухвата финансијске услуге у осигурању, банкарским и осталим финансијским услугама), VI (усаглашавање законодавства и спровођење закона, где су као приоритети били наглашени закони у сфери конкуренције, интелектуалне, односно индустријске и трговинске својине, јавних набавки, стандардизација и слично) и VII (правда и унутрашњи послови). Четири године након ступања на снагу Споразума, Савет за стабилизацију и асоцијацију (као заједничко тело представника ЕУ и македонске владе) требало је да процени да ли је постигнут напредак у појединим областима и да донесе одлуку о почетку друге фазе придруживања и о року њеног трајања.³⁷

Европски савет је доделио кандидатски статус Републици Македонији у децембру 2005. године.

У октобру 2009. године, Европска комисија је препоручила савету да отвори процес преговара за чланство са Македонијом и да се пређе на другу фазу имплементације ССА. Ове препоруке су поновљене 2010, 2011, 2012. и 2013. године, али Савет још увек није одлучио по овим позитивним препорукама Комисије.

Приступни дијалог на високом нивоу (A High-Level Accession Dialogue) је започет у марту 2012. године, и служи као временски инструмент којим се земљи даје подстицај за даље реформе у процесу интеграције са ЕУ.

С обзиром на то да нам обим рада не дозвољава да се детаљније задржимо на свим деловима трговачког права (посебних закона) које смо анализирали у делу хармонизације права ЕУ, у продужетку даћемо кратку анализу релевантних делова извештаја о напретку Републике Македоније у процесу придруживања ЕУ, који су објављени од стране Европске комисије. У анализи је узето последњих шест извештаја 2010–2014. године.³⁸

У поглављу о слободи кретања робе, Македонија показује прогрес у последње четири године, посебно у делу општих принципа, односно транспоновања хоризонталне легислативе која се односи на усвајању ЕУ стандарда.

³⁷ Као што се може видети, рок за потупно чланство Републике Македоније, сагласно одредбама ССА, истекао је у априлу 2014. године.

³⁸ Извештаји су доступни на: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/mk_rapport_2009_en.pdf http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/mk_rapport_2010_en.pdf; http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/mk_rapport_2011_en.pdf; http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/mk_rapport_2012_en.pdf; http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/mk_rapport_2013.pdf http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20141008-the-former-yugoslav-republic-of-macedonia-progress-report_en.pdf. Преузети 11.10.2014.

У погледу поглавља права оснивања (настањивања), слободе пружања (прекограничних) услуга, признавања професионалних квалификација и слично, у последње четири године бележи се делимични или мали напредак.

У делу слободе кретања капитала, исто тако, бележи се мали напредак у делу брзих новчаних трансфера и спречавању прања новца. Ипак, нотирају се ограничења у делу краткорочних капиталних преноса, као и код прекограничних плаћања. Закључује се, међутим, да је Македонија испунила услове прве фазе Споразума о стабилизацији и асоцијацији и да се постепено припрема терен за другу фазу имплементације Споразума, када се очекује бржа регулаторна и институционална либерализација ове слободе.

Изгледа да Македонија у процени транспонирања ЕУ *acquis*-а најбоље стоји у делу компанијског права, односно права трговачких друштава. У свим објављеним итвештајима у последњих шест година, оцена је да се у делу компанијског права најдоследније врши преузимање ЕУ директива које се односе на трговачка друштва, укључујући једношалтерски систем, рачуноводство, ревизију и слично.

Што се тиче транспоновања права конкуренције ЕУ у домаће право, оцене Европске комисије су да је Македонија у том погледу добра када се говори о квалитету законског оквира. Ипак, у анализираном периоду, критике се понекад односе на слабу примену закона, на неадекватну кадровску екипираност националне Комисије за заштиту конкуренције, као и недостатак буџетских средстава за успешан рад Комисије. У задњем извештају о напретку придруживања, констатован је добар напредак у делу примене права конкуренције како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу.

Коначно, следи поглавље о финансијским услугама. Оцена о прогресу је углавном позитивна када се ради о банкама, финансијским конгломератима, тржишту капитала, пензијског осигурања, финансијских (небанкарских) друштава, финансијских услуга и других. Ипак, у извештају из 2013. године стоји да усаглашавање са кључним деловима *acquis*-а који се односи на инфраструктуру финансијског тржишта још није постигнута и стање је оцењено као средње напредно.

8.2. Методологија хармонизовања македонског права са правом ЕУ

У Републици Македонији формална хармонизација са правом ЕУ се одвија према посебној методологији и процедури. Општи плански докуменат у

процесу усвајања *acquis*-а је Национални програм за усвајање права Уније. На основу Националног програма, припремљен је посебни Приручник за транспоновање законодавства ЕУ у законодавство Републике Македоније. Овим Приручником се предвиђа да се и уредбе (регулативе) ЕУ требају транспоновати на исти начин као и директиве. Према Пословнику Собрања Републике Македоније, између осталог, предвиђена је обавеза предлагача закона са тзв. „европском заставицом“ да поднесе изјаву са којом се потврђује усаглашеност таквог закона са прописима ЕУ, заједно са коресподентском табелом (*table of concordance*). Важну улогу у овом процесу има и Европска комисија, која доставља мишљења и сугестије поводом одређених предложених аката, посебно у поткомитетима створеним сагласно Споразуму о стабилизацији и асоцијацији (Национален научно-истражувачки пројект, 2012: 12–14).

8.3. Најновије тенденције кодификације грађанског права у Македонији

За потребе овог рада, укратко бисмо поменули и најновије тенденције кодификације македонског грађанског права. Двадесет осмог децембра 2010. године, Влада Републике Македоније је донела одлуку о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније (ГЗРМ).³⁹

Најпре, приликом избора модела кодификације, заузет је став да се прихвати модернији пандектни, а не институционални систем кодификације, по узору на немачки Грађански законик. Предвиђена је била израда општог дела, као и три класична посебна дела позната још из времена римског права: стварно, облигационо и наследно право (Пројект за изработка на грађански законик на Република Македонија, 2009: 90–101).

У оквиру Комисије формирана је посебна радна група за облигационо право, која је израдила радну верзију треће књиге у марту 2013. године.

У процесу кодификације, радна група је следила модерна српска искуства у овом погледу (радна верзија – Преднацрт српског Грађанског законика, 2007–2011⁴⁰), али и савремене измене и допуне Закона о облигационим односима у земљама у најужем окружењу где је био у примени југословенски Закон о облигационим односима од 1978: Словенија (*Obligacijski Zakonik*,

39 Одлука о формирању комисије је објављена у: „Службен весник на Република Македонија“ бр.4/2011.

40 Види: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> Преузето 6.6.2014.

2001),⁴¹ Хрватска (Закон о обvezним односима, 2005)⁴², Црна Гора (Закон о облигационим односима, 2008)⁴³ и други. Поред поменутих, приликом кодификације узети су у обзир сви релевантни ЕУ извори приватног права о којима је било речи у делу 7 овог рада. Поред европских, радна група је користила и решења Конвенције Уједињених нација о уговорима у међународној продаји робе (1980) и UNIDROIT принципа међународних трговачких уговора (2010), као и обавезе преузете чланством Македоније у Светској трговинској организацији (од 4. априла 2003).

9. Закључак

Закључили бисмо да је процес хармонизације права Републике Македоније са правом Европске уније у прилично напредној фази, што је сасвим очекивано, ако се узме у обзир политички изражена воља државе да постане пуноправна чланица ЕУ, као и да је кандидатски статус додељен скоро пре једне деценије.

Као што се из текста може видети, национални процес хармонизације није праволинијски, већ се у пракси јављају одређени проблеми.

Након шест позитивних извештаја о напретку Републике Македоније у процесу придруживања ЕУ, ситуација је још увек *status quo*. Разлози се, највероватније, могу наћи и на страни Македоније, али и на страни саме ЕУ и њених органа, и постављању све бројнијих тзв. benchmark-ова за пуноправно чланство у Унији, што са своје стране подстиче евоскептицизам код дела грађанства у држави.

Законодавна активност македонског Собрања у делу прихватања европског *acquis*-а, у сваком случају, иде са несмањеном брзином и интензитетом.

Оно што је добро јесте да се у процесу транспонована права ЕУ укључују млађи професионалци, којима европска идеја није тако страна и који су жељни да Македонију што пре виде као чланицу ЕУ. Али оно што у овом контексту највише смета аутору овог текста јесте да се у процесу транспонована ЕУ права све мање консултује стручна јавност, првенствено научници из одређених области права, који имају „дужу“ меморију и искуства у процесу транзиције и изградње Македоније као модерне правне државе. Резултат тога је да, под притиском времена да се задовољи Брисел, у делу

41 Види: <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200183&stevilka=4287>. Преузето 1.6.2014.

42 Види: <http://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>. Преузето 19.5.2014.

43 Види: <http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={7A6C4F6F-8D06-4BD8-87D7-B5B2F7622578}>. Преузето 22.5.2014.

транспонованја бројних инструмената хармонизације за одређену правну грану, долази до поразних резултата, у смислу да скоро нико не зна које и какво се позитивно право примењује у земљи. Тешко је рећи да постоји нека систематичност у уређењу одређене проблематике, првенствено у статусном трговачком праву. Коначно, не постоји конзистентна и официјелно прихваћена правна национална терминологија, чиме се ствара велика правна несигурност у примени формално и материјално транспонованих прописа. Једноставно, све је теже избећи осећај да је све присутнији синдром *lost in translation* у македонском трговачком праву.

Литература

Berkowitz Daniel, Katharina Pistor and Jean-Francois Richard, (2001). „Economic Development, Legality and the Transplant Effect”, William Davidson Working Paper Number 410. Преузето 19.5.2014. <http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/39794/wp410.pdf?sequence=3>

Böckli Peter, Paul Davies, Eilis Ferran, Guido Ferrarini, José Garrido, Klaus Hopt, Alain Pietrancosta, Katharina Pistor, Rolf Skog, Stanislaw Soltysinski, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, (2012). „Response to the European Commission’s Consultation on the Future of European Company Law”, European Company Law Experts. Преузето 22.5.2014. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law/additional-information/european-company-law-experts-ecl-additional-comments_en.pdf

Букадиновић, Д. Радован, (2012). „Међународно пословно право (општи и посебни део)“ друго издање, Удружење за европско право, Центар за право ЕУ, Крагујевац

Vukadinović Dr. D. Radovan, (2008). „Uvod u institucije i pravo Evropske unije“ prvo izdanje, Pravni fakultet u Kragujevcu, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac

Vuletić Dominik, mag.iur, (2011). „Pravni aspekti lisabonske strategije i budući izazovi – razrada sa motrišta pravne prirode mekog prava (soft law)“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 61 Br. 3

Гавриловиќ д-р Ненад (2012). „Кон заедничкото европско право за продажба“ Европско право, Правен факултет „Јустинијан Први“ УКИМ Скопје, број 1-2/2012, година 1, том 1

Gordon, Jeffrey N., (2003). „An International Relations Perspective on the Convergence of Corporate Governance: German Shareholder Capitalism and the European Union“, 1990-2000 European Corporate Governance Institute (ECGI) -

Finance Research Paper Series; ECGI - Law Working Paper No. 06/2003; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 406. Преузето 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=374620> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.374620>

Eidenmueller, Horst and Faust, Florian and Grigoleit, Hans Christoph and Wagner, Gerhard and Zimmermann, Reinhard and Jansen, Nils, (2008). „The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems“, Oxford Journal of Legal Studies N.N., Forthcoming. Преузето 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1269270> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1269270>

Emmert, Frank, (2012). „The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB“, Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2012-08. Преузето 1.6.2014. <http://ssrn.com/abstract=2025265> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2025265>

Enriques, Luca and Gatti, Matteo, (2008). „Is There a Uniform EU Securities Law After the Financial Services Action Plan?“, Stanford Journal of Law, Business, and Finance, Vol. 14, No. 1, 2008. Преузето 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=982282> или <http://ssrn.com/abstract=982282>

Enriques, Luca and Gelter, Martin, (2006). „How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law“, ECGI - Law Working Paper No. 63/2006; Harvard Olin Fellows' Discussion Paper No. 19/2008. Преузето 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=887164> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.887164>

Enriques, Luca, (2005). „Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?“, ECGI - Law Working Paper No. 53/2005. Преузето 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=850005> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.850005>

Ефремова Вероника, (2008). „Acquis Communautaire на Европската Унија“, Проект „Хармонизација на правниот систем на Република Македонија со правото на Европската Унија“, Методи за хармонизација на националното законодавство со правото на Европската Унија, Зборник од научната расправа одржана во Скопје на 2 април 2008 година, број 2, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје

Јевремовић Петровић др Татјана (2013). „Одлука Европског суда у случају Vale“, у збирци Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније, уредник Вук Радовић, Правни факултет Универзитета у Београду

Јовановић Zattila Милена и Владимир Чолаковић, (2013). „Стечајно право“, Центар за публикации Правног факултета у Нишу, Ниш

Крег Пол и Грејн де Бурка, (2010). „Право на ЕУ, текстови, случаи и материјали“, превод на четвртото издание, Магор, Скопје

Kuipers, J. (2011). „The Legal Basis for a European Optional Instrument“, European Review of Private Law 19(5)

Low, Gary, (2012). „Unitas via Diversitas: Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?“ Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 1, 2012; Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/2. Преузето 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1991070> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1991070>

Mazzacano, Peter, (2008). „The Lex Mercatoria as Autonomous Law“ CLEA 2008 Meetings Paper; CLPE Research Paper No. 29/2008. Преузето 19.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1137629> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1137629>

Meškić dr. Zlatan i Darko dr. Samardžić, (2012). „Pravo Evropske Unije I“, TDP Sarajevo, GIZ GmbH, Otvoreni Regionalni Fond za Jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo

Meyer Dr. Thomas, (2013). „Uvođenje Zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa subsidiarnosti“, Nova pravna revija, (Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, e.V. (IRZ – Stiftung), Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika, Društvo za istraživanje i recepciju nemačkog prava, br. 1/2013

Misita dr. Nevenko, (2007). „Osnovi prava Evropske Unije“ drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo

Национален научно-истражувачки проект, (2012). „Примена на правото на Европската унија во Република Македонија во периодот пред пристапувањето кон ЕУ (European Union Law Application in the Republic of Macedonia Before Its Accession to the EU)“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје

Piers, Maud and Vanleenhove, Cedric, (2012). „Another Step Towards Harmonization in EU Contract Law: The Common European Sales Law“. Преузето 1.6.2014. <http://ssrn.com/abstract=2151256> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2151256>

Podubny, André, (2008). „EC Internal Market Law Relevant Cases of the European Court of Justice“, cases edited by Latvijas Universitate Riga and Steinbeis University Berlin. Преузето 19.5.2014. http://home.lu.lv/~tschmit1/Downloads/Podubny-and-others_Relevant_ECJ-Cases.pdf

Проект за изработка на граѓански законик на Република Македонија, (2009). Влада на Република Македонија, Министерство за правда

Салевска Василка, (2008). „Методи за ефикасна хармонизација на националното законодавство со правото на Европската Унија - имплементација, рецепција и транспозиција“, Проект „Хармонизација на правниот систем на Република Македонија со правото на Европската Унија“, Методи за хармонизација на националното законодавство со правото на Европската Унија, Зборник од научната расправа одржана во Скопје на 2 април 2008 година, број 2, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје

Senden, Linda, (2004). *Soft Law in European Community Law*, OXFORD AND PORTLAND OREGON

Smits, Jan M., (2009). „Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights“, *European Review of Private Law*, Vol. 18, pp. 5-14, 2010. Преузето 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=1358426>

Faria, José Angelo Estrella, (2009). „Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?“ Преузето 19.5.2014. <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-1&2-faria-e.pdf>

Cseres, Kati, (2013). „Questions of Legitimacy in the Europeanization of Competition Law Procedures of the EU Member States“, *Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper No. 2013 - 02*. Преузето 22.5.2014. <http://ssrn.com/abstract=2213192> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2213192>

ЕУ извори

Commission Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency. Преузето 19.5.2014. http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, *Official Journal L 1*, 04.01.2003

Council Regulation (EC) No.1346/2000 on insolvency proceedings (2000 O.J. (L 160) 1.). Преузето 1.6.2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en:PDF>

Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of their employer's insolvency.

DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance). Преузето 19.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>

European Parliamentary Research Service, Methods for unifying private law in the EU, Briefing 23/01/2014. Преузето 22.5.2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130628/LDM_BRI%282014%29130628_REV1_EN.pdf

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Outline Edition. Преузето 19.5.2014. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law - CESL [COM(2011)]. Преузето 22.5.2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>

Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments, European Parliament (2007/2028 (INI) 4.9.2007. Преузето 19.5.2014. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0366+0+DOC+XML+V0//EN>

Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, Official Journal C 83, 30.3.2010.

White paper on Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union COM (95) 163 final. Преузето 1.6.2014. http://www.europarl.europa.eu/enlargement/index_en.htm

Интернет извори

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=378/10&td=ALL>

http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm

http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm#jurisprudence

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET%282013%29494460_EN.pdf

http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm
http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#actionplan2012
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=4&NT=136>
http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/transposition/index_en.htm
http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/securities-law/index_en.htm
http://www.esma.europa.eu/system/files/Reg_716_2010_ESMA.pdf
<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010301-04.html>
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1093&from=EN>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:331:0048:0083:EN:PDF>
http://ec.europa.eu/justice/contract/law/index_en.htm
http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33158_en.htm
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/mk_rapport_2009_en.pdf
[http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/mk_rapport_2010_en.pdf;](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/mk_rapport_2010_en.pdf)
[http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/mk_rapport_2011_en.pdf;](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/mk_rapport_2011_en.pdf)
[http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/mk_rapport_2012_en.pdf;](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/mk_rapport_2012_en.pdf)
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/mk_rapport_2013.pdf
<http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>
<http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200183&stevilka=4287>
<http://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>
<http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={7A6C4F6F-8D06-4BD8-87D7-B5B2F7622578}>

Goran Koevski, LL.D.

Full Professor, the Faculty of Law “Iustinianus Primus”
“Ss. Cyril and Methodius” University, Skopje, Macedonia

Legal and Other Methods for Harmonization of the Macedonian Commercial Law with the European Union Commercial Law

Summary

In the first part of the Article general differences between the terms harmonization, unification and approximation of law are elaborated. Special emphasize is given to the available legal instruments and methods for harmonization of national law with the *acquis communautaire* especially in terms of the EU freedom of establishment, including the relevant CJEU case law. Next part of the Article is dedicated to the analyses of the relevant literature and legislation relating to the recent trends (pros and cons) in harmonization of the EU Company Law (including EU insolvency legislation), EU Securities Law and EU Contract Law. Last section of the Article enlightens the current situation with the Macedonian Commercial Law harmonization with the respective EU law.

Key words: unification and harmonization of private law, harmonization methods and instruments, EU law, transposition of EU law

*Др Миле Дмичић,**
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци

*Душко Глодић,***
Дирекција за европске интеграције
Савјета министара БиХ

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.7:339.5](497.6:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ СА ACQUIS-ЕМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У СВЈЕТЛУ ПРИМЈЕНЕ ПРИВРЕМЕНОГ СПОРАЗУМА О ТРГОВИНИ И ТРГОВИНСКИМ ПИТАЊИМА

Апстракт: Рад разматра значај Привременог споразума о трговини и трговинским питањима који је БиХ закључила са ЕУ за усклађивање правног система БиХ са *acquis-ем* ЕУ. У уводном контексту, указано је на општи значај процеса европских интеграција и њихов утицај на државно уређење Босне и Херцеговине као сложеног државноправног субјекта. Представљен је његов правни положај у правним системима страна уговорница, затим је анализиран обим и природа обавезе хармонизације права БиХ утврђене чланом 70. Споразума о стабилизацији и придруживању који је на снази од дана потписивања. Рад је појаснио поступке за усклађивање прописа који се примјењују у БиХ и дјеловање заједничких тијела ЕУ и БиХ образованих Привременим споразумом које је од значаја за усклађивање прописа. Рад указује на неопходна побољшања постојећих поступака и унапређење начина планирања процеса правне хармонизације.

Кључне ријечи: Привремени споразум о трговини и трговинским питањима, Споразум о стабилизацији и придруживању, право Европске уније, усклађивање права, *acquis* Уније.

*mile.dmicic@live.com

*duskoglodic@yahoo.com, ставови изражени у овом раду су лични ставови аутора

1. Увод

Процес интегрисања једне државе у Европску унију захтијева прилагођавања политичке, економске и правне природе.¹ Један од инструмената који уређује питање правног усклађивања, јесте Споразум о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту: ССП),² који је БиХ потписала са некадашњом Европском заједницом и њеним државама чланицама 2008. године. Док овај споразум не ступи на снагу, примјењује се Привремени споразум о трговини и трговинским питањима (у даљем тексту: ПС),³ који садржи одредбе ССП-а за чије је провођење надлежна Европска унија, те је поступак његове ратификације значајно краћи јер се не захтијева ратификација од стране држава чланица. ПС се примјењује од 1. 7. 2008. године. Од дана потписивања ССП-а на снази је члан 70. ССП-а којим је установљена обавеза БиХ да свој правни систем усклађује са *acquis*-ем Европске уније. Ступање на снагу ССП-а је условљено провођењем пресуде Европског суда за људска права донесене у предмету Сејдић и Финци против БиХ.⁴ Стога, све док ССП не ступи на снагу, ПС је међународноправни инструмент који уређује обим и динамику прилагођавања правног система БиХ стандардима и нормама права ЕУ.

Стога, овај рад анализира провођење обавезе правног усклађивања кроз примјену ПС-а. Ради приближавања конкретне материје, на првом мјесту, појашњава се општи значај европских интеграција, транзиције и реформских процеса насталих у вези са тим. Затим, представљен је утицај ових процеса на државно уређење БиХ. Након тога, појашњен је правни положај ССП-а и ПС-а и међународноправна обавеза за преузимање *acquis*-а.

1 Члан 49. Уговора о Европској унији предвиђа да ће се приликом одлучивања о проширењу Европске уније узети у обзир критерији приступања које је утврдио Европски савјет. (*Traité sur l'Union européenne, version consolidée, Journal Officiel de l'UE, FR, C 115/1, 9. 5. 2008*)

2 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица с једне стране, и Босне и Херцеговине с друге стране, *Сл. гласник БиХ – међународни уговори*, 10/08.

3 Привремени споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне, и Босне и Херцеговине, са друге стране, *Сл. гласник БиХ – међународни уговори*, 5/08

4 Council of the European Union, Council Conclusions on Enlargement and Stabilization and Association Process, 3210th Council meeting, Brussels, 11. 12. 2012., pt. 53. Да би ССП ступио на снагу још је потребно да Савјет Европске уније донесе одлуку о прихватању споразума јер су остале потписнице већ депоновале инструменте о ратификацији. Детаље види на страници Савјета ЕУ: <http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreements-database.aspx?command=details&id=&lang=en&aid=2008023&doclang=EN>, 5. 4. 2014.

У том смислу испитује се постојећи поступак усклађивања прописа у оквиру БиХ уважавајући чињеницу да је она сложена државна творевина. Коначно, разматрају се улога заједничких тијела БиХ и ЕУ успостављених ПС-ом у надзору над усклађивањем права БиХ.

2. Европске интеграције, транзиција, реформски процеси и уставне промјене

Посебно, у контексту глобализације, новог међународног поретка и транзиције, бројни аутори истичу да је Босна и Херцеговина својеврсна, симболична творевина, односно „... циљ међународне заједнице, али не и као држава властитих народа нити држава коју су они створили“ (Марковић, 2012: 69).

И нова држава и њен устав настали су „... актом међународног права, односно међународним уговором. Њега су потписале држава на чијој територији је вођен рат, којој је признат међународноправни субјективитет, али која није постојала као субјект који врши суверену власт на цијелој својој територији. То што је Република Босна и Херцеговина потписница овог споразума је израз тежње међународних чинилаца да се истакне приврженост почетној идеји њеног прихватања у свјетску заједницу држава“ (Хајден, 2003: 159).

Стога је она, по много чему, специфична, и као сложена држава, односно државна заједница *sui generis*. Наиме, она се састоји од два ентитета: Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, као и од Брчко дистрикта БиХ, који по својој правној природи има обиљежје трећег ентитета Босне и Херцеговине.

Дејтонским мировним споразумом је не само сачуван и загарантован државноправни континуитет Босне и Херцеговине и њен међународноправни субјективитет већ је државност Босне и Херцеговине утемељена и вољом водећих сила међународне заједнице (Види шире: Трнка, Миличевић, Симовић, Дмичић, 2004). Ентитети, као државотворни елементи, нису успостављени Уставом Босне и Херцеговине. Они су настали раније, у току ратних сукоба, на овим просторима, и то, фактичким путем, и нису имали међународноправни субјективитет као нове државе, али су стварно имали битна обиљежја (суверених) држава. Уставом је само потврђено њихово постојање и чињеница њиховог квалитативно другачијег државноправног статуса. Ентитети су Уговором – Анекс IV Оквирног споразума о миру у Босни и Херцеговини, *de facto* признати као државе које се удружују у нову државу и тиме губе свој ранији суверенитет.

Органима и институција међународне заједнице дејтонским мировним уговором је дат преовлађујући утицај и улога у његовом тумачењу и провођењу, а тиме и у укупним процесима у Босни и Херцеговини. Та улога међународне заједнице има два аспекта:

- први, одржавање мира и безбједности у Босни и Херцеговини, и
- други, пружање помоћи у провођењу реформе за испуњавање услова за одвијање интеграционих процеса и стицање чланства у Европској унији.

Као земља у транзицији, Босна и Херцеговина у процесу европских интеграција прилагођава свој правни, политички, економски и социјални систем будућем приступању Европској унији. У том процесу јавља се мноштво дилема, сукоба и контровери у политичком, привредном и укупном друштвеном животу, које видно успоравају укупне реформске токове и осиромашавају грађане у Босни и Херцеговини (Дмичић, 2010: 33–64). Изградња и функционисање уставног и правног система подразумева и уставноправну и нормативноправну реформу, у циљу успостављања конзистентног, потпуног и кохерентног правног система који државни и друштвени поредак чини стабилним, а грађане заштићеним у остваривању њихових права и слобода (Јовичић, 1997: 267–269). Поготово из разлога што „право не настаје наједном, већ се оно ствара систематски, постепено и непрекидно“ (Кузмановић, 2004: 358). Међутим, мултинационална и мултиконфесионална особеност и традиција Босне и Херцеговине дати су као темељна цивилизацијска вриједност, која је наведена и у преамбули Устава Босне и Херцеговине, и која је садржана у принципима који су уставноправно обавезујући, на њима се морају заснивати институционална структура и функционисање укупног друштва и државе Босне и Херцеговине. У оквиру изведених реформи, неке од њих се јављају као најважније и као потврда интеграције Босне и Херцеговине у евроатлантске институције.⁵

5 Прва, врло важна реформа припада изградњи институционалних капацитета Босне и Херцеговине. Ради се о промјени структуре, организације и надлежности Савјета министара, као извршне власти. Друга реформа се односи на промјене у организацији оружаних снага. Двије компоненте послеријатних оружаних снага: Војска Републике Српске и Војска Федерације БиХ интегриране су у јединствену босанскохерцеговачку институцију: Оружане снаге.

Промјене у домену консолидације парламентарне демократије имају само дјеломичне резултате. Од 2002. године Босна и Херцеговина самостално проводи парламентарне изборе путем Централне изборне комисије. У свим постдејтонским парламентарним већинама, односно у свим парламентарним мандатима не успијева се изградити консензус о сложеним питањима државног развоја Босне и Херцеговине. Непостојање консензуса надомијестио је високи представник међународне заједнице, који је донио

Највише недоумица изазива захтјев о успостављању институционалне структуре која ће држави омогућити да говори „једним гласом“. Међутим, неосновано је тумачење да овај императив „једног гласа“ налаже радикалне измјене државног уређења и институционалног система Босне и Херцеговине. Овдје се ради о уобичајеном стандарду успостављеном од оснивања првих зачетака европске конструкције, да државе чланице, као и оне које теже чланству у Европској унији, имају тачно одређену адресу за комуникацију са комунитарним институцијама без обзира на облик државног уређења земље. Према томе, сасвим су неаргументоване интерпретације ове формуле да се мора успоставити централизован институционални систем и унитарно државно уређење у Босни и Херцеговини, нити је, пак, тачно да се тзв. европским пословима, односно административним активностима везаним за процес европских интеграција, могу искључиво бавити заједнички органи и институције Босне и Херцеговине.

Оправдано је да ови послови буду распоређени и на ниже нивое власти, примарно на ентитетски ниво, сходно надлежностима одређеног нивоа власти и питањем евроинтеграционог карактера које се по својој природи третирају на том нивоу власти.

Господари процеса уставних промјена треба да буду домаћи политички фактори и институције Босне и Херцеговине и да се од страних чинилаца може очекивати једино стручна помоћ и материјална подршка.

У основи, приликом утврђивања садржаја, обима и циљева евентуалних уставних промјена у Босни и Херцеговини, неопходно је поћи од сљедећих ставова:

- дејтонско уставно уређење није потребно мијењати, јер је потврдило да оно омогућава успјешно функционисање Босне и Херцеговине као сложене државе са два ентитета и три конститутивна народа;
- организација, структура, надлежност и функционисање институција Босне и Херцеговине – Парламентарне скупштине, Предсједништва и Савјета министара Босне и Херцеговине – могу бити предмет преиспитивања само зависно од договора о облику државног уређења и владавине, при чему ни у ком случају, евентуалне промјене не смију нарушити национални и ентитетски баланс и успостављене принципе равноправности, као и консензус успостављен садашњим дејтонским рјешењима.

више стотина одлука и на темељу њих прогласио најважније реформске законе. (Види и: Изборни закон Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 23/01, 07/02, 09/02, 20/02, 25/02, 04/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08 и 37/08)).

- неприхватљиви су притисци који долазе од стране органа и тијела међународне заједнице и њених представника, а који, на првом мјесту, неуставно и незаконито дјелују на домаће легалне и легитимне органе и институције и доприносе непоштивању њихове слободно изражене политичке воље на демократским изборима.

У институционалним процесима, реформама и евентуалним уставним промјенама потребно је афирмисати европске вриједности и принципе различитости, етничке и сваке друге посебности, територијалност, самосталан излазак ентитета на међународну сцену у домену економије, науке, образовања, културе, спорта, умјетности и слично. Евентуалне уставне промјене могуће је прихватити само као израз слободне политичке воље или демократски донесене одлуке ентитета, народа и грађана, и оне евентуалне уставне промјене могуће је прихватити само као израз слободне политичке воље или демократски донесене одлуке ентитета, народа и грађана, и оне морају бити транспарентне и подложене суду јавности. Стога, Устав се може мијењати искуључиво у Парламентарној скупштини Босне и Херцеговине и мора проћи демократску и јавну провјеру, која би допринијела да се отклоне слабости које је пракса показала, а и Устав би значајно добио на свом легитимитету.

3. Утицај интеграционих процеса на државно уређење БиХ

Посебно последње деценије карактеришу, између осталог, бројни и разноврсни процеси повезивања држава у свијету у различите међународне организације и асоцијације. Међутим, за ове наше просторе од посебне важности су настојања и њихова оправдања да се они усмјере, првенствено, Европској унији. Истовремено, ове процесе прати и питање, које се с тим у вези поставља већ дуже вријеме – какав облик државног уређења да има ова држава и да ли са таквим обликом она може постати чланица Европске уније. Истовремено, уставне промјене нису нужне за испуњавање услова у процесу стицања статуса кандидата за чланство Босне и Херцеговине у Европској унији. Због тога, неопходно је истаћи да, ни по чему, садашња дејтонска рјешења нису препрека за чланство Босне и Херцеговине у Европској унији као ни у било којим другим међународним организацијама.

Али, истовремено, научна и истраживачка јавност указује на значај и потребу изналажења и других начина и облика интеграције ових простора у свјетске и регионалне геополитичке процесе, што је посебно важно за српски народ као бројчано мали народ, којем се одувijek наметала дилема „којем се царству мудрије приклонити“.

У том смислу, потпуно и правилно се могу разумјети садашњи процеси уколико би се занемарила улога коју су у свему томе имали, или и сада имају, високи представник и специјални представник Европске уније у Босни и Херцеговини. Зато је од изузетног значаја за правилно разумијевање улоге и снаге њиховог дјеловања у процесу доношења одлука и трасирању пута БиХ према Европској унији, а посебно у настојању да она постане члан НАТО-а. Од посебне важности је и ранији налог високог представника о провођењу одлуке Уставног суда БиХ, број АП-953/05, када је налогом високог представника наметнуто (23. марта 2007. године⁶) да „... без обзира на било коју супротну одредбу у било којем закону или другом правном акту у Босни и Херцеговини, *било који поступак покренут пред било којим судом у Босни и Херцеговини, којим се оспорава или доводи било како у питање једна или више одлука високог представника, прогласиће се недопустивим осим ако високи представник изричито не да своју претходну сагласност...*“.

Такође, стално су присутна настојања да се ентитетима негира државно-правни карактер. Тако је „Уставни суд БиХ (је) у својој Трећој дјелимичној одлуци већ 2000. године установио да ентитети нису државе, а да се сложена структура босанскохерцеговачке државности исцрпљује у различитим облицима расподјеле надлежности између ентитета и државе“ (Шарчевић, 2010: 320).

Истовремено, све више се показује да центри економске и политичке моћи, и домаћи и инострани, у значајној мјери, утичу на трасирање праваца Босна и Херцеговина, у смислу и оквиру разноврсних интеграционих процеса. При томе, ради се о евроатлантском интеграционом путу, који се неопходно мора посматрати и у складу са интересом Републике Српске и њеним односима и везама према интеграционим процесима Србије.

4. Положај ССП-а и ПС-а у правном систему ЕУ и БиХ

ССП је врста споразума о придруживању које Европска унија закључује на основу члана 217. Уговора о функционисању Европске уније са трећим државама или међународним организацијама са циљем унапређивања цјелокупне сарадње и којима се дефинишу реципрочна права и заједнички циљеви којима стране теже, као и заједнички институционални оквир за праћење провођења споразума, тзв. заједничка тијела.⁷ Теорија тип

⁶ Налог је доступан на службеној интернет страници Канцеларије високог представника, на адреси http://www.ohr.int/print/?content_id=39398, приступ од 15. 05. 2013. године.

⁷ Члан 217. Уговора о функционисању Европске уније (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5.2008.)

придруживања који успоставља ЕУ означава као екстерно придруживање, због тога што, за разлику од интерног придруживања, придружена држава нема права да учествује у раду институција Европске уније нити да партиципира у доношењу одлука у било ком обиму (Hanf, Dengler, 2004: 4–5).

Будући да ССП обухвата питања која нису у искључивој надлежности Европске уније, већ спадају и у надлежности држава чланица, ССП улази у категорију мјешовитих уговора те је због тога за његову правну ваљаност потребно и учешће држава чланица у закључивању. Да би ступио на снагу, ССП треба да буде ратификован не само од стране институција ЕУ већ и од стране држава чланица (Ђурић, 2007: 154). Осим ових правних разлога, на закључивање неког међународног уговора у форми мјешовитог може да утиче и политички значај конкретног уговорног односа (Isaac, Blanquet, 2006: 175). Додатно, због политичке природе појединих одредаба ССП-а, које предвиђају успостављање блиских односа са Унијом, што нужно доводи и до укључености држава чланица у политичку сарадњу, овај споразум мора имати мјешовити карактер.

Један од циљева ССП-а који је закључен са БиХ јесте *подржавање напора Босне и Херцеговине у развијању економске и међународне сарадње, између осталог, и усклађивањем њеног законодавства са законодавством Заједнице* (након ступања на снагу Лисабонског уговора, израз „Заједница“ треба читати Унија).⁸ Циљеви ССП-а се остварују у оквиру споразумом предвиђеног транзиционог периода који је у случају БиХ одређен чланом 8. ССП-а и износи шест година. ССП представља један од инструмената политике проширења Европске уније дефинисане чланом 49. Уговора о Европској унији. Смисао ове политике јесте да доведе до постепеног преображаја држава које настоје да приступе Европској унији. При томе, у том постепеном и вишефазном процесу, државе се прилагођавају политичким, економским и правним стандардима ЕУ. Другим ријечима, ЕУ „извози“ своје вриједности и правила, а државу кандидата, односно потенцијалног кандидата обавезује да ова правила преузима у свој унутрашњи правни систем (Andreatta, 2005: 36). У том смислу и трећи став преамбуле ССП-а закљученог са БиХ указује на спремност ЕУ да у највећој могућој мјери интегрише ову државу у своје политичке и економске токове и, при томе, позива се на њен статус потенцијалног кандидата. Пракса ЕУ да закључује ССП је наставак праксе да се са државама које се припремају за чланство закључују споразуми о придруживању који су се раније називали европски споразуми, који су били закључивани са државама Средње и Источне Европе. Наводи се и то да, поред претприступне димензије која се

8 Члан 1, став 2(d) ССП-а

огледа у перспективи стицања чланства у Унији, ССП утврђује и потребу за стабилизацијом и унапређење регионалне сарадње између држава Западног Балкана као посебан политички захтјев који проистиче из овог уговорног односа (Phinnemore, 2003: 80).

ПС обухвата најважнији дио ССП-а који уређује трговинске односе двију страна и који предвиђа либерализацију трговине између ЕУ и БиХ на начин, у роковима и у обиму дефинисаним у ПС-у (члан 3, став 1. ПС-а). ПС није мјешовити споразум јер је закључен између некадашње Европске заједнице и БиХ, али представља својеврсни увод у примјену ССП-а, али, осим економског, има и политички значај који се огледа у институционализовању односа БиХ и ЕУ оснивањем заједничких тијела. Осим главног текста, ПС чини шест анекса и шест протокола.⁹ Такође, ПС предвиђа и постепено преузимање правних аката ЕУ у законе и друге прописе БиХ у појединим областима, као и успостављање одговарајућих институционалних и административних оквира за њихову примјену.

У погледу положаја међународних уговора које закључи ЕУ, потребно је указати на то да члан 216, став 2. Уговора о функционисању ЕУ предвиђа да су међународни уговори које Унија закључи обавезујући за институције ЕУ и државе чланице. Суд правде ЕУ је установио да одредбе међународног уговора од његовог ступања на снагу чине саставни дио правног поретка ЕУ.¹⁰ Међународни уговори које закључи Европска заједница у хијерархији правних норми налазе се између оснивачких уговора и секундарних извора права ЕУ – уредби, директива и одлука које усвајају институције ЕУ (Simon, 2001: 348). Такође, Суд правде ЕУ је установио да одредбе међународних уговора могу имати директно дејство уколико садрже јасну и прецизну обавезу чије провођење и ефекти не зависе од доношења неког другог

9 Анекс 1 – Царински уступци БиХ за идустијске производе Заједнице; Анекс 2 – Дефиниција производа од младе говедине; Анекс 3 – Царински уступци БиХ за примарне пољопривредне производе поријеклом из Заједнице; Анекс 4 – Царине које се примјењују на робу поријеклом из БиХ при увозу у Заједницу; Анекс 5 – Царине које се примјењују на робе поријеклом из Заједнице при увозу у БиХ; Анекс 6 – Право интелектуалне, индустријске и трговинске својине. Протокол 1 о трговини прерађеним пољопривредним производима између Заједнице и БиХ; Протокол 2 о дефиницији појма „производи са поријеклом“ и начинима административне сарадње за примјену одредаба овог споразума између Заједнице и БиХ; Протокол 3 о државној помоћи у индустрији челика; Протокол 4 о узајамној административној помоћи у царинским питањима; Протокол 5 о рјешавању спорова и Протокол 6 о реципрочним ореференцијалним уступцима за одређена вина, реципрочном признавању, заштити и контроли назива вина, алкохолних пића и ароматизованих вина (*Сл. гласник БиХ – међународни уговори*, 5/08).

10 Case 181/73, Haegeman c. Belgique, [1974] ECR 449.

акта.¹¹ Осим тога, Суд је одлучио да чак и акти које донесу заједничка тијела успостављена споразумима о придруживању имају директно дејство у праву ЕУ.¹²

Када је ријеч о положају ПС-а у правном систему БиХ, потребно је потражити одговор у одредбама Устава БиХ које говоре о односу унутрашњег и међународног права.¹³ Нажалост, Устав БиХ није нарочито експлицитно уредио ову проблематику. Члан III/3(b) Устава Босне и Херцеговине утврђује да су општа начела међународног права саставни дио правног поретка Босне и Херцеговине и ентитета. И правна литература, углавном, општа начела међународног права дефинише као генералне норме међународноправног поријекла која се изводе апстраховањем из међународних обичајних и конвенционалних правила која су на снази (Daillier, Forteau, Pellet, 2009: 381). Пошто Устав БиХ, у већ наведеној одредби, не утврђује положај међународних уговора у унутрашњем праву, нити садржи експлицитне норме о приоритету у случају сукоба норми унутрашњег и међународног права, рјешење ове дилеме је потребно тражити у јуриспруденцији Уставног суда БиХ. У том смислу се чини корисним осврт на предмет *ЦЕФТА* у којем је Уставни суд протумачио одредбу члана III/3(b). Уставни суд је заузео став да домаће право мора бити усклађено са општим начелима међународног права.¹⁴ Овај став се аргументује тиме да је начело *pacta sunt servanda* једно од општих начела међународног права и да је „члан III/3(b) Устава Босне и Херцеговине повријеђен у ситуацији када домаћи закон није у складу са одредбама општег правила међународног права *pacta sunt servanda* [...] као и кад није у складу са одредбама међународног уговора којем је Босна и Херцеговина приступила“.¹⁵ Дакле, Уставни суд БиХ је прихватио примат међународних уговора чија је страна уговорница БиХ над домаћим законима у случају сукоба домаћег закона са међународним уговором. У свјетлу ове уставносудске одлуке закључујемо да ПС као међународни уговор има примат над домаћим законима и другим прописима које доносе институције БиХ и њених ентитета. Због оваквог његовог дејства, приликом израде и усвајања домаћих прописа потребно је водити рачуна о релевантним одредбама ПС-а.¹⁶

11 Case 12/86 Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719

12 C-192/89 S.Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie [1990] ECR 3461.

13 Текст Устава БиХ на веб сајту Канцеларије високог представника у БиХ http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372, 10. 04. 2014.

14 У-5/09, Одлука о допустивости и меритуму – Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА, Уставни суд БиХ, 25. 09. 2009, параграф 30.

15 У-5/09, Одлука о допустивости и меритуму – Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА, Уставни суд БиХ, 25. 09. 2009, параграф 38.

16 Извршавање међународних уговора је прецизније уређено Законом о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, *Сл. гласник БиХ*, 29/00 и 6/13.

5. Обавеза усклађивања правног система БиХ са *acquis*-ем ЕУ

Међународна обавеза усклађивања правног система БиХ са правом ЕУ је утврђена у члану 70. ССП-а којим се дефинише обим хармонизације, приоритети и динамика процеса усклађивања. Ово је једина одредба ССП-а која се примјењује од дана потписивања што додатно говори о томе колики се значај придаје правној хармонизацији. Стога наводимо да члан 70. ССП-а гласи:

Стране признају важност усклађивања постојећег законодавства Босне и Херцеговине са законодавством Заједнице, као и његове ефикасне примјене. Босна и Херцеговина ће настојати да обезбиједи постепено усклађивање својих постојећих закона и будућег законодавства са правном тековином (*acquis*) Заједнице. Босна и Херцеговина ће обезбиједити прописну примјену и спровођење постојећег и будућег законодавства.

Усклађивање ће почети даном потписивања овог споразума и постепено ће се проширивати на све елементе правне тековине (*acquis*) Заједнице из овог споразума до краја прелазног периода дефинисаног чланом 8. овог споразума.

Усклађивање ће се у својој раној фази фокусирати на основне елементе правне тековине (*acquis*) који се односе на унутрашње тржиште као и на друге области везане за трговину. У каснијој фази, Босна и Херцеговина ће се фокусирати на преостале дијелове правне тековине (*acquis*) Заједнице.

Усклађивање ће се спроводити на основу програма који ће договорити Европска комисија и Босна и Херцеговина.

4. Босна и Херцеговина ће такође у договору са Европском комисијом детаљно договорити на који ће начин пратити поступак усклађивања законодавства и радњи које треба предузети у спровођењу закона.

При томе, указујемо да трећи Копенхагенски критериј предвиђа да држава кандидат за чланство у Европској унији мора имати способност преузимања обавеза из чланства, укључујући придржавање циљева политичке, економске и монетарне уније.¹⁷ Према томе, усклађивање правног система државе кандидата, односно потенцијалног кандидата, осим што представља међународноправну обавезу на основу ССП-а, има и прворазредни политички значај у процесу приступања Европској унији.

Треба истаћи да је правно усклађивање у контексту европских интеграције пасиван процес, са становишта државе која усклађује свој правни систем, јер се базира на обавези потписнице ССП-а да преузима страни правни

¹⁷ Conclusions of the Copenhagen European Council: Bull. 6-1993, point I.13.

систем, у чијем стварању нема могућности да учествује, у свој унутрашњи правни систем (Lazowski, 2001: 8). Треба нагласити да носиоци обавезе усклађивања нису једино институције које су основане на нивоу БиХ, већ и институције Републике Српске, Федерације БиХ, Брчко дистрикта БиХ и кантона у оквиру Федерације БиХ који су дужни да законе, друге прописе и опште акте из своје надлежности усклађују са правом ЕУ.

Савјет министара БиХ на годишњем нивоу усваја Програм мјера за провођење ПС-а којим се дефинишу конкретни законодавни приоритети.¹⁸ Међутим, мора се истаћи да у оквиру БиХ не постоји јединствен програмско-плански документ који би дефинисао приоритете и динамику преузимања *acquis*-а у домаћи правни систем тзв. План усвајања *acquis*-а, који по правилу имају државе кандидати и потенцијални кандидати за чланство у ЕУ. У наредним фазама интеграција БиХ у ЕУ, биће неопходно израдити документ који би ово питање ријешило. При томе, остаје да се постигне договор релевантних политичких фактора о томе како ће се израђивати овај документ уважавајући уставно-правни оквир БиХ.

У погледу приоритета усклађивања прописа члан 70, став 3. ССП-а експлицитно даје приоритет оним дијеловима права ЕУ који се односе на унутрашње тржиште, као и на друге области везане за трговину. То је разумљиво јер је ССП, а посебно ПС, претежно, иако не искључиво, трговински споразум који има за циљ да држава потписница оствари што је могуће виши степен повезаности са ЕУ кроз успостављање зоне слободне трговине. Економска интеграција је средство и први корак на путу потпуног интегрисања неке државе у ЕУ. Ипак, обавеза усклађивања се не лимитира на подручје прописа који уређују унутрашње тржиште. Јасно се предвиђа да усклађивање треба да обухвати и остала подручја *acquis*-а у каснијој фази. То практично значи да БиХ треба преузимати и оне прописе ЕУ који уређују остале области сарадње дефинисане ССП-ом, а које ће постати обавезујуће ступањем на снагу овог споразума. Док се примјењује ПС, приоритет се мора дати питањима обухваћеним ПС-ом. С друге стране, то не значи да институције у БиХ не врше усклађивање са осталим прописима ЕУ, али оно нема онај значај за однос двију страна као што је усклађивање предвиђено ПС-ом. Поступак усклађивања ће добити посебан значај када се покрену претприступни преговори и тада ће морати да обухвати све дијелове *acquis*-а.

Навешћемо неколико примјера обавеза за усклађивање правног система дефинисаних у ПС-у. Занимљиво је истаћи да усклађивање правног

18 Види шире: <http://dei.gov.ba/dei/dokumenti/ssp/Archive.aspx?pageIndex=1&langTag=bs-BA>, 10. 04. 2014.

система неке државе у свјетлу примјене ПС-а, односно ССП-а може пред њу поставити и захтјев да се врше уставне промјене. Тако је ступање на снагу ССП-а закљученог са БиХ условљено провођењем пресуде Европског суда за људска права донесене у предмету Сејдић и Финци против БиХ. Овај услов се оправдава чињеницом да члан 2. ССП-а, као и члан 1. ПС-а, утврђује да поштивање демократских принципа и људских права дефинисаних у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода представља један од битних елемената ових споразума. Значај овог питања у БиХ поприма и политичку димензију будући да провођење ове пресуде захтијева промјену Устава БиХ на начин да се отклони дискриминација коју је утврдио Европски суд за људска права јер грађанима БиХ који се не изјашњавају као припадници једног од конститутивних народа није дозвољено пасивно бирачко право, односно кандидовање за члана Предсједништва БиХ и делегата у Дому народа Парламентарне скупштине БиХ.¹⁹ Према томе, ССП и прије ступања на снагу производи значајне правно-политичке консеквенце захтјевајући измјене и уставноправне материје. Питање је друге природе да ли би ЕУ требало да инсистира на овом услову будући да је провођење предметне пресуде обавеза коју БиХ има по основу чланства у другој међународној организацији – Савјету Европе.

Надаље, члан 3. ПС-а утврђује обавезу за стране уговорнице да успоставе зону слободне трговине у прелазном периоду од највише пет година. Реализација ове обавезе захтијева измјену прописа којима се уређује спољнотрговинска материја и усклађивање царинске тарифе. Члан 6. ПС-а захтијева од БиХ да укине царине, таксе које имају исти учинак као царине и количинска ограничења и мјере истог учинка на увоз производа из ЕУ. Затим, илустративан примјер обавезе хармонизовања јесте члан 16. ПС-а којим се од БиХ захтијева да обезбиједи заштиту географских ознака ЕУ регистрованих у ЕУ на основу Уредбе Савјета (ЕЗ) бр. 510/2006. Конкретна обавеза која од БиХ захтијева успостављање институције је, на примјер, садржана у члану 36, став 4. ПС-а који предвиђа да ће БиХ основати самостални државни орган којем ће повјерити овлашћења за надзор над додјелом државне помоћи у року од двије године од ступања на снагу споразума. Ова обавеза је реализована оснивањем Савјета за државну помоћ БиХ.²⁰

19 Европски суд за људска права, Велико вијеће, *Сејдић и Финци против БиХ*, апликације бр. 27996/06 и 34836/06, пресуда од 22. 12. 2009.

20 Види: Закон о систему државне помоћи у Босни и Херцеговини, *Сл. гласник БиХ*, 10/12

6. Поступак усклађивања прописа у БиХ са *acquis*-ем ЕУ

Благовремено и правилно провођење усклађивања прописа од стране институција једне државе захтева успостављање поступка за надзор квалитета и оцјену усклађености нацрта/приједлога закона, других прописа и општих аката са правом Европске уније. Поступак усклађивања прописа са *acquis*-ем ЕУ је на нивоу БиХ успостављен 2003. године,²¹ дакле у периоду прије него је БиХ преузела међународну обавезу да ово усклађивање врши. Након потписивања ССП-а овај процес је унапријеђен усвајањем нове одлука 2011. године, а и владе ентитета (Републике Српске и Федерације БиХ) и Влада Брчко дистрикта БиХ су усвојиле одговарајуће акте којима је прописан поступак правне хармонизације. Генерално посматрано, у процесу усклађивања можемо препознати три кључне улоге. Прво, потребно је да једна институција обави припремну улогу у својству обрађивача нацрта/приједлога акта којим се преузима одређени извор *acquis*-а. Ово су, по правилу, ресорна министарства и други органи управе. Друго, потребно је обезбиједити и контролну улогу, односно одредити који орган оцјењује усклађеност приједлога/нацрта акта са *acquis*-ем и о томе даје стручно правно мишљење. Треће, процес усклађивања се обавља дјеловањем органа који усваја правни акт којим се преузима одређени пропис Европске уније.

Као главни координатор процеса европских интеграција у БиХ основана је Дирекција за европске интеграције која има статус сталног тијела Савјета министара БиХ.²² Дирекција за европске интеграције је, између осталог, надлежна за координацију послова на усклађивању правног система БиХ са *acquis*-ем ЕУ²³ и да даје стручна правна мишљења о усклађености нацрта/приједлога правних аката са *acquis*-ем.²⁴ Обрађивач акта је дужан да прибави ово мишљење те да усклади текст акта са истим или колико не угради налазе из мишљења о томе је дужан да дâ изјашњење.²⁵

Од 2011. године се примјењује Одлука Савјета министара БиХ о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном

21 Одлука Савјета министара БиХ о процедурама у поступку усклађивања законодавства Босне и Херцеговине са *acquis communautaire*, Сл. гласник БиХ, 44/03.

22 Члан 23, став 1. Закона о Савјету министара Босне и Херцеговине, Сл. гласник БиХ, 30/03; 42/03; 81/06; 76/07; 81/07; 94/07. и 24/08.

23 Тачка III Одлуке Савјета министара БиХ о Дирекцији за европске интеграције, Сл. гласник БиХ, 41/03.

24 Члан 31, став 1, тачка ф) Пословника о раду Савјета министара Босне и Херцеговине, Сл. гласник БиХ, 22/03.

25 Члан 31, став 2. Пословника о раду Савјета министара Босне и Херцеговине, Сл. гласник БиХ, 22/03.

тековином (*acquis-ем*) ЕУ²⁶ којом је замијењена ранија одлука из 2003. године. Верификација поступка усклађивања се проводи провјером инструмената за усклађивање законодавства: изјаве о усклађености и упоредног приказа које попуњавају у прописаном обрасцу обрађивачи аката.²⁷ Методологија попуњавања ових инструмената је дефинисана у Анексу Одлуке. Упоредни приказ представља табеларни преглед подударности одредаба нацрта/приједлога прописа са релевантним изворима *acquis-а*, док је изјава о усклађености овјерени табеларни приказ у коме су наведени сви акти са којима је нацрт/приједлог прописа усклађиван, као и остале релевантне информације.²⁸ Дирекција за европске интеграције је задужена да обрађивачу пружа стручну помоћ при попуњавању инструмента за усклађивање, као и то да прати примјену одлуке и о томе извјештава Савјет министара.²⁹ На овај начин је омогућено да Дирекција, као тијело специјализовано за праћење развоја права ЕУ, стоји на располагању ресорним институцијама и пружа им помоћ у изради правних аката којима се преузимају поједини прописи институција ЕУ. Овакво рјешење ствара институционални основ за правилно провођење ПС-а и испуњавање обавезе хармонизације права у БиХ са правом ЕУ, као и за идентификовање приоритета правне хармонизације.

Описани поступак усклађивања прописа примјењује се у институцијама на нивоу БиХ. Због постојања значајних законодавних надлежности и на ентитетском нивоу власти, односно на нивоу Брчко дистрикта БиХ, њихове надлежне институције су такође успоставиле одговарајуће поступке. Због обима овог рада, нећемо детаљно анализирати ове поступке. Довољно је истаћи да се поступак заснива на постојању истих инструмената, обавези обрађивача да их попуњава и доставља контролном тијелу. У Републици Српској контролно тијело је Министарство за економске односе и регионалну сарадњу,³⁰ у Федерацији БиХ ову улогу обавља Уред Владе Федерације Босне и Херцеговине за законодавство и усклађеност

26 Одлука о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis-ем*) ЕУ, *Сл. гласник БиХ*, 23/11.

27 Члан 2. Одлуке Савјета министара БиХ о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis-ем*) ЕУ, *Сл. гласник БиХ*, 23/11.

28 Види шире: Анекс Одлуке о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis-ем*) ЕУ, *Сл. гласник БиХ*, 23/11.

29 Члан 4. Одлуке о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis-ем*) ЕУ, *Сл. гласник БиХ*, 23/11.

30 Одлука Владе РС о поступку усклађивања законодавства Републике Српске са правном тековином Европске уније и правним актима Савјета Европе, *Сл. гласник Републике Српске*, 46/11.

са прописима Европске уније,³¹ док Одсјек за европске интеграције Сектора за правне послове Владе Брчко дистрикта БиХ обавља ову функцију у Брчко дистрикту БиХ.³² Анализирајући ово питање, уочили смо да у оквиру кантона успостављених унутар Федерације БиХ нису успостављени одговарајући поступци за усклађивање прописа из кантиналне надлежности са *acquis*-ем. Будући да кантоналне институције посједују одређени број законодавних надлежности које су од значаја за преузимање права ЕУ у унутрашњи правни систем БиХ, препорука би била да се дефинишу адекватни механизми и институционални оквири који би омогућили координацију и контролу процеса преузимања *acquis*-а на нивоу кантона.

Такође, Савјет ЕУ је указао на потребу да се у БиХ успостави ефективан механизам координације процеса европских интеграција.³³ Овај механизам координације би требало да третира и усаглашавање процеса усклађивања прописа који се обављају на различитим нивоима власти да би се избјегло различито преузимање истих прописа ЕУ.

7. Улога заједничких тијела БиХ и ЕУ за праћење провођења ПС-а у процесу усклађивања прописа

Екстерно придруживање које је предвиђено ССП-ом има свој одражај и у одредбама ПС-а. ПС предвиђа постојање Привременог одбора и пододбора за уже области споразума. Привремени одбор надзире примјену и провођење ПС-а.³⁴ Привремени одбор чине представници Европске уније, коју заступа Европска комисија. Иако је након ступања на снагу Лисабонског уговора успостављена Европска служба за спољне послове, представљање ЕУ на међународном плану и даље обавља Европска комисија у оним питањима која нису обухваћена заједничком спољном и безбједносном политиком ЕУ (Gstöhl, 2011: 185). Страну БиХ заступају руководећи државни службеници које именује Савјет министара БиХ.³⁵ Споразумом је предвиђено да се

31 Уредба о Уреду Владе Федерације Босне и Херцеговине за законодавство и усклађеност са прописима Европске уније – пречишћени текст, *Сл. новине Федерације БиХ*, 49/07.

32 Одлука Владе Брчко дистрикта о процедурама у поступку прилагодбе прописа Брчко дистрикта БиХ са *acquis communautaire*, *Сл. гласник БД БиХ*, 25/09.

33 Council of the European Union, Council Conclusions on Enlargement and Stabilisation and Association Process, 3210th Council meeting, Brussels, 11. 12. 2012., pt. 54.

34 Члан 40. ПС-а.

35 Одлука Савјета министара БиХ о успостављању Комисије за европске интеграције у саставу Привременог одбора за стабилизацију, *Сл. гласник БиХ*, 92/08. и 25/12.

Привремени одбор састаје у редовним временским размацама, устаљено је једном годишње, као и уколико то прилике захтијевају у форми ванредних састанака. Привремени одбор доноси одлуке и препоруке. Одлуке се доносе у случајевима који су утврђени у самом споразуму и оне су обавезујућег карактера. Стране уговорнице су дужне да предузимају неопходне мјере за провођење одлука Привременог одбора. За разлику од одлука, препоруке немају обавезујући карактер, али је њихово провођење такође значајно јер оне, према слову ПС-а, упућују на постизање заједничких циљева и несметану примјену појединих обавеза садржаних у споразуму. ПС је предвидио да у погледу усвајања одлука и препорука влада начело консензуализма јер је за њихову валидност потребна сагласност обију страна.³⁶ Прецизније функционисање Привременог одбора је уређено Пословником о раду који је усвојен у форми Одлуке Привременог одбора број 1/2008.³⁷

Важно овлашћење Привременог одбора јесте да на основу члана 43. ПС-а формира пододборе за уже области. Одлуком број 1/2008 формиран су пододбори задужени за сљедеће области: за трговину, индустрију, царине, порезе и сарадњу са другим државама кандидатима; за пољопривреду и рибарство; за унутрашње тржиште и конкуренцију; за економска и финансијска питања и статистику, и за транспорт. Чланови пододбора у име Европске уније су службеници ресорних генералних дирекција Европске комисије. У име БиХ, у пододборима учествују државни службеници са нивоа БиХ, ентитета и Брчко дистрикта које је Савјет министара БиХ именовано одлуком.³⁸ На састанцима пододбора, који се по правилу одржавају једном годишње, оцјењује се провођење одређеног дијела ПС-а за чији надзор је задужен пододбор, те у вези са тим, оцјењује се напредак у вези са усклађивањем, примјеном и провођењем прописа који се доносе у БиХ. Представници Европске комисије на састанцима пододбора могу појашњавати поједине акте *acquis-a* ЕУ и предлагати мјере институцијама у БиХ које је потребно предузети за правилну транспозицију ових аката у правни систем БиХ.³⁹ Делегација БиХ за сваки састанак припрема посебан извјештај који се назива документ за дискусију. Овај документ,

36 Члан 41. ПС-а.

37 Члан 41, став 2. ПС-а и Одлука бр. 1/2008 Привременог одбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине од 7. октобра 2008. године о Пословнику којим је обухваћен опис послова и структура пододбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, 47/09.

38 Одлука Савјета министара БиХ о успостављању радних група за европске интеграције, *Сл. гласник БиХ*, бр. 47/09 и 65/10.

39 Тачка 3. и 4. Анекса Одлуке бр. 1/2008 Привременог одбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине од 7. октобра 2008. године о Пословнику којим је обухваћен

између осталог, садржи и информације о мјерама које су институције у БиХ предузеле ради преузимања *acquis*-а, наводи усвојене прописе и институционални оквир, као и потребне административне капацитете за провођење ових прописа (Дирекција за европске интеграције, 2013: 28–33).

8. Закључак

У раду је представљен значај ПС-а за усклађивање правног система БиХ са правним тековинама ЕУ. На првом мјесту указано је на утицај процеса европских интеграција на државно уређење Босне и Херцеговине и интеракцију интеграција са реформским и транзиционим процесима. Међународноправни значај усклађивања права је појашњен у свјетлу члана 70. ССП-а који се примјењује од дана потписивања овог споразума. Показали смо неколико примјера конкретних обавеза усклађивања прописа са *acquis*-ем ЕУ. Надаље, појашњен је поступак усклађивања који примјењују институције БиХ уз назнаку да је сличан поступак успостављен на нивоу ентитета и Брчко дистрикта. Посебно смо указали на значај сарадње контролног органа са обрађивачима правних аката, као и на потребу досљедне примјене инструмената за усклађивање. Указано је на потребу да се адекватни поступци успоставе и у оквиру кантона који постоје унутар Федерације БиХ. Рад је указао на значај заједничких тијела ЕУ и БиХ успостављених ПС-ом за вршење надзора над провођењем споразума и усклађивањем прописа у БиХ са *acquis*-ем ЕУ.

Истакли смо да у БиХ не постоји документ који би имао улогу Плана усвајања *acquis*-а. Сматрамо да је, осим разматрања успостављања једног оваквог документа, чија форма треба да одражава уставноправну реалност БиХ, потребно успоставити и консолидован оквир за боље планирање процеса усклађивања прописа, посебно унутар Федерације БиХ у којој постоји десет кантона са значајним обимом надлежности. Из тог разлога, цијенимо да БиХ досад успијева да одговори својим обавезама за усклађивање правног система са *acquis*-ем кроз примјену ПС-а. Међутим, мишљења смо да она неће бити у могућности да води претприступне преговоре без успостављања свеобухватнијег планског оквира усклађивања прописа и надзора над провођењем овог поступка на свим нивоима власти.

Литература

- Andreatta, F. (2005). Theory and the European Union's International Relations. C. Hill и M. Smith (Прир.), *International Relations and the European Union*. Oxford University Press. 18–38
- Gstöhl, S. (2011). EU Diplomacy After Lisbon: More Effective Multilateralism. *Brown Journal of World Affairs*. 2(XVII). 181–191
- Daillier, P. Forteau, M. Pellet, A. (2009). *Droit international publique*. Paris: LGDJ
- Дмичић, М. (2010). Европске интеграције и промјене Устава Босне и Херцеговине, Зборник са научног скупа Правног факултета Универзитета у Нишу „Актуалне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, Ниш
- Ђурић, В. (2007). *Устав и међународни уговори*, Београд: Институт за упоредно право
- Isaac, G. Blanquet, M. (2006). *Droit general de l'Union européenne*. Paris: Sirey – Dalloz
- Јовичић, М. (1997). *Закон и законитост*. Београд
- Кузмановић, Р. (2004). *Есеји о уставности и законитости*. Бања Лука
- Lazowski, A. (2001). *Adaptation of the Polish legal system to European Union law: Selected aspects*, Working paper No. 45, Sussex European Institute, p. 8. pp. 1–31. [Electronic version]. Преузето: 10. 04. 2014. <https://www.sussex.ac.uk/webteam/gateway/file.php?name=sei-working-paper-no-45.pdf&site=266>
- Марковић, Г. (2012). *Босанскохерцеговачки федерализам*. Београд/Сарајево
- Phinnemore, D. (2003). Stabilisation and Association Agreements: Europe Agreements for the Western Balkans. *European Foreign Affairs Review*. 8(2003). 77–103
- Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*. Paris: Presses Universitaires de France
- Трнка, К. Миличевић, Н. Симовић, Н. М. Дмичић, М. (2004) *Коментар Устава Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске*. Сарајево: Центар за промоцију цивилног друштва
- Хајден, Р. М. (2003) *Скице за подељену кућу – Уставна логика југословенских сукоба*. Београд
- Hanf, D. Dengler, P. (2004). Accords d'associations. *College of Europe Research Papers in Law*. 1(2004). 1–45
- Шарчевић, Е. (2010). *Устав из нужде, Консолидација уставног права Босне и Херцеговине*. Сарајево

Прописи

Одлука Владе Брчко дистрикта о процедурама у поступку прилагодбе прописа Брчко дистрикта БиХ са *acquis communautaire*. *Сл. гласник БД БиХ*. Бр. 25. 2009

Одлука Владе РС о поступку усклађивања законодавства Републике Српске са правном тековином Европске уније и правним актима Савјета Европе. *Сл. гласник Републике Српске*. Бр. 46. 2011

Одлука Савјета министара БиХ о Дирекцији за европске интеграције. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 41. 2003

Одлука Савјета министара БиХ о процедурама у поступку усклађивања законодавства Босне и Херцеговине са *acquis communautaire*. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 44. 2003

Одлука Савјета министара БиХ о успостављању Комисије за европске интеграције у саставу Привременог одбора за стабилизацију. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 92. 2008; бр. 25. 2012

Одлука Савјета министара БиХ о успостављању радних група за европске интеграције. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 47. 2009; бр. 65. 2010

Одлука Савјета министара БиХ о инструментима за усклађивање законодавства Босне и Херцеговине с правном тековином (*acquis-ем*) ЕУ. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 23. 2011.

Одлука бр. 1/2008 Привременог одбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине од 7. октобра 2008. године о Пословнику којим је обухваћен опис послова и структура пододбора Европске заједнице и Босне и Херцеговине. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 47. 2009

Пословник о раду Савјета министара Босне и Херцеговине. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 22. 2003

Привремени споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне, и Босне и Херцеговине, са друге стране. *Сл. гласник БиХ – међународни уговори*. Бр. 5. 2008

Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране. *Сл. гласник БиХ – међународни уговори*. Бр. 10. 2008

Уредба о Уреду Владе Федерације Босне и Херцеговине за законодавство и усклађеност са прописима Европске уније – пречишћени текст. *Сл. новине Федерације БиХ*. Бр. 49. 2007

Устав БиХ. преузет 10. 04. 2014. са http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=372

Закон о поступку закључивања и извршавања међународних уговора. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 29. 2000; Бр. 6. 2013

Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 30. 2003; бр. 42. 2003; Бр. 81. 2006; Бр. 76. 2007; Бр. 81. 2007; Бр. 94. 2007; Бр. 24. 2008

Закон о систему државне помоћи у Босни и Херцеговини. *Сл. гласник БиХ*. Бр. 10. 2012

Судска пракса

Case 181/73 *Haegeman c. Belgique*, [1974] ECR 449

Case 12/86 *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719

Case C-192/89 *S.Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR 3461

Европски суд за људска права, Велико вијеће, *Сејдић и Финци против БиХ*, апликације бр. 27996/06 и 34836/06, пресуда од 22. 12. 2009.

Одлука Уставног суда БиХ У-5/09, Одлука о допустивости и меритуму – Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА, Уставни суд БиХ, 25. 09. 2009

Остали извори

Conclusions of the Copenhagen European Council: Bull. 6-1993

Council of the European Union, Council Conclusions on Enlargement and Stabilisation and Association Process, 3210th Council meeting, Brussels, 11.12.2012.

Traité sur l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5. 2008.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *Journal Officiel de l'UE*, FR, C 115/1, 9. 5. 2008.

Дирекција за европске интеграције (2013). *Смјернице за извјештавање Европске комисије у процесу европских интеграција*, Сарајево

Интернет:

<http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreements-database.aspx?command=details&id=&lang=en&aid=2008023&doclang=EN>, 5. 4. 2014.

<http://dei.gov.ba/dei/dokumenti/ssp/Archive.aspx?pageIndex=1&langTag=bs-BA>, 10. 04. 2014.

Mile Dmičić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University
of Banja Luka

Duško Glodić, LL.B., MA
Manager of the Department for
Coordination of the Stabilization
an Association Process
Directorate for European Integration,
Council of Ministers B&H, Sarajevo

The Harmonization of the Legal System of Bosnia and Herzegovina with the EU Acquis In Light of the Application of the Interim Agreement on Trade and Trade Related Matters

Summary

The harmonization of a legal system is one of the essential duties that a country aiming to accede to the EU has to accomplish. Bosnia and Herzegovina has established contractual relationship with the EU by concluding the Stabilisation and Association Agreement. While the entry into force of this agreement is pending, the Interim Agreement on Trade and Trade-Related Matters (containing trade-related provisions of the Stabilisation and Association Agreement) is being applied. This article explores the obligation of Bosnia and Herzegovina to adjust its legal system to the EU *acquis* through the application of the Interim Agreement.

In order to examine this issue in a comprehensive manner, the authors first explained the legal nature of the Stabilisation and Association Agreement and the Interim Agreement. In this context, a particular attention has been paid to the provision of Article 70 of the Stabilisation and Association Agreement, which stipulates the obligation to harmonize domestic legislation with the EU *acquis* and has been applied since the Agreement's signature. The Agreement provides that the priority in the legal harmonization has to be given to trade-related issues. The legal approximation activities will expand to other relevant areas of the *acquis*.

Further on, the authors explored the procedural framework for the legal approximation to the EU *acquis* carried out in Bosnia and Herzegovina with particular regard to future challenges in this process. The authors analyzed the legal approximation procedures applied by Bosnia and Herzegovina's institutions, institutions of its entities and the Brčko District, as well as harmonization instruments and their relevance in the approximation procedures. The authors focused on the importance of the constitutional distribution of competences to different levels of government and its impact on the harmonization process.

The authors concluded that it was necessary to establish a sound system of the coordination of administrative activities, harmonization provisions at different levels of government and planning the legal approximation process.

Finally, the authors analyzed the institutional framework established by the Interim Agreement, i.e. the joint bodies established between the contracting parties (Bosnia and Herzegovina and the European Union), which have been entrusted to monitor the application of this Agreement. The Interim Agreement has set up an Interim Committee for Stabilisation and Association and several sectorial sub-committees to monitor the implementation of particular Agreement provisions.

Key words: Interim Agreement on Trade and Trade Related Matters, Stabilisation and Association Agreement, EU Law, harmonisation, EU *acquis*.

Др Александар Љ. Ђирић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Предраг Н. Цветковић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 339.727.22(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНОГ РЕЖИМА СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У ПРАВУ ЕУ**

Апстракт: Споразумом из Лисабона дефинисање правног оквира директних страних инвестиција трансферисано је из поља надлежности држава чланица у поље компетенције Европске уније. Описана промена резултат је новог оквира Заједничке трговинске политике ЕУ, проширеног укључивањем правног третмана директних страних инвестиција у предмет ССР-а. Наведена промена утиче на постојећи правни режим директних страних инвестиција у државама чланицама, који је заснован превасходно на правилима билатералних споразума о третману и заштити страних инвестиција. Одговори на отворена питања конкретне примене новог оквира ССР-а, у контексту поделе надлежности између ЕУ и држава чланица, резултирали су Уредбом о установљавању транзиционог режима за билатералне споразуме између држава чланица и трећих земаља. Две су основне групе питања које Уредба уређује: поступак транзиције „спољних билатералних споразума“, уз значајну улогу Комисије, те питање статуса ЕУ (односно Комисије као њене еманације) у поступцима решавања инвестиционих спорова. Примена Уредбе требало би да допринесе имплементацији правила Лисабонског споразума о новим оквирима заједничке трговинске политике, укључујући и стране директне инвестиције, на начин који обезбеђује баланс између потребе ЕУ да оствари ефективну заштиту својих инвеститора

* aciric@prafak.ni.ac.rs

* pepicvetkovic@gmail.com

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

у иностранству, са једне, и њеног интереса да очува довољан регулаторни простор за спровођење одговарајуће политике страних директних инвестиција у оквиру Уније, са друге стране.

Кључне речи: Споразум из Лисабона, Заједничка трговинска политика, билатерални споразуми о третману и заштити страних инвестиција, директне стране инвестиције.

1. Увод

Правни режим страних директних инвестиција у праву Европске уније добија на значају након ступања на снагу Лисабонског споразума, којим се мењају Римски споразуми ("Уговор о изменама и допунама Споразума о стварању Европске уније – е. *Treaty on European Union*) и Споразум о оснивању Европске економске заједнице (е. „*Treaty establishing the European Community*” – даље и: „ТЕС”, преименован Лисабонским споразумом у „Споразум о функционисању Европске уније”, е: *Treaty on the Functioning of the European Union*; даље и: *TFEU*).

Релевантним одредбама *TFEU* питање режима страних директних инвестиција (е. „Foreign Direct Investment”, даље и: *FDI*) трансферисано је из поља надлежности држава чланица у искључиву надлежност ЕУ.¹ Описани трансфер резултат је укључивања ФДИ режима у оквир Заједничке трговинске политике (е. „*Common Commercial Policy*”; даље и: *CCP*), за коју је, као поље екстерне акције ЕУ², предвиђена искључива надлежност Уније³ Сама *CCP* је дефинисана кроз чланове 206–207. Споразума о функционисању

1 Видети: „Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon” (2007), Publisher: Foundation for EU Democracy Printed at Notat Grafisk, Denmark – 2008 ISBN: 87-87692-72-4 EAN: 978-87-87692-72-4 (свако наредно цитирање *TEU* и *TFEU* биће преузето из горе наведене публикације).

2 “Екстерна акција” Уније уређена је Поглављем 1. Дела V *TFEU*. Наведеним поглављем уређују се принципи и циљеви спољне политике Уније. У Поглављу 2 дела V *TFEU* уређује се питање заједничке трговинске политике. Видети: чл. 205. *TFEU*.

3 Поља искључиве надлежности ЕУ утврђена су чланом 3. *TFEU*. Њиме се предвиђа искључива надлежност Уније у следећим областима: царинске уније, установљавања правила конкуренције неопходних за функционисање унутрашњег тржишта, монтерне политике држава чланица које су прихватиле евро као заједничку валуту, заштиту морских биолошких ресурса, и на крају заједничке трговинске политике (видети чл. 3. ст. 1. а-е *TFEU*). Искључива надлежност Уније претпоставља ексклузивно право регулисања и усвајања правно обавезујућих аката из области која под такву надлежност потпада. Право држава чланица да уређују одређена питања из области која спада

ЕУ (ex чланови 131. и 133. Споразума о оснивању Европске економске заједнице).

Основни разлог за наведено транслатовање правног режима и политике страних директних инвестиција у поље надлежности ЕУ лежи у потреби јачања капацитета Уније да као самостални актер међународних економских односа ефикасно и ефективно штити сопствене интересе. Ојачана политичка легитимација Уније у области *FDI* нужно претпоставља обезбеђење кохерентности правног режима страних директних инвестиција. Тиме се, у контексту регулаторног оквира *FDI*, уводе претпоставке за ефикасније и успешније преговарање ЕУ о инвестиционим споразумима (Ceysens, 2005: 259). Кохерентности регулаторног режима доприноси и симплификација регулаторног оквира кроз јасну поделу надлежности за спровођење политике страних директних инвестиција између Уније, са једне, и држава чланица, са друге стране (Dimopoulos, 2008: 110).

У „предлисабонском периоду“ политика страних директних инвестиција према трећим државама била је доминантно у надлежности држава чланица Уније. Наведена је надлежност реализована кроз закључивање билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција (е. „*Bilateral Investment Treaties*“; даље и: *BITs*; билатерални инвестициони споразуми) или међународних трговинских споразума са посебним инвестиционим поглављима. Надлежности ЕУ кретале су се у ограниченом, Споразумом из Нице утврђеном оквиру: Унија није могла да преговара и самостално закључује споразуме (билатералне, регионалне или мултилатералне) који утврђују принципе третмана и заштите страних инвестиција. Ови су споразуми сматрани мешовитим споразумима (е. *mixed agreements*)⁴ и процедура њиховог закључења подразумевала је сагласност и учешће држава чланица. Резултат описаних околности било је постојање два независна али паралелна правна режима страних директних инвестиција: први је био базиран на одредбама билатералних споразума држава чланица са трећим земљама (даље и: „спољни *BITs*“), те је стога потпадао под надлежност правила међународног јавног права. Са друге стране, постојао је и режим страних инвестиција утврђен комунитарним правом. Овај се режим односио, пре свега, на обезбеђење недискриминације страних

у искључиву надлежност Уније деривира се из овлашћења која Унија даје државама чланицама Уније (видети чл. 2. ст. 1. *TFEU*).

4 Подела на „мешовите“ споразуме (који се закључују у случају подељене надлежности држава чланица и ЕУ) и „чисте“ споразуме (који се закључују у случају да ЕУ има искључиву надлежност) није изведена из примарних извора права ЕУ (*TEU* или *TFEU*). Ради се о тековини интелектуалне праксе *ECJ*. Видети више у: Moerenhout, Pérez, 2010: 18).

инвеститора на територији Уније и на уклањање ограничења и изузетака за слободан трансфер капитала.

Описани паралелизам трајао је до усвајања Лисабонског споразума, којим је установљена нове парадигма *ССР*-а, чија је једна од карактеристика укључивање страних директних инвестиција у оквир заједничке трговинске политике.

За будући режим страних инвестиција у праву ЕУ, од значаја је чињеница да Лисабонски споразум оперише појмовима „страна директна инвестиција“ и „инвестиција“, али их не дефинише. Са друге стране, класична подела инвестиција (уз сва могућа преклапања) подразумева разликовање на *FDI*⁵ и портфолио инвестиције⁶. Ово је разликовање присутно и у билатералним споразумима о заштити и третману страних инвестиција. Изричито укључивање *FDI* у оквир заједничке трговинске политике води закључку да постоје инвестиције које нису „стране директне инвестиције“ и које су као такве изван поља регулација *ССР*-а; наиме, да је постојала

5 Циљ *FDI* је стицање трајног интереса правног субјекта једне државе (директни инвеститор) у правном субјекту под суверенитетом друге државе. Трајни интерес подразумева постојање дугорочног односа између директног инвеститора и предузећа, као и суштински утицај улагача на управљање предузећем. Појавни облици овог утицаја могу бити различити. У *OECD* полазним основама за директне стране инвестиције препоручује се да „директна инвестиција буде дефинисана као предузеће у коме страни инвеститор поседује 10 или више процената редовних акција са правом гласа или по другом основу“ Нумеричка вредност од 10% установљава претпоставку директног инвестиционог односа (енг. “direct investment relationship”), те имплицира закључак о способности инвеститора да утиче на управљање предузећем. Дакле, *FDI* не претпоставља апсолутну контролу страног инвеститора. Видети више у: Soronajah, 2004: 227–228.

6 Портфолио инвестиција реализује се преко међународног тржишта капитала и куповина хартија од вредности. Циљ портфолио инвеститора је генерисање добитка у виду дивиденде, при чему он нема намеру вршења предузетничке активности. За разлику од *FDI*, код портфолио инвестиција долази до раздвајања између управљања и контроле компаније, са једне, и поседовања акција у њему, са друге стране. Портфолио инвестиција не установљава трајан однос, као што је то случај са *FDI*. Реч је инвестицијама које се реализују куповином акција, обвезница или путем зајмова. Портфолио инвеститори немају утицај на управљање предузећем. Односе инвеститора и предузећа у које се инвестира карактерише опортуност и крхкост. Портфолио инвеститори преваходно су заинтересовани за сигурност њиховог капитала, вероватноћу увећања његове вредности и повраћај улога. Они процењују перспективу делатности у коју инвестирају и карактеристике потенцијалне државе домаћина, међајући правце кретања свог капитала у складу са променама наведених детерминанти. Нестабилности тзв. “портфолио” односа доприносе промене у изгледима за остваривање добити, које су зависне од краткорочних, али и тешко предвидљивих, кретања на финансијским тржиштима (Цветковић, 2005: 31–34).

намера да и други облици инвестиција буду укључени у оквир *ССР*-а, та би намера имала своју текстуалну еманацију. Из овога се закључује да евентуални будући споразуми закључени од стране Уније у складу са новим овлашћењима из оквира спровођења *ССР*, а који би за предмет регулисања имали режим портфолио инвестиција, не би могли да се сматрају укљученим у оквир *ССР*-а, и остали би мешовити споразуми а не споразуми из оквира заједничке трговинске политике: то јест, то не би били споразуми у искључивој надлежности ЕУ.

2. Карактеристике правног режима ФДИ у контексту заједничке трговинске политике

Кључне одредбе којим је утврђен нови образац *ССР*-а садржане су у члановима 206. (ex члан 131 *ТЕС*) и 207. (ex члан 133 *ТЕС*) ТФЕУ. Овим се члановима стране директне инвестиције укључују у оквир заједничке трговинске политике.

Члан 206. предвиђа да би установљавање царинске Уније требало да допринесе остваривању заједничког интереса кроз хармонизацију развоја светске трговине, прогресивно елиминисање трговинских ограничења и ограничења за стране директне инвестиције.

Члан 207. утврђује да се *ССР* базира на униформним принципима посебно релевантним за: закључивање царинских и трговинских споразума који се односе на трговину робом и услугама и комерцијалне аспекте интелектуалне својине, стране директне инвестиције, потом потребу остваривања једнообразности у мерама којима се уређује либерализација, извозна политика и заштитне трговинске мере, попут оних које се предузимају у случају дампинга и субвенција. Заједничка трговинска политика требало би да се спроводи у складу са принципима и циљевима спољне (екстерне) акције Европске уније.

Оба наведена члана имају своју сврху у контексту нове парадигме правног режима страних директних инвестиција. Члан 206, чини се, промовише либерализацију инвестиционих токова и уклањање баријера за стране директне инвестиције. Члан 207, пак иде корак испред и не ограничава се само на либерализацију већ и на питање правне заштите и обезбеђења одговарајућег третмана страних инвестиција. У прилог овом тумачењу, иде и а *contrario* анализа: уколико би се *ССР* ограничио само на либерализацију, тиме би се одузео *effet utile* нормама ТФЕУ о укључивању ФДИ у *ССР*, јер би постојећа пракса заштите и обезбеђења одговарајућег третмана

страних инвестиција кроз билатералне споразуме држава чланица остала непромењена (Woolcock, 2010: 24).⁷

Нови оквир ССП-а установљава јасну превагу надлежности права ЕУ у односу на правни режим ФДИ, утврђен билатералним инвестиционим споразумима држава чланица. Став о примату комунитарног права над одредбама билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција држава чланица утемељен је и у одлукама Европског суда правде (*“European Court of Justice”*, даље и: *ECJ*). Године 2009. Европски суд правде је у три пресуде разматрао однос:

- права, обавеза и одговорности држава чланица утврђених билатералним споразумима о заштити страних инвестиција закључених пре приступања тих држава Унији, са једне, и
- обавеза, одговорности и дужности држава чланица према комунитарном праву, са друге стране.⁸

Заједнички именитељ све три одлуке је да чак и у случају хипотетичких инкопатибилности између *BITs*-ова и комунитарног права, билатерални споразуми морају да буду усклађени са правом ЕУ или стављени ван снаге. Овај приступ објашњава се потребом обезбеђења супремације права ЕУ у односу на међународноправне обавезе држава чланица конституисане пре њиховог чланства у Унији (Lavranos, 2010: 411).

Непосредан повод за укључивање *ECJ* у питање односа спољних *BITs*-ова и комунитарног права била је потреба да се због терористичких напада на Њујорк 11. септембра 2001, а као део „борбе против тероризма“, ограниче фондови за финансирање илегалних активности које су се сматрале терористичким. Европска унија је поступала у складу са резолуцијама Савета безбедности УН, и усвојила низ мера за замрзавање имовине и средстава за која је утврђено да се користе за подршку терористичких активности. Промптна и непосредна примена ових мера била је, међутим,

7 Овоме у прилог иде и тачка 7. Преамбуле Уредбе о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава (више о Уредби видети *infra* у тач. 3. овог рада): „У интересу инвеститора из Уније и њихових инвестиција у треће државе, те у интересу држава чланица које су домаћини страним инвеститорима и инвестицијама, билатерални инвестициони споразуми који спецификују и гарантују услове за инвестирање имају се одржати на снази и прогресивно заменити инвестиционим споразумима Уније, уз обезбеђење високог стандарда инвестиционе заштите“. Видети и члан 1. ст. 2. у коме се изричито наводи да Уредба уређује питање важења одредби билатералних инвестиционих споразума који уређују „инвестициону заштиту“.

8 Видети одлуку у споровима: *Case-205/06, Commission v. Austria* [2009]; *Case-249/06, Commission v. Sweden* [2009]; *Case -118/07, Commission v. Finland*, of 19 November 2009.

ограничена принципом слободе трансфера капитала садржаним у спољним БИТс-овима држава чланица.⁹ Описана имплементација мера ограничавања финансирања терористичких група водила је, дакле, истовременом кршењу обавезе држава чланица Уније да обезбеде слободу трансфера капитала (слободу која се штити одредбама билатералних споразума). *Vice versa*, одбијањем да спроведу мере ограничења на које су обавезане правом ЕУ (при чему би то одбијање било у складу са одредбама релевантног билатералног споразума), државе чланице биле би доведене у позицију да се понашају супротно правилима комунитарног права.

Комисија ЕУ препознала је проблем и заузела став да је недостатак јасног основа у билатералним споразумима држава чланица да наметну мере замрзавања новчаних средстава у конфликту са њиховим обавезама као чланица Уније. Свој став Комисија је базирала на одредбама *ex 307 Споразума о Европској заједници* (данас 351 *TFEU*). Наведени члан најпре у ставу 1. предвиђа да чланство у Унији не утиче на међународноправне обавезе које су државе чланице преузеле пре добијања чланства. Са друге стране, став 2. истог члана обавезује државе чланице да елиминишу било какву инкопатибилност између њихових међународноправних обавеза и права Уније. Први став наведеног члана подржава принцип *pacta sunt servanda*, док други став даје предност обавезама које државе имају као чланице Уније. Комисија је дала предност ставу 2, са аргументацијом да право ЕУ изричито предвиђа могућност наметања санкција, док билатерални споразуми држава чланица то не чине. Дакле, корпус међународноправних обавеза држава чланица пре ступања у ЕУ има се тумачити на следећи начин: уколико постоји празнина у тим обавезама, примењују се правила ЕУ (која регулише одређено питање које је *lacuna*е у међународноправним обавезама држава чланица). Управо је то случај са „спољним“ билатералним споразумима о заштити страних инвестиција држава чланица који не садрже одредбе о замрзавању имовине инвеститора због нелегалних активности. *A contra*го, да су овакве одредбе биле присутне у релевантним *BITs*-овима држава чланица, они не би били у супротности са правом ЕУ.¹⁰

9 Слобода трансфера капитала подразумева право инвеститора да слободно располаже својим новчаним средствима. Могућност да држава оспори, ограничи или искључи ово право назива се ризиком трансфера. Ризик трансфера један је од типова некомерцијалних (политичких ризика). Видети више у: Цветковић, 2005: 74–77.

10 Приступ који ограничава примену начела *pacta sunt servanda* из првог става *ex-307. члана Споразума о оснивању ЕЗ*, и који консеквентно води супермацији права ЕУ над међународноправним обавезама држава чланица, укључујући и оне засноване на њиховим споразумима, присутан је у најранијој пракси Европског суда правде (Eimansberger, 2009:421). Видети: *Case 10/61, Commission v. Italy*, [1962] стр. 10.

Поступајући у споровима иницираним због проблема у имплементацији мера за сузбијање терористичких активности, *ЕСЈ* се ослонио на праксу примене члана *ex-307* Споразума о Европској заједници. Та је пракса интерпретирала захтев уклањања „инкопатибилности“ између међународноправних обавеза држава чланица и њихових обавеза заснованих на комунитарном праву као обавезу држава чланица да преговарају и модификују „инкопатибилну обавезу“. У супротном, такав би се споразум имао ставити ван снаге.¹¹ У складу са описаним приступом, покренут је поступак против држава чланица чији су билатерални споразуми о заштити и третману страних инвестиција онемогућавали имплементацију мера замрзавања имовине: Шведске, Аустрије и Финске. Европски суд правде је анализу компатибилности билатералних споразума наведених држава и комунитарног права започео ставом да одредба о слободи трансфера, садржана у спорним БИТс-овима, јесте начелно конзистентна са правом ЕУ.¹² Суд је такође сматрао да одредба члана *ex-307. ст.1.* остаје на снази („неповредивост“ корупса међународноправних обавеза држава чланица заснованих на споразумима закљученим пре приступања Унији; „*pacta sunt servanda*“ одредба), али да чињеница да спорни билатерални споразуми не садрже одредбу о замрзавању средстава представља инкопатибилност са правом Уније у смислу *ex-307. члана* Споразума о оснивању ЕЕЗ. У коначном, *ЕСЈ* је сматрао да право Уније има супермаџију над правом држава чланица. Описани приступ *ЕСЈ*, којим се комунитарно право ставља изнад међународноправних обавеза држава чланица, подржан је одлукама у споровима *Мох плант*¹³ и *Кад*¹⁴.

3. Уредба о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме као комплемент Лисабонском споразуму

Посматрано кроз визуру универзалног регулисања, билатерални споразуми о заштити и третману страних инвестиција представљају кључни извор међународноправног режима *FDI*. У случају ЕУ, више од

11 Видети одлуке у следећим споровима: Case -84/98, *Commission v. Portugal* [2000]; Case -62/98, *Commission v. Portugal* [2000]; Case -307/99, *OFT Fruchthandelsgesellschaft* [2001]; Case T-2/99, *T. Port v. Council* [2001]; Case T-3/99, *Bananatrading v. Council* [2001];. Case -203/03, *Commission v. Austria* [2005]; Case -216/01, *Budvar* [2003]; Case C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 and Case 476/98, *Commission v. UK, Denmark, Sweden, Finland, Belgium, Luxemburg, Austria and Germany, (Open skies)* [2002].

12 Видети § 26 и 27. одлуке у спору Case C-249/06 *Commission v. Sweden* [2009]

13 Видети одлуку у спору Case -459/03, *Commission v. Ireland*, [2006]

14 Видети одлуку у спору Case -402/05 P и Case -415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, [2008].

50 година билатерализам је био метод уређивања међународноправног инвестиционог режима држава чланица. Лисабонски споразум то мења на начин описан у тач. 1. и 2. овог рада. Број од око 1200 спољних билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција говори о значају питања њиховог даљег режима у светлу новог концепта заједничке трговинске политике и укључивања *FDI* у њен оквир.

Постоји бојазан држава чланица у погледу начина и мере имплементације постојећих билатералних инвестиционих споразума. Наиме, њихова измена или раскидање угрожавају стабилност правног система регулисања страних директних инвестиција. Разлог ове сензитивности лежи у чињеници да билатерални инвестициони споразуми представљају део мреже споразума који чине систем Међународног трговинског права. Клаузула највећег повлашћења (е. „*Most Favoured Nation Treatment Clause*“) „мултилатерализује“ правни режим страних директних инвестиција, тиме што права, обавезе и одговорности утврђене једним билатералним споразумом, дејством наведене клаузуле постају индиректна садржина другог билатералног инвестиционог споразума (видети више у Ђирић, 2010: 133–146). Систем билатералних инвестиционих споразума је, дакле, у тој мери међузавистан да је немогуће мењати га фрагментарно, без последица.¹⁵

Лисабонски споразум није отклонио недоумице у односу на горе наведено питање. Покушај у том правцу је усвајањем Уредбе о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава (даље и: Уредба; „транзициона Уредба“).¹⁶ Ова је Уредба у коначном тексту усвојена 12. децембра 2012. године, а на снагу је ступила 9. јануара 2013. године. Њено доношење резултат је компромиса између Парламента и Комисије, са једне, и Савета ЕУ, са друге стране.

Уредба је ступила на снагу јануара 2013. године и дала је одређена разјашњења.

Две су групе питања које отвара наведена Уредба. Прва се тиче процедуре спровођења поступка транзиције, њених носилаца и карактеристика.

15 Празнина у Лисабонском споразуму у односу на питање статуса билатералних споразума о заштити страних инвестиција држава чланица, препозната је врло рано. Тако је наглашено да се ради о процесу који ће иритирати и екстерне и интерне аспекте политичке сензитивности (унутрашњу и екстерну политичку сензитивност (Бунгенберг, 2008: 12).

16 Назив Уредбе на енглеском гласи: „*The regulation by the EP and the Council concerning “establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries”*“.

Друга се односи на утицај Уредбе на процедуру решавања инвестиционих спорова као важан сегмент инвестиционоправне заштите (поред материјалноправне и заштите путем осигурања).¹⁷

3.1. Поступак транзиције

Уредба установљава постепени, транзициони систем за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава (постепеност се изражава кроз фразу „прогресивна замена“, е. „*progresive replacement*“) ¹⁸.

Уредба разликује три групе спољних билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција.

Прву групу (даље и: група 1) чине споразуми закључени у „пред-лисабонском периоду“ (пре ступања на снагу Споразума из Лисабона, 1. 12. 2009. године). Овим споразумима уподобљени су споразуми које је закључила држава чланица након ступања на снагу Лисабонског споразума, али пре приступања Унији (једини такав пример у овом часу је Република Хрватска).

Другу групу (даље и: група 2) чине споразуми закључени између 1. децембра 2009. (датум ступање на снагу Лисабонског споразума) и 9. јануара 2013. године (датум ступања на снагу Уредбе).

Трећу групу чине споразуми које државе могу закључити у будућности. За њихово закључење постоји процедура предвиђена Уредбом.

У спровођењу процедуре „прогресивне замене“ из Уредбе кључну улогу има Комисија.¹⁹

Први корак у процедури транзиције је обавеза држава чланица да Комисију обавесте о својим постојећим „спољним“ билатералним инвестиционим споразумима (чл. 2. Уредбе). Комисија публикује листу нотификованих билатералних споразума (чл. 4. Уредбе). Нотификовани споразуми могу бити из групе 1 (пред-лисабонски споразуми закључени пре 1. децембра 2009, односно пре дана ступања на снагу Лисабонског споразума) и из групе 2 (у периоду 1. децембар 2009 – 9. јануар 2013, пре ступања на снагу Уредбе; видети члан 12. Уредбе). Прво публикување у смислу члана 4.

17 Видети више у: Цветковић, 2005: стр. 97 *passim*.

18 Принцип прогресивне замене јавља се већ у Преамбули Уредбе: „мада билатерални инвестициони споразуми остају обавезујући за државе чланице према правилима међународног јавног права уз њихову прогресивну замену споразумима Уније о идентичном питању ... (заштити и третману страних инвестиција: оп. аут).

19 Видети тач. 17. Преамбуле Уредбе.

Уредбе учињено је маја 2013. године. На листи споразума о којима су државе „нотификовале“ Комисију налази се и 21 билатерални споразум о заштити и третману страних инвестиција, који се примењују између Србије и држава ЕУ (најстарији је споразум између СФРЈ и Француске, и датира из 1974. године; најновији су са Данском и Португалом, оба из 2009. године). Интересантно је да Мађарска није нотификовала споразум са СРЈ из 2001. године који је ступио на снагу 2005. године.²⁰ Дакле, потенцијално сви ови уговори могу бити предмет „прогресивне замене“.

Када је реч о групи 1, други корак је евалуација нотификованих ВITs-ова. Комисија има право и дужност да евалуира нотификоване споразуме. Ова евалуација има за циљ да испита да ли испитивани споразум представља озбиљну препреку („serious obstacle“) за преговоре или закључивање будућих инвестиционих споразума ЕУ и треће државе (државе са којом је закључен ВITs који је нотификован; видети чл. 5. Уредбе). Комисија евалуацију врши уз сарадњу са државом чланицом која је закључила билатерални споразум у питању.²¹ Уколико Комисија установи да одредбе билатералног споразума представљају „озбиљну препреку“ за преговоре или закључивање билатералног споразума са трећим државама, Комисија започиње трећу фазу: консултације са државом чланицом. Консултације не могу трајати дуже од 90 дана. Након 60 дана од окончања консултација Комисија може да индицира одговарајуће мере које држава чланица треба да предузме да би уклонила „озбиљне препреке“ за преговоре и закључивање ВITs-а Уније и треће државе у питању (држава са којом је држава чланица закључила „спољни“ ВITs пре ступања на снагу Лисабонског споразума).

Када се ради о групи 2, други корак је оцена постојећег ВIT-а у светлу критеријума из члана 9. ст. 1. Реч је критеријумима који се тичу процене да ли су одредбе постојећег ВIT-а из групе 2:

- у конфликту са правом ЕУ;
- сувишне с обзиром на то да је Комисија дала препоруку да отвори преговори Уније са трећом државом о закључивању билатералног инвестиционог споразума Уније и те државе, у складу са чланом 218 TFEU;

20 Листа је дата у документу „List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries (1)“ (2013/C 131/02).

21 Описана дужност кооперације државе чланице рефлексивна је обавеза држава да сарађују у остваривању циљева Уније, садржане у члану 4. 3. TEU.

- конзистентне са принципима и циљевима спољне (екстерне) акције Уније, елабориране у складу са општим одредбама из Дела V поглавља 1 TFEU;
- представљају озбиљну препреку за преговоре или закључивање ВITs-ова са трећим државама.

Комисија може донети неколико одлука.

Прво, уколико није испуњен ниједан од критеријума из члана 9. ст. 1. Уредбе, Комисија може дати одобрење за измену постојећег или закључивање новог ВIT-а са трећом државом.

Друго, Комисија може да захтева од државе чланице да укључи или искључи из преговора и потенцијалног билатералног споразума било коју клаузулу чије је укључивање или отклањање непоходно да се осигура конзистентност са инвестиционом политиком Уније или правом ЕУ (видети чл. 9. ст. 2. Уредбе). Комисији у поступку давања овлашћења асистира Комитет за инвестиционе споразуме (видети члан 16. ст. 2. Уредбе).

Када се ради о трећој групи споразума (измене постојећих споразума или закључивање нових споразума након ступања на снагу Уредбе), постоји обавеза државе да у писаној форми обавести Комисију о намери да измени постојећи или закључи нови уговор. Обавештење у писаној форми мора да прати одговарајућа документација са индикацијом одредби о којима се има преговарати. Нотификација мора да уследи најкасније пет месеци пре почетка формалних преговора државе чланице и треће државе. Комисија у циљу давања овлашћења за преговоре примењује критеријуме из члана 9. ст. 1. Уредбе.²²

Чини се да Уредба у великој мери оставља дискрецију Комисији да оцењује услове за измену постојећих или закључивање нових билатералних споразума. Описана дискреција рефлектује се кроз екстензивно примењивање методе регулисања путем правних стандарда. Пример наведеног приступа су:

- коришћење израза „предузимање свих неопходних мера“ (тач. 11. Преамбуле ову обаезу намеће државама чланицама у циљу елиминисања инкопатибилности у постојећим „спољним“ ВITs-овима са правом ЕУ);
- утврђивање стандарда постојања „озбиљне препреке“ као разлога за измену или укидање постојећих билатералних споразума (видети члан 6. Уредбе).

²² Видети члан 8. Уредбе.

У коначном, интерпретативно „управљање“ садржином и дометом примене наведених правних стандарда зависиће од Комисије, односно, у случају спора, од приступа који заузму правосудни органи ЕУ: Генерални суд (бивши Суд прве инстанце) и Европски суд правде.

3.2. Утицај Уредбе на процедуру решавања инвестиционих спорова

Транзициона Уредба бави се и улогом Комисије у процедури решавања спорова према постојећим билатералним споразумима и намеће одређене обавезе државама чланицама.

Прво, државе чланице имају обавезу да Комисију информишу о спору (чл. 13а Уредбе),

Друго, државе чланице имају обавезу да предузму све неопходне кораке да би осигурале да Комисија може да учествује у процедури решавања спорова (чл. 13б Уредбе).

Горе наведене обавезе отварају питање њиховог поштовања од стране држава чланица када се ради о учешћу Комисије у споровима пред Центром за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (е. „*International Center for Settlement of Investment Disputes*“; *ICSID* центар). Реч је о институцији која важи за репрезентативану и општеприхваћену институцију решавања инвестиционих спорова (Ђирић, 2010: 354–358.)²³

Европска унија није страна уговорница *ICSID* конвенције којом је основан Центар. Како члан 67. Конвенције предвиђа да само државе имају право да јој приступе,²⁴ чланство Уније у *ICSID*-у захтевало би измену Конвенције, што је комплексан подухват у политичком, правном и организационом

23 *ICSID* центар основан је Конвенцијом о оснивању Центра за решавање спорова између држава и држављана других држава уговорница, усвојеном 1965. године. Његове чланице су државе чланице Светске банке које су земље уговорнице Конвенције. Државе које нису чланице Светске банке могу се придружити Центру уколико су потписале Статут Међународног суда правде, уз двотрећинску одлуку Административног савета којом се држава позива да приступи Конвенцији. Оснивањем *ICSID* центра учињен је напредаку процедуралној заштити страног инвеститора. Најважније карактеристике *ICSID*-а су: његова независност од домаћег правног система; „институционална подршка“ коју ужива као тело под окриљем Светске банке; инвестициони спорови као искључиви предмет рада центра. Бивша СФРЈ је конвенцију ратификовала 1967. године. СР Југославија је ратификовала Конвенцију 2006. (видети „Сл. лист СЦГ бр. 2/2006).

24 „Ову конвенцију могу потписати државе чланице Банке. Њу може такође потписати свака друга држава потписница Статута Међународног суда правде, коју Административни савет одлуком донетом већином од две трећине чланова буде позвао на потписивање“ (чл. 67. *ICSID* конвенције).

смислу. Изостанак Уније из Конвенције не значи да је она била без одређеног модалитета учешћа у споровима пред *ICSID* центром: потреба да се спорови решавају ефикасно и у складу са правилима меродавног билатералног споразума, условила је да су арбитраже *ICSID*-а у прошлости позивале Комисију да учествује у поступку у својству *amicus curiae* (Levine, 2011: 204, *passim*).

У пуној снази, питање иступања Комисије у споровима пред *ICSID*-ом (у капацитету који је већи од *amicus curiae*) отвара се имајући у виду да Уредба наглашава нужност учешћа Комисије у споровима у којима је једна од страна држава чланица ЕУ. Наиме, Уредбом се предвиђа обавеза државе да предузму „неопходне мере“ да би Комисија учествовала у процедури решавања спора (видети члан 13. ц Уредбе). У контексту решавања спора пред *ICSID* центром саме државе чланице хипотетички могу да траже сагласност инвеститора за учешће Комисије у спору. Међутим, судбина овог захтева потпуно је у дискрецији инвеститора који може да га одбије без образложења.²⁵ Уколико га (што је мало вероватно, осим у случају екстерног и снажног политичког притиска) прихвати, Комисија може имати могућност да се изјашњава кроз писане опсервације, односно да присуствује и учествује у усменим расправама.

Препреку за учешће Комисије у поступку пред *ICSID* центром чини и право арбитраже да установи поверљивост спроведене процедуре и исходовањих докумената.²⁶ У таквом случају би држава чланица била спречена да информисе Комисију о садржини и току поступка чиме би поступала супротно својој обавези предузимања „неопходних мера“ за обезбеђење учешћа Комисије у процедури решавања спорова. Уколико би пак поступила у складу са Уредбом, држава чланица би прекршила обавезу конфиденције, што би потенцијално имало озбиљне реперкусије за позицију државе у конкретном поступку. Могуће превазилажење описане тешкоће лежи у измени постојећих *BITs*-ова у смислу омогућавања учешћа Комисије у поступку пред *ICSID* центром.

4. Закључак

Усвајање Уредбе о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава показује да су политичке институције Уније у стању да постигну компромис о политици страних директних инвестиција. Примена Уредбе требало би

25 *ICSID Arbitration Rules*, Rule 32 (2). Available at: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

26 *ICSID Arbitration Rules* Rule 39(1).

да допринесе имплементацији правила Лисабонског споразума о новим оквирима заједничке трговинске политике (који укључују и стране директне инвестиције) на начин који обезбеђује баланс између потребе ЕУ да оствари ефективну заштиту својих инвеститора у иностранству, са једне, и њеног интереса да очува довољан регулаторни простор за спровођење одговарајуће политике страних директних инвестиција у оквиру Уније, са друге стране. Правни режим утврђен Уредбом, у великој мери, почива на претпоставци политичке подршке за њено спровођење. Таквом политичком хабитусу не мањка легитимација, али му недостаје предиктабилност и стабилност. Наведеном закључку у корист иде и значајна улога правних стандарда у самој структури Уредбе, потом кључна али у великој мери дискрециона улога Комисије у њеном спровођењу, те непотпуно уређена питања последица примене Уредбе на норме постојећег међународно-правног режима страних директних инвестиција, пре свега правила о решавању спорова пред *ICSID* центром. Чини се да ће овај баланс морати да буде контролисан и усмераван интерпретацијама Општег суда и *ECJ*.

Литература

Bungenberg, M. (2008). *The Common Commercial Policy After Lisbon*, [Electronic version]. Paper presented at the Hebrew University of Jerusalem, 14 July 2008. Преузето 20. 05. 2009. http://micro5.mscc.huji.ac.il/%EБиasei/documents/Lisbon_Papers/iasei_bungenberg.doc ;

Dimopoulos, A. (2008). The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 4 (4). 101–129;

Eilmansberger, T. (2009). Bilateral investment treaties and EU law. *Common Market Law Review*. 46 (2). 383–430;

Lavranos, N. (2010). New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 9(3). 409–441;

Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley J. Int'l L*. 29. 200–224;

Moerenhout, T, Pérez Aznar, F. (2010). *Competence Shift on fFDI from the EU member States to the EU*. [Electronic version]. Преузето 20. априла 2013. <http://graduateinstitute.ch> ;

Sornorajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press;

Ђирић, А. (2010). *Међународно трговинско право – општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Цветковић, П. (2005). *Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш;

Ceyskens, J. (2005). Towards a Common Foreign Investment Policy?—Foreign Investment in the European Constitution. *Legal issues of economic integration*. 259–291;

Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon (2007). Publisher: Foundation for EU Democracy Printed at Notat Grafisk. [Electronic version]. Преузето 1. фебруара 2014. http://www.eudemocrats.org/fileadmin/user_upload/Documents/Reader_friendly_til_netnet.pdf ;

Woolcock, S. (2010). EU trade and investment policymaking after the Lisbon treaty. *Intereconomics*. Vol. 45 (1). 22–25.

Прописи

Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 2. 2006;

ICSID Arbitration Rules, Rule 32 (2). Доступно на: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. на дан 1. фебруар 2014;

List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, доступно на адреси <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=EN> на дан 1. фебруар 2014;

Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, доступно на адреси <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:En:PDF> на дан 1. фебруар 2014.

Судска пракса (доступна на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>).

Case 10/61 *Commission v. Italy* [1962] ECR 1, 23;

Case 812/79 *Attorney-General v. Burgoa* [1980] ECR 2787;

Case C-62/98 *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5171;

Case C-84/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5215;

Case C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 and 476/98 *Commission v. UK, Denmark Sweden, Finland, Belgium, Luxemburg, Austria and Germany, (Open skies)* [2002] ECR I-9519;

Case C-307/99 *OFT Fruchthandelsgesellschaft* [2001] ECR I-3159;

Case C-216/01 *Budvar* [2003] ECR I-1361;

Case. C-203/03 *Commission v. Austria* [2005] ECR I-935;

Case C-459/03 *Commission v. Ireland* [2006] ECR I-4635

Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

Case C-205/06 *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301;

Case C-249/06 *Commission v. Sweden* [2009] ECR I-1335;

Case C-118/07 *Commission v. Finland*, of 19 November 2009;

Case T-2/99 *T. Port v. Council* [2001] ECR II-2093;

Case T-3/99 *Bananatrading v. Council* [2001] II-2123.

Aleksandar Ćirić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Characteristics of the FDI Legal Regime in the EU Law

Summary

Once the Lisbon Treaty entered into force on 1 January 2009, the regulatory competences over Foreign Direct Investments (FDI) were transferred from the Member States to the European Union. The change was instituted as a result of a new EU Common Commercial Policy (CCP) framework, which was extended by including the legal treatment of foreign direct investment into the CCP regulatory scope. The effect of this development has a dual paradigm: first, the above change affects the existing legal regime of foreign direct investment in the Member States, which is primarily based on the rules of Bilateral Investment Treaties (BITs) concluded by those States; second, the new CCP format calls for a precise regulation of some open questions and issues pertaining to its implementation in the post-Lisbon FDI regulation process by means of secondary legislation of the Union. The second paradigm is reflected in the effort to address the outstanding issues of the concrete implementation of the new CCP framework in the context of division of competences between the EU and the Member States. This effort resulted in issuing the Draft Regulation establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. The directions for future development of the FDI regime in the light of the extended CCP framework are also contained in the case law generated by EU judicial bodies.

Key words: Treaty of Lisbon, Common Commercial Policy, bilateral agreements on the treatment and protection of foreign investments, FDI.

Др Милена Јовановић Zattila,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.72

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ОТРОВНЕ ПИЛУЛЕ - МЕРА ОДБРАНЕ ОД НЕПРИЈАТЕЉСКОГ ПРЕУЗИМАЊА ИЛИ ДЕМОНСТРАЦИЈА МОЋИ ЦИЉНОГ ДРУШТВА**

Апстракт: Успостављање еквилибријума моћи нарочито је доведено у питање у поступку преузимања, чиме оно постаје и једно од најконтроверзнијих питања данашњице. Однос непосредног ривалства и потреба тржишне доминације условљава и неопходност континуираног усавршавања метода напада и одбране компанија. У лезеи одбрамбених механизма циљне компаније посебно место заузимају тзв. отровне пилуле. Иако се третирају као најмоћније средство у борби против компаније преузимаоца, због чега носе епитет „свети грал“ међу дефанзивним механизмима, бројни су разлози за и против њиховог коришћења. У прилог употреби отровних пилула иде чињеница да страх од преузимања утиче на дисциплиновање управе и њено ефикасније пословање. Негативне консеквенце се испољавају кроз однос управе и друштва. Усвајање отровне пилуле је једнострана одлука управе циљног друштва за коју није неопходна сагласност скупштине акционара, чиме се индиректно доводе у питање и основни принципи корпоративног управљања. Феномен информационе асиметрије, у коме управа као агент поседује несразмерно више релевантних информација у односу на акционаре као принципале, води конфликту управе и чланова друштва, који је у компанијском праву познат као први агенцијски проблем и који кулминира самим чином преузимања. Ипак, иако се за отровне пилуле везује дискриминација акционара циљног друштва, то не мора бити увек случај. Контроверзна аура која прати ову дефанзивну меру циљног друштва и даље изазива бројне полемике о контроли употребе отровних пилула и њиховом утицају на акционарску демократију.

Кључне речи: отровне пилуле, преузимање, циљна компанија, мере одбране, акционари.

* milena@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводне напомене

Преузимање, сходно његовом ужем тумачењу, подразумева стицање контроле над управом акционарског друштва, на основу удела у основном капиталу друштва, који обезбеђује право гласа. То омогућава преузимаоцу¹ одлучујући утицај на доношење одлука у скупштини друштва или на вођење послова друштва, чиме се мења и његова структура (Јовановић, 2006: 288). Једна од могућности која стоји на располагању доминантном акционару је да учешћем у скупштини акционара разреши постојеће и именује своје чланове управе.²

Европски концепт налаже установљивање обавезе стицаоца контролног пакета акција да учини понуду за преузимање преосталих акција у циљу заштите интереса мањинских акционара (Норт, 2000: 5; Норт, Wymeersch, 2003: 294-295; Marshall, 2004: 4-12).³ Предмет јавне понуде за преузимање су преносиве хартије од вредности које дају гласачка права у циљном друштву (Радовић, 2008: 16). Обзиром да највећи број држава поступак преузимања, с правом, везује за отворена акционарска друштва, циљно друштво се дефинише као отворено акционарско друштво чијим се акцијама тргује на организованом тржишту хартија од вредности.⁴ Код преузимања, ово тржиште се назива и тржиштем корпоративне контроле, јер се пренос корпоративне контроле *in concreto* остварује преносом хартија од вредности са правом гласа. За разлику од тржишта хартија од вредности, на тржишту корпоративне контроле се купује онолико гласачког капитала колико је потребно за управљање друштвом (Jensen, Ruback, 1983: 2).

Чином преузимања акционарског друштва мења се и положај мањинских акционара, па је стога потребно наћи праву меру⁵ у заштити њихових права (Барбић, 2000: 245-246; Јурић, Зубовић, 2009: 293). Уколико управа искористи свој утицај ради стицања сопствене користи или води погрешну пословну политику постоји опасност да акционари буду оштећени. Због тога се сматра да слободно тржиште за преузимање обезбеђује могућност замене чланова

1 Понудилац постаје преузималац само ако му понуда за преузимање успе, а то значи ако је понуђена лица прихвате најмање у обиму који му омогућава стицање владајућег учешћа.

2 У праву преузимања се примењује извесна модификација наведеног схватања, по којој контролно капитал учешће подразумева доминацију у скупштини акционара, без обзира да ли то лице може да преузме фактичку контролу над друштвом.

3 Обавеза упућивања понуде за преузимање потиче из енглеског права, обзиром на велику дисперзију акционара у Великој Британији. Супротно томе, у државама попут Немачке, у којима преовладавају већински акционари, институт преузимања је тешко применити. Разлог томе је што преузималац мора непосредно да преговара са већинским акционарима, што битно отежава и поскупљује поступак. Концепт супротан европском, где обавезна понуда за преузимање представља делотворно средство заштите мањинских акционара, сусрећемо у праву САД-а у коме дужност иницирања понуде за преузимање није законски прописана ни уобичајена.

4 Чл. 2 (1) Закон о преузимању, Службени Гласник, бр.46/06, 107/09 и 99/2011.

5 Под правом мером подразумевамо стварање могућности мањинским акционарима да отуђе своје акције, а да при томе не претрпе штету, а са друге стране водити рачуна да превелико фаворизовање мањинских акционара не утиче негативно на атрактивност самог друштва.

управе, што ће довести до повећања вредности курса и исплаћивања виших дивиденди. Овакав ефекат се додатно постиже и тиме што на таквом тржишту увек постоји потенцијална опасност за управу да након спроведеног преузимања буде смењена, због чега је она принуђена да константно води рачуна о интересима компаније и настоји да максимизира њену добит (Петрикић, 2000: 209). Предност поступка преузимања отворених акционарских друштва, осим контроле над циљним друштвом концентрацијом управљачких и имовинских права, огледа се и у могућности заобилажења управног одбора циљног друштва. За разлику од европског концепта, у САД-у се за стицање контролног пакета акција захтева одобрење управног органа, а чланови управе могу преузимати мере одбране од преузимања без прибављања посебне сагласности акционара (Monks, Minnow, Nell, 2001: 186-187).⁶

2. Став управе према преузимаоцу

Дужност управе је да ради у интересу компаније. То подразумева фидуцијарну дужност управе, али и исту ту дужност контролног акционара.⁷ Највећи број преузимања у Европи јавља се у облику тзв. пријатељског преузимања (eng. *friendly takeovers*) кроз прећутни споразум са управом циљног друштва. Као мотив за преузимање наводи се повећање ефикасности, манифестовано у постизању синергичне добити⁸ и смањењу трошкова менаџмента.⁹ Пут преузимања одређене циљне компаније најчешће отпочиње настојањем потенцијалних

6 У том погледу амерички концепт се чини либералнијим, јер у европским државама орган управе је дужан да прибави претходну сагласност акционара за предузимање одбрамбених мера, што утиче на слабење позиције управе.

7 Мада је интерес акционара примаран, они нису искључиви носиоци интереса. Правни субјективитет компаније одваја се од акционара који је оснивају. Стога, ако је управа заступник компаније, она је дужна да ради у њеном интересу, а не у име и за рачун акционара, чији заступник није. Тако би конституисање правила о „дужности управе да ради у најбољем интересу акционара“, било директно супротно правилу о фидуцијарној дужности контролног акционара „рада у интересу друштва“. У правном окружењу одвојеног власништва од управљања, а посебно услед његове велике дисперзије долазимо до основних проблема корпоративног управљања познатих у теорији као *агенцијски проблеми корпоративног управљања*, а један од њих је како да акционари (власници) контролишу управу друштва. Због присутне *информационе асиметрије*, у коме је управа-агент друштва у предности, јер поседује више релевантних информација у односу на акционара-принципала, постоји латентан сукоб интереса између власника и управе. Осим овог, пристан је и сукоб интереса на релацији контролних (већинских) и мањинских акционара, као и сукоб интереса власника компаније и других носилаца конститутивних интереса.

8 Од економских циљева у литератури се најчешће наводи остваривање тзв. *синергичне добити*. Теорија синергичне добити заснива се на уверењу да је вредност друштва стављених под контролу преузимаоца већа од простог збира вредности оба друштва пре преузимања. Сматра се да је добит остварена преузимањем директна последица ефекта синергије, тј. новонастале могућности коришћења повезаних ресурса обе компаније, технолошких иновација и заједничког наступа на тржишту. У америчкој литератури познат је као $2+2=5$ ефекат.

9 У случају спречавања преузимања од стране менаџмента онемогућава се деловање кључног контролног механизма за дисциплиновање менаџера, обзиром да, за разлику од фузије код

понудилаца да најпре преговарају са управом циљног друштва, а тек потом отпочну са поступком преузимања. Уколико изостане сагласност управе циљног друштва реч је непријатељском преузимању (eng. *hostile takeovers*).¹⁰ Негативан став менаџмента, на основу непристрасне оцене предности и недостатака понуде за откуп акција, доводи до сукоба интереса између њега и преузимаоца (Becht, Bolton, Roell, 2002: 70; Shleifer, Vishny, 1997: 756-757). Циљ непријатељског преузимања је смена дотадашње управе циљног друштва и постављање нове и ефикасније. Том приликом преузимаоц даје јавну понуду за откуп акција циљног друштва без претходног упозорења или договора са управом. У случају непријатељског преузимања постојећа управа циљног друштва предузима одговарајуће одбрамбене мере са циљем осујећења реализације понуде за преузимање. Ове мере одбране омогућавају управи циљног друштва да постигне боље услове приликом преузимања у погледу цене акција. На тај начин чланови управе циљног друштва могу спречити продају акција њиховим повлачењем са берзе, смањењем њихове вредности, издавањем нових акција или опција за куповину акција, смањењем основног капитала друштва, применом тзв. отровних пилула (енг. *poison pills*),¹¹ увођењем квалификоване већине за доношење одлука (Ferrarini, Hops, Wymeersch, 2003: 407-425), увођењем управних одбора који парцијално обављају своје чланство,¹² као и понуда за преузимање у два круга (Јурић, Зубовић, 2009: 296).¹³

3. Отровне пилуле као превентивна мера одбране од преузимања

Са трендом напада на циљна друштва кроз преузимање, компаније су покушале да пронађу адекватан одговор у виду дефанзивне мере која се може усвојити без сагласности акционара. На тај начин чланови управе имали би могућност да заштите компанију и њене акционаре од свеприсутне опасности непријатељског преузимања (Fleischer & Sussman, 2000: 541; Velasco, 2003: 849). Активност компанија на том плану била је посебно изражена у САД-у. Већи број компанија са листе „*fortune 500*“ развио је план одбране, у случају

које је неопходна сагласност управе друштва које се припаја, код преузимања није потребна сагласност управе већ акционара.

10 Израз и концепт непријатељског преузимања датира из осамдесетих година двадесетог века од стране великих компанија у САД-у.

11 У питању су превентивне мере одбране које управа примењује пре непријатељског преузимања, којима се циљно друштво чини мање атрактивним. У пракси се често комбинује примена *poison pill* и управних одбора који парцијално обнављају своје чланство (енг. *staggered boards*).

12 Таквим управним одборима се продужава време у коме ће преузимаоц остварити пуну контролу над управним одбором након окончања поступка преузимања.

13 Понуде за преузимање у два круга одликује одређивање веће цене за акције циљног друштва које се стичу у првом кругу, у односу на цену акција стечених у другом кругу. Такве су понуде за преузимање у САД-у начелно забрањене, али ако то није прописано законом акционарска друштва могу их одредити у својим статутима.

да постану мета напада, познат као отровна пилула (Allen & Swartz, 1983).¹⁴ То је данас општеприхваћен термин за ову врсту планова.

Отровне пилуле сматрају се најмоћнијим одбрамбеним средством које стоји на располагању циљном друштву. Оне не представљају само једну одбрамбену меру, већ низ различитих механизма са сличним правним последицама (Радовић, 2008: 258). Реч је о хартијама од вредности емитованим од стране потенцијалног циљног друштва како би у очима непријатељског понудиоца имале мању вредност. На тај начин обезвређују се акције циљног друштва, како би преузималац остварио губитке приликом улагања. Из тог разлога преузимаоци воде рачуна да не пробију прагове при стицању удела у основном капиталу циљног друштва који доводе до активирања отровне пилуле. Због свог убојитог дејства и уочљиве ефикасности отровна пилула је најприменљивија мера одбране у САД-у.¹⁵ Ниједан понудилац не може успешно да спроведе поступак преузимања до краја услед постојања отровне пилуле, јер су у случају њеног активирања резултирајући трошкови за преузимаоца сувише високи (Kahan & Rock, 2002: 875; Loewenstein, 1994: 783). Ова значајна трансформација на тржишту корпоративне контроле, настала увођењем отровних пилула као ефикасне одбрамбене тактике, као и противпреузиматељских закона од стране држава чланица, потпомогнутих условима на финансијском тржишту штетних по непријатељска стицања контроле, довела је до завршетка ратова око преузимања и победе управе (Grundfest, 1993: 858). Усвајањем ове дефанзивне мере, управа циљног друштва добија на времену да предузме и друге одбрамбене мере, али и за проналажење конкурентске понуде,¹⁶ односно аукцијску продају циљног друштва.

Бројни модалитети отровних пилула са различитим дејством и ефикасношћу учинили су ову дефанзивну меру неприкосновеном. Она није резултат законодавне активности, већ ју је изнедрила пракса осамдесетих година двадесетог века. Отровне пилуле се примењују у два основна облика: *flip-over* и *flip-in*.¹⁷

14 Назив отровна пилула (енг. *poison pill*) настао је сасвим случајно, без икакве везе са његовом креацијом. Назив је добио од стране инвестиционог банкара, који је на питање новинара *Wall Street Journal*-а, како звати план усвојен од стране *Lenox, Inc.* 1983. године у борби против непријатељских преузимања, стихијски одговорио: „отровна пилула“.

15 Број привредних друштава у САД-у који је усвојио ову меру рапидно је растао од 1994. године до данас. Данас, преко 2.300 компанија имају отровне пилуле. Због начина на који делује и њене ефикасности ова мера назива се другачије и одбијање ајкула (енг. *shark repellants*).

16 Проналажење конкурентске понуде или белог витеза (енг. *white knight*) представља меру одбране управе циљног друштва, којом оно покушава да пронађе лице које би упутило конкурентску јавну понуду за преузимање. Спада у категорију накнадних мера, обзиром да се предузима тек након најаве или упућивања јавне понуде за преузимање од стране лица које управа не подржава. Сама чињеница да управа подржава алтернативног понудиоца представља огромну, готово недостижну предност у односу на конкурента. О успешности предузимања ове мере говоре и бројни случајеви из судске праксе (пр. *Revlon, Gucci* и др.)

17 Називају се пилулама друге и треће генерације. За разлику од оних прве генерације, карактеристика *flip-over* и *flip-in* отровних пилула је да немају негативно дејство на циљно друштво.

Flip-over планом се постојећим акционарима емитују варанти (права) за куповину акција понудиоца (преузимаоца) по цени повољнијој од тржишне када наступе догађаји који активирају пилулу. То може бити куповина 20% акција од стране појединца, партнерства или корпорације, односно директна понуда за 30% или више укупних акција циљне компаније (Gaughan, 2002: 315). На тај начин, акционари циљног друштва стичу диспропорционални удео у основном капиталу преузимаоца, а преузималац опет трпи губитке. Издавање вараната за куповину акција преузимаоца представља одбрамбену меру, само уколико преузималац има намеру да након стицања значајног капитал учешћа спроведе статусну промену, купи имовину циљног друштва или принудно откупи акције мањинских акционара (Радовић, 2008: 271). Испоставило се да учинковитост *flip-over* отровних пилула долази до изражаја само уколико понудилац откупи 100% права циљне компаније. Иако су до тада сматрани ефикасним одбрамбеним средством, њихов пад је уследио након успешног преузимања акционарског друштва *Crown Zellerbach* од стране финансијера *Ser James-a Goldsmith-a* (Shub, 1991: 1010).¹⁸

Уочивши поменуте недостатке *flip-over* отровних пилула, учињен је накнадни покушај да се овој одбрамбеној мери додају нове карактеристике. Тако су створене отровне пилуле треће генерације *flip-in*, које су до данас остале најделотворнија и најчешће коришћена врста пилула која садржи опозиву одлуку о условном издавању вараната за куповину акција циљног друштва. У овом случају акционари друштва које је циљ понуде стичу право да, у тренутку када понудилац достигне одређену границу учешћа у капиталу друштва (по правилу 15-20%), купе одобрене али још увек неемитоване акције друштва по повољној цени, уз искључење права понудиоца да стекне овакве акције. *Flip-in* права имала су за циљ да изврше деконцентрацију власништва у циљној компанији, без обзира да ли је понудилац успео да интегрише циљну компанију у своју. Усмерене су углавном на нападаче који теже да куповином освоје контролу над циљном компанијом, чак и у случају када нису откупили већински удео који би значао контролу. Основна разлика је у томе да се пилулама треће генерације постојећим акционарима издају варанти, који дају право на куповину акција циљног друштва, чиме се отежава стицање контроле над циљним друштвом од стране непожељног преузимаоца. Самим тим, непријатељско преузимање друштва, коришћењем ове отровне пилуле постаје неисплативо. Овом мером се превасходно утиче на разводњавање учешћа, а тиме и смањење утицаја понудиоца у друштву, уз истовремени покушај да се

18 У случају *Crown Zellerbach v. James Goldsmith* отровна пилула се састојала од издавања вараната постојећим акционарима, којим су они стекли право да под условима, повољнијим од тржишних, купе акције преузимаоца, у случају спајања или принудног откупа акција мањинских акционара. Варанти су били неопозиви у наредних 10 година. Неопозивост отровне пилуле се у овом случају показала као њен главни недостатак. Најпознатији случај везан за отровне пилуле друге генерације је *Moran v. Household International*. У овом случају комплексност плана изазвала је несигурност код потенцијалних преузимаоца.

понудилац принуди да преговара са управом како би се у међувремену прикупиле конкурентске понуде.¹⁹ У новије време говори се о четвртој генерацији отровних пилула, као комбинацији већ поменутих *flip-over* и *flip-in* планова уз модификацију њихове опозивости.

Поред предочених погодности, ову генерацију пилула прати контроверза о наводној дискриминацији између постојећих и будућих чланова управе, као и негативни ефекат на гласачка права акционара (Lese, 1996: 2175). Циљ њиховог настанка везивао се за спречавање преузимања контроле гласања од стране спољне компаније. У случају да спољна компанија прибави већи део акција циљног друштва, власници приоритетних акција постају и носиоци супеграсачких права.²⁰ Отровне пилуле примењују се тако што се носиоцима обичних акција расподељује дивиденда од једног права за сваки удео у акцијама у њиховом власништву. Носиоцима права је омогућено да купују један удео у року који најчешће износи десет година. Емисија акција уређена је актима компаније. Управа циљног друштва, стога, не мора тражити одобрење од акционара за измену статута компаније приликом емитовања акције у циљу покривања права. Упућивање захтева акционарима на одобрење могао би да значи исто што и референдум о примени саме отровне пилуле (Fleischer & Sussman, 2000: 553).

Као једна од варијанти отровне пилуле помиње се и план куповине акција везан за провизију, који је први пут реализован 1984. године (Gaughan, 2002: 321). Његовом применом акционари остварују право на дивиденду што им омогућава да ово право, заједно са акцијама за готовину или приоритетним хартијама од вредности, замене са посебном ценом и уз провизију коју одређује одбор директора емитера. Ова права бивају реализована након што стицалац прибави главне акције циљне компаније по вишој цени и уз одговарајући проценат. Укупна цена којој је додата и провизија, виша је од тржишне, па се планом утврђује минимална цена за преузимање. Циљ планова куповине акција везаних за провизију је да ограничи ефикасност дупло везаних понуда.

У литератури, као и у пракси многих земаља у новије време, среће се још једна врста пилула тзв. „пилула из сенке“ (енг. *shadow pill*). Понудилац не мора увек

19 Од опција које стоје на располагању циљном друштву против непријатељског преузимаоца, поред већ поменутог белог витеза (енг. *white knight*), је и тзв. бели пратилац (енг. *white squire*), метафорички назван *тројански коњ*. Она подразумева позивање треће пријатељске компаније да преузме стратешки удео. Бели пратилац преузимањем стиче већински удео, али није заинтересован за преузимање контроле која остаје у рукама менаџера таргета. Ипак, ни предузимање ове одбрамбене тактике не представља потпуну заштиту циљне компаније, обзиром да бели пратилац може продати своје акције. Како би се то избегло, управни одбор циљног друштва може да захтева да се закључи споразум (енг. *standstill agreement*) којим ће се ограничити могућност прихватања или давања понуде за акције компаније.

20 Она подразумевају да компанија изда дивиденду на приоритетне акције. Иначе, ова мера је мање коришћена имајући у виду чињеницу да је њена законитост успешно оспоравана на суду.

знати за постојање отровне пилуле. На бази свог искуства он може закључити да ли компанија поседује или не отровну пилулу и шта значи њено усвајање. При томе, у тренутку упућивања понуде циљно друштво не мора имати отровну пилулу, обзиром да је може и накнадно усвојити. Наизглед нелогична идеја, да су последице усвајања и неусвајања отровне пилуле идентичне, постала је предмет бројних расправа.²¹ Код развијених компанија отровна пилула се може усвојити у једном дану, тако да циљна друштва неће допустити преузимање из разлога што до неког момента нису имала ову меру одбране (Coates, 2000: 315-339).

4. Сврха и допуштеност отровних пилула

На основу свега претходно реченог у вези отровних пилула, уочава се да оне не доводе до смањења вредности акција циљног друштва, што га и даље чини атрактивним за потенцијално преузимање. Напротив, усвајањем отровних пилула долази до повећања вредности акција циљних друштава која су се определила за њихову примену.²² Оно што је можда од пресудне важности је да је дошло до промене у схватању циља отровних пилула. Према ранијем тумачењу, сврха примене ове мере одбране огледала се у омогућавању несмењивости постојеће управе. Томе у прилог ишла је и чињеница да је ову меру могао усвојити управни одбор циљног друштва без посебне сагласности акционара, као што управни одбор може накнадно и изменити права из *poison pills*. Посматрано из другог угла, ближег савременом схватању, отровне пилуле представљају дивиденду која се исплаћује акционарима, при чему управни одбор има искључиво овлашћење за доношење одлуке о њеној исплати. Стога, свако друштво има тзв. скривену пилулу (енг. *shadow pill*) коју може активирати сваки пут када је то потребно (Јурић, Зубовић, 2009: 302). О допуштености примене отровне пилуле и поступању управе циљног друштва коначну одлуку доноси суд.²³

Поред огромне распрострањености, отровне пилуле прати и несвакидашња контрадикторност. Они који се противе њеној примени, као аргумент истичу

21 Творац појма „пилула из сенке“ је професор John Coates. Основни допринос саме идеје је да усвајање отровне пилуле од стране одређеног привредног друштва, пре јавне понуде за преузимање, има мали ефекат на одлуку потенцијалног преузимаоца да учини понуду, због могућности његовог каснијег усвајања.

22 Истраживање која је спровео J.P. Morgan показало је да су од 1997. године она трговачка друштва која су применила ову меру одбране просечно остварила 4% већу вредност својих акција при преузимању, у односу на она друштва која то нису учинила. Ову меру је успешно применио и Yahoo у циљу одбране од непријатељског преузимања.

23 Ову изузетно успешну меру одбране од преузимања у САД-у, немогуће је применити у Великој Британији и већем броју европских држава, из ког разлога се и не појављује у пракси преузимања у тим земљама.

да пилула омогућава управи циљног друштва да користи непромерено висок степен контроле над судбином друштва, при чему долази до дискриминације акционара. Тиме се нарушава начело равноправности акционара, на коме почива право акционарских друштава.²⁴ Према постојећој европској регулативи, дискриминушићи ефекат отровних пилула карактерише се као незаконит (Радовић, 2008: 297). На тренд опадања броја отровних пилула неспорно утиче и нова компонента у пословном окружењу која намеће члановима управе обавезу доброг корпоративног управљања, што је у супротности са потребом очувања сопствених позиција. Такође, у последњих неколико деценија присутан је феномен концентрације власништва на тржишту акција. Примат преузимају институционални инвеститори, међу којима се издвајају јавни и приватни пензијски фондови, осигуравајућа друштва и инвестициони фондови (Matheson, 1999: 734).²⁵ Већина предлога акционара за измену или опозив отровних пилула иницирана је од стране институционалних инвеститора. Без обзира на бројна оспоравања њихове допуштености, контроверзна аура која прати отровне пилуле није зауставила њихов развој. Напротив, као ниједна друга дефанзивна мера, проузроковала је огроман број парница и изазвала бројне дискусије о оправданости и граници њене примене.

5. Уместо закључка

Усвајање дефанзивних мера, као одговор на покушаје непријатељског преузимања, осим бројних полемика, условило је и општу конфузију законодавне регулативе ове изузетно важне и динамичне области. Готово да нема дела ове материје у вези са којим су заузета униформна становишта или је истоветно поступано у пракси. Поступање држава приликом усвајања неких од мера одбране прилично је опозитно и креће се од њиховог начелог подстицања, до ограничавања, па и потпуне забране истих. Такав је случај са отровним пилулама, мером одбране која због своје неприкосновености и ефикасности носи епитет „свети грал“. Реч је о истовремено најоспораванијој, али и најраспрострањенијој дефанзивној мери, која и данас изазива бројне контроверзе. Стимулисање ове мере је условљено ставом државе према тржишту корпоративне контроле. Рестриктивне мере иду у прилог развоју овог тржишта, док га либералне дестимулишу. Усвајање рестриктивних мера одбране од преузимања везује се за ограничавање слободе акционарског друштва да усваја отровне пилуле, а уколико су оне већ усвојене настоји се да се исте укину или да им се дејство ограничи. Заговорници тезе о забрани ове мере одбране позивају се на урушавање акционарске демократије, обзиром

24 Мада је равноправност акционара била неизоставни део и нашег законодавства, ЗПД не садржи начелну одредбу о равноправности акционара, тако да овај аргумент више не стоји.

25 Сматра се да у овом тренутку институционални инвеститори држе скоро половину укупног тржишта акција, док је у односу на 1000 највећих компанија тај проценат 69%.

да је усвајање отровне пилуле једнострана одлука управе циљног друштва за коју није неопходна сагласност скупштине акционара. Није случајност да они потичу из реда институционалних инвеститора, чији је циљ концентрација власништва на тржишту акција. Између та два пола треба пронаћи праву меру. Дакле, контролисана употреба отровних пилула са опцијом опозива. Све друго задире у домен субјективног тумачења интересно супротстављених страна – преузимаоца

и циљног друштва. Ово се односи и на сагледавање одбрамбене могућности акционарских друштава у Србији, где су отровне пилуле, као и готово све накнадне мере одбране недопуштене.²⁶ Тиме се Србија сврстала међу државе које су погодне мете за непријатељско преузимање.

Литература

Allen, F. & Swartz, S. (1983), *Lenox Rebuffs Brown Forman Adopts Defence*, Wall Street Journal

Барбић, Ј. (2000), *Право друштава, Књига друга: Друштва капитала*, Информатор, Загреб

Becht, M., Bolton, P., Roell, A. (2002), *Corporate Governance and Control*, ECGI Working Paper Series in Finance

Coates, J. (2000), *Takeover Defences in the Shadow of the Pill: a Critique of the Scientific Evidence*, Texas Law Review

Gaughan, P. (2002), *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings*, New York, John Wiley

Grundfest, J. (1993), *Just Vote No: A Minimalist Strategy for Dealing with Barbarians Inside the Gates*, Stanford Law Review

Ferrarini, G. (2003), *Shareholder Value and the Modernization of European Corporate Law*, у: Hopt, K., Wymeersch, E., *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press

Fleischer, A. & Sussman, R. (2000), *Takeover Defence*, Aspen Law & Business

Hopt, K. *Common Principles of Corporate Governance in Europe? – Some Thoughts on the Impact of the Securities Markets on Companies and Their Regulation*, Conference of Company Law and Capital Market, Siena, 2000, http://www.econ-pol.unisi.it/scdbank/CONFERENZA/file_PDF/4a-Hopt.pdf.

Hopt, K. (2002), *The duties of directors of the target company in hostile takeovers – German and European perspectives*, у књизи G. Ferrarini, K. Hops, E. Wymeersch

²⁶ Поред поменутих отровних пилула и накнадних одбрамбених мера управе циљног друштва, у забрањене мере спада и принудна куповина сопствених акција, док је значајан број мера условљен.

(ed.), *Capital Markets in the Age of the Euro – Cross –Border Transactionas, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, Den Haag, London, New York

Jensen, M. & Ruback, R. (1983), *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, Journal of Financial Economics

Јовановић, Н. (2006), *Преузимање акционарских друштава у „Акционарска друштва, берзе и акције АБА“* (Специјалистичке студије), Правни факултет Универзитета у Београду

Јурић, Д., Зубовић, А. (2009), *Протупреузиматељске мјере и положај управе циљног друштва у поступку преузимања дионичког друштва*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци

Kahan, M. & Rock, E. (2002), *How I Learned to Stop Worrying and Love the Pill: Adaptive Responses to Takeover Law*, University of Chicago Law Review

Lese, S. (1996), *Preventing Control from the Grave: A Proposal for Judicial Treatment of Dead Hand Provision in Poison Pills*, Columbia Law Review

Loewenstein, M. (1994), *The SEC and the Future of Corporate Governance*, Alabama Law Review

Marshall, S. (2004), *Corporate Control Transaction*, Corporate Governance Institute, America Law Institute

Matheson, J. (1999), *Corporate Governance at the Millennium: The Decline of the Poison Pill Antitakeover Defence*, Hamline Law Review

Monks, R., Minnow, G., Nell, A. (2001), *Corporate Governance*, 2nd ed., Blackwell Publishers

Петрикић, Р. (2000), *Правни режим преузимања друштава у Европи*, Право и привреда

Радовић, В. (2008), *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Београд

Shleifer, A., Vishny R. (1977), *A Survey of Corporate Governance*, The Journal of Finance

Shub, J. (1991), *Comment - Shareholder Rights Plans – Do They Render Shareholders Defenseless Against Their Own Management?*, Delaware Journal of Corporate Law

Velasco J. (2003), *Just Do It: An Antidote to the Poison Pill*, Emory Law Journal

Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Poison Pills: A Defensive Measure against a Hostile Takeover or a Demonstration of Power of the Target Company

Summary

The balance of power is particularly at stake in hostile takeovers, which makes the issue of establishing the balance of power one of the most controversial issues in the contemporary company law. In the circumstances of direct market competition and the need to have a dominant market position, companies are necessarily forced to constantly upgrade and advance their offensive and defensive methods, techniques and strategies. In order to prevent a hostile takeover, the target company may resort to an array of defence mechanisms, the most prominent of which are “poison pills”. In spite of being perceived as the most powerful tool for obstructing hostile takeovers (and commonly designated as the “Holy Grail” among the defensive mechanisms), there are many pros and cons underlying their application.

One of the positive effects of using the poison pills is that the fear of takeovers makes the target company management more disciplined and efficient in business operations. The negative consequences are reflected in the relationship between the company board of directors and the shareholders. The target company management makes a unilateral decision on using a poison pill and this decision does not have to be approved by the shareholders in the General Meeting; however, this is highly inconsistent with the basic principles of corporate governance. The asymmetry of information, where the management (an agent) has disproportionately more relevant information at its disposal than the shareholders (principals), generates a conflict between the management and the shareholders. In company law, this agency problem is generally known as the principal-agent problem, which is most prominent in a takeover. Poison pills are often associated with the discrimination of the target company shareholders, but not necessarily. The controversial nature of this defensive measure which can be applied by the target company has given rise to numerous debates on the need to control the use of poison pills and their impact on shareholder democracy.

Key words: poison pills, hostile takeover, target company, defensive measures, shareholders.

Др Драган Вујисић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

Борко Михајловић,*
асистент Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 366:[347.42: 338.48

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

УГОВОР О ТУРИСТИЧКОМ ПУТОВАЊУ ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА

Апстракт: Посебним одредбама Закона о заштити потрошача Републике Србије из 2010. године, по узору на Директиву ЕУ о путним аранжманима, регулисан је уговор о туристичком путовању. Тим одредбама извршене су значајне промене у правном регулисању организованог туристичког путовања, у односу на одредбе Закона о облигационим односима, којима је овај уговор, такође, регулисан. Предмет овог рада су управо одредбе ЗЗП о уговору о туристичком путовању, и то: појам и карактеристике овог уговора, права и обавезе уговорних страна, посебна права уговорних страна и одговорност трговца. Аутори су у раду посебан акценат ставили на разлике између одредаба ЗЗП о уговору о туристичком путовању у односу на ЗОУ и поменути директиву.

Кључне речи: трговац, потрошач, туристичко путовање, обавезе, одговорност.

* dvujisic@jura.kg.ac.rs

* bmihajlovic@jura.kg.ac.rs

1. Увод

Уговор о туристичком путовању је творевина пословне праксе. Као такав, овај уговор дуго није био законски регулисан, већ је аутономним правилима, пре свега, општим и посебним условима пословања туристичких агенција, било препуштено да регулишу сложене правне односе који се везују за овај уговор.

Еволуцијом делатности туристичких агенција и развојем туризма настала је, у другој половини 20. века, потреба да се правно регулише уговор о туристичком путовању. Радило се о новом *правном феномену* који није могао да се подведе под неки од постојећих именованих уговора, иако је било и таквих покушаја, пре свега, у судској пракси. Поред тога, и бројни други фактори утицали су на законодавце широм света да већу пажњу посвете овом уговору. Све распрострањенија пословна пракса, неуједначена судска пракса, неуједначени општи услови путовања туристичких агенција, потреба заштите интереса туриста кроз јасно дефинисање обавеза и права уговорних страна и, нарочито, одговорности организатора путовања довели су до појаве законског регулисања уговора о туристичком путовања, и то најпре у Шпанији, Аргентини, Мексику, Француској итд. Велики допринос законском регулисању овог уговора дала је и Међународна конвенција о уговору о путовању из 1970. године, чијим решењима је добрим делом био инспирисан и наш тадашњи законодавац. Код нас је овај уговор први пут регулисан Законом о облигационим односима из 1978. године (у даљем тексту: ЗОО), под називом уговор о организовању путовања. Закон о облигационим односима.

И на нивоу ЕУ, тада ЕЕЗ, 80-их година прошлог века јавила се потреба за јединственијим уређењем уговора о туристичком путовању. Процеси уједначавања и хармонизације прописа и праксе у туризму земаља ЕЗ, посебно у области организованог туристичког путовања, одражавали су разлике, уз опште схватање да би постојање унификованих правила која би обухватала дефиницију организованог туристичког путовања, садржину, обавезе и одговорност према путнику (потрошачу) допринела отклањању евидентне правне несигурности на тржишту туристичких услуга. Савет ЕЗ донео је 13. јуна 1990. године Директиву о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања (у даљем тексту: Директива). Национални закони држава чланица, према преамбули Директиве, показују бројне различитости са прилично неуједначеном праксом, што доводи до стварања препрека слободи пружања услуга и нарушавању конкуренције међу туристичким операторима различитих земаља. Циљ Директиве је, пре свега, да спречи

нефер конкуренцију, повећа заштиту потрошача и доведе је на исти ниво на територији ЕУ хармонизацијом законодавстава појединих држава чланица. Као последица закљученог Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године и одатле проистекле обавезе усклађивања нашег законодавства са правним тековинама Заједнице, 2010. године донет је нови Закон о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП). ЗЗП је регулисао уговор о туристичком путовању имплементирајући Директиву.

2. Појам и карактеристике

2.1. Појам

Предмет уговора о туристичком путовању јесте, по правилу, скуп услуга, који обухвата превоз, боравак и друге услуге које су са њима везане, као што су исхрана, излети и сл. Све те услуге су међусобно повезане у једну заокружену целину, која чини тзв. пакет услуга.

ЗЗП не дефинише уговор о туристичком путовању, већ даје дефиницију његовог предмета. Према ЗЗП, туристичко путовање (пакет аранжман), који *по правилу* укључује превоз, смештај и друге туристичке услуге, јесте припремљена комбинација две или више туристичких услуга коју је утврдио трговац самостално или по захтеву потрошача, у трајању дужем од 24 часа или у краћем трајању које укључује једно ноћење, као и вишедневни боравак који укључује само услугу смештаја у одређеним терминима или одређеном трајању без обзира на издвојени обрачун или наплату појединачних услуга (чл. 5. тач. 29. ЗЗП). Оваква дефиниција се разликује у односу на дефиницију уговора о организовању путовања из 300.

300 (чл. 859) дефинише уговор о организовању путовања као уговор којим се обавезује организатор путовања (туристичка, односно путничка агенција) да прибави путнику скуп услуга које се састоје од превоза, боравка и других услуга које су са њима везане, а путник се обавезује да организатору плати једну укупну (паушалну) цену. Из овакве законске дефиниције произилази да скуп услуга чине најмање две услуге. Међутим, у погледу врсте услуга које чине скуп услуга, у правној литератури постоји дилема, пре свега, по питању да ли су превоз и боравак обавезни елементи скупа услуга (Драгашевић, 1990: 99). ЗЗП отклања ову дилему, пошто дефиниција туристичког путовања упућује на то да су превоз и смештај наведени само примера ради (Вујисић, 2011: 65). Специфичност дефиниције туристичког путовања у односу на 300 састоји се и у проширењу појма

туристичког путовања и на вишедневни боравак који укључује само услугу смештаја. У складу са праксом Европског суда правде, ЗЗП у појам туристичког путовања укључује не само путовање по систему унапред утврђеног путовања од стране организатора путовања, него и путовање које организује нека туристичка агенција на захтев и са детаљима које прецизира корисник путовања (Вујисић, 2012: 304).

2.2. Уговорне стране

Према ЗЗП, уговорне стране код уговора о туристичком путовању су трговац и потрошач. Трговац је одређен као правно или физичко лице које наступа на тржишту у склопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе (чл. 5. т. 2. ЗЗП). У улози трговца, по правилу, јавља се туристичка, односно путничка агенција. Према Закону о туризму, синдикалне организације, удружења пензионера, феријалне, студентске, извиђачке и планинарске организације и установе социјалне и дечје заштите, као и друга удружења и организације, могу само за своје чланове, односно кориснике, у складу са својим статутом, организовати туристичко путовање или излет, без сврхе стицања добити (чл. 46. ст. 1. Закона о туризму). У ЗОУ се користи термин „организатор путовања“, а у Директиви се користе термини „организатор“ и „продавац“. Организатор је лице које, не само понекад, организује аранжмане, продаје их или их нуди на продају, непосредно или преко продавца (Директива, чл. 2. ст. 2). Појам „организатора“ не подударе се са уобичајеном дефиницијом из тзв. уговорних потрошачких директива ЕУ да „делује у оквиру своје професионалне или привредне делатности“. Нејасно је и значење појма „не само понекад“, па нека законодавства (Енглеска, Шведска) проширују појам организатора и на лица која организују путовања повремено (Schulte-Nölke, Twigg-Flesner, Ebers, 2008: 211). Али, и од њих се захтева да организују делатност и подвргну се режиму из Директиве (Директива, чл. 2.3). Продавац (дистрибутер) је лице које продаје или нуди на продају аранжмане које је осмислио организатор (Директива, чл. 2.3).

Појам трговца који се користи у ЗЗП не одговара дефиницији организатора који користи Директива, као ни дефиницији продавца. Коришћењем термина трговац, на пример, ЗЗП не дефинише јасно да ли организатор туристичког путовања, продавац или обоје сносе одговорност у односу на потрошача. Стога би термин „трговац“ који се користи у свим члановима поглавља X ЗЗП требало у првој измени и допуни овог закона заменити терминима „организатор“ и „продавац“ (Вујисић, 2013: 423).

У смислу тзв. потрошачких директива ЕУ, пресуда Европског суда правде, као и ЗЗП, о потрошачу се говори ако су кумулативно испуњени следећи услови: да је реч о физичком лицу и да то лице закључује правни посао или делује на тржишту у сврхе које нису намењене његовој пословној или професионалној делатности. Изузетак од овако рестриктивног појма потрошача односи се управо на уговор о туристичком путовању, па се тако правила потрошачког права примењују и на физичко лице које користи туристичко путовање у оквиру своје пословне делатности, професије или заната, односно на основу уговора између трговца и трећег лица, који је закључио тај уговор у његову корист или је на њега пренео уговорену услугу (чл. 110. ЗЗП). Тако, појам потрошача обухвата и лица која закључују уговоре у пословне и професионалне сврхе, а оваквом дефиницијом су покривене и ситуације у којима се као друга уговорна страна јавља неко правно лице (студентске организације, удружења пензионера итд.) које уговор о туристичком путовању закључује у корист својих чланова – физичких лица. За разлику од ЗЗП, у ЗОО се не користи термин „потрошач“, већ се друга уговорна страна код уговора о организовању путовања означава термином „путник“. Имајући у виду да су путници увек физичка лица, ЗЗП има шири домен примене у односу на ЗОО (Радовић, 2013: 137).

2.3. Форма

Према ЗЗП (чл. 96), за разлику од ЗОО, у коме је уговор о организовању путовања одређен као неформалан, уговор о туристичком путовању закључује се у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму). Трговац је дужан да после потписивања уговора о туристичком путовању преда потрошачу најмање један примерак потписаног уговора (чл. 96. ст. 2. ЗЗП). И Директивом (чл. 4.2. а-с) предвиђено је да сви елементи, односно услови уговора морају бити сачињени у писаној форми или у неком другом потрошачу разумљивом и доступном облику и морају му бити саопштени пре закључења уговора, уколико се не ради о *last minute* резервацији, односно уговору (у Аустрији и Немачкој услови уговора морају бити предати путнику приликом или непосредно по закључењу уговора). Поред обавезне писмене форме уговора, ЗЗП је предвиђена и обавезна садржина уговора о туристичком путовању. Обавезна садржина уговора доведена је у везу са обавезом трговца о предуговорном обавештавању потрошача, тако што је предвиђено да сви подаци о којима је трговац дужан да обавести потрошача у примереном року пре закључења уговора у случају закључења уговора о туристичком путовању постају његов саставни део, обавезују трговца и не могу се мењати, осим ако уговорне стране изричито уговоре другачије или ако промене настану услед више силе (чл. 96. ст. 3. ЗЗП).

3. Обавезе уговорних страна

3.1. Обавезе трговца

1.33П предвиђено је да је трговац дужан да потрошачу пружи туристичко путовање на начин који је уговорен и у складу са обавештењем о подацима које је дужан да му пружи пре закључења уговора. Сматраће се да је туристичко путовање у складу са уговором ако има својства која је трговац гарантовао потрошачу или ако одговара уобичајеној или уговореној намени (чл. 102. ст. 1. и 2. 33П). То значи да је трговац обавезан да се услуге пруже тако да имају обећана својства, да превозна средства, хотелски и други смештај одговара класи и предвиђеној категорији, техничким и правним стандардима, да поједине посете не буду изостављене итд. (Драгашевић, 1990: 114). И 300 као основну обавезу организатора путовања одређује обавезу да се путнику пруже услуге које имају садржај и својства предвиђена уговором о организовању путовања, потврдом о путовању, односно програмом путовања (чл. 863. 300).

Међутим, трговац ове услуге, по правилу, не пружа лично потрошачу, односно путнику, већ њихово извршавање поверава појединим даваоцима услуга (превозници, хотелијери и др.). Зато се ова обавеза трговца, у ствари, своди на обавезу да организује путовање у складу са уговором о туристичком путовању, законом и добрим обичајима струке. У том циљу трговац закључује уговоре са даваоцима услуга (уговор о превозу, смештају, пружању услуга исхране и точења пића и др.). Поменуте уговоре трговац треба да закључи са даваоцима услуга који су солвентни, за које верује да ће услуге путнику извршити на уговорени начин, са којима је у пословним односима у дужем периоду и који пружају гаранције професионалности и моралности. То значи да је организатор путовања (трговац) дужан да *брижљиво* изабере даваоце услуга (Горенц, Шмид 1999: 102). Супротно повлачи одговорност трговца за штету коју претрпи потрошач.

2. Потрошач, по правилу, одлучује о одређеном туристичком путовању на основу информација садржаних у брошурама и рекламним материјалима које обезбеђују трговци. Потрошач има право да претпостави да су те информације тачне и правно обавезујуће и да никаквих промена неће бити, осим ако је то публикованом брошуром одређено или су промене настале касније, уз сагласност уговорних страна (Bedford 1997: 344). 300 (чл. 864) предвиђено је да је организатор путовања дужан да путнику пружи потребна обавештења о ценама и условима превоза, боравка и посебних услуга, као и обавештења која се односе на квалитет превозних средстава и смештаја, на ред вожње, везе, граничне и царинске формалности, на санитарне, монетарне и друге административне прописе.

Обавеза обавештавања представља једну од основних обавеза трговца и према ЗЗП, с тим што је у односу на ЗОО проширена и конкретизирана. ЗЗП детаљно одређује о којим подацима је трговац дужан да обавести потрошача у примереном року пре закључења уговора о туристичком путовању (чл. 93. и 94. ЗЗП). Законодавац овако чини заштиту потрошача делотворнијом низом одредаба које гарантују да путник добија све нужне информације о путовању, да постоји корелација између оног што је објављено и стварности у актуелном уговору и да ће о изменама услова путник бити обавештен унапред тако да може да одлучи шта да чини (Bedford 1997: 348). Према чл. 96. ст. 4. ЗЗП, трговац је дужан да обавести путника о свакој промени података у *примереном року* пре закључења уговора о туристичком путовању.

3. Иако то у ЗЗП није изричито предвиђено, из појединих његових одредаба, ЗОО и пословне праксе произилази обавеза трговца да се стара о правима и интересима потрошача, сагласно добрим пословним обичајима. Ова обавеза трговца постоји у току целог трајања путовања, па тако и за време боравка потрошача у местима која су уговором одређена, укључујући и све друге услуге у току путовања, боравка и повратка у место поласка (Вељковић, 2005: 789). Неке конкретне обавезе предвиђене су законима, а неке су производ пословне и судске праксе, као што су нпр. пружање лекарске помоћи у хитним случајевима, обавештавање потрошача о обичајима крајева који се обилазе, нарочито о оним местима кад је то од интереса за сигурност потрошача и др. (Горенц et al., 1999: 104).

Према ЗЗП (чл. 104. ст. 1), трговац, посредник, локални представник организатора и локална агенција на коју је трговац упутио потрошача за случај потребе пружања одређене помоћи, дужни су да без одлагања одговоре на притужбе потрошача за време трајања туристичког путовања и отклоне свако одступање од уговора на које потрошач укаже. Поред тога, када после поласка значајан део уговорених услуга није пружен или трговац схвати да неће бити у могућности да пружи значајан део предвиђених услуга, дужан је да потрошачу понуди друге одговарајуће услуге саобразне уговору које од потрошача не захтевају додатне трошкове и надокнади му разлику између понуђених и пружених услуга. Ако је немогуће да се направе такви аранжмани или их потрошач не прихвата из оправданих разлога, трговац ће обезбедити потрошачу, без додатних трошкова, адекватан превоз до места поласка, или уз сагласност потрошача, неког другог места, и обештетиће потрошача (чл. 103. ЗЗП).

4. Из ЗОО произилази обавеза трговца да чува као тајну обавештења која је сазнао у вези са потрошачем, његовим пртљагом и његовим кретањима

(чл. 865. 300). Ова обавеза, у пракси, нарочито, долази до изражаја, ако су потрошачи познате личности, које желе да остану анонимне и да се о њиховом кретању ништа не зна (Вељковић, 2005: 791). Подаци који представљају тајну могу се саопштавати трећим лицима само у законом предвиђеним случајевима: када је потрошач то дозволио и на захтев надлежног органа.

5. Повећање ризика различите природе и опасности да потрошачи буду оштећени у најширем смислу, повећао је интерес за финансијске гаранције и облике заштите, посебно за осигурање солвентности трговаца. Широки низ мера који се примењује у већини држава Европске уније прописима или саморегулативним актима професионалних асоцијација односи се, по правилу, с једне стране, на постојање гарантних фондова за случај инсолвентности или нестанка трговца и, с друге стране, осигурање од одређених ризика; ово је и услов за добијање дозвола за рад или учлањење у професионалне асоцијације (Драгашевић, 2009: 226).

Према ЗЗП (чл. 108), трговац је дужан да потрошачу пружи гаранцију којом се обавезује да ће извршити повраћај уплаћене цене и исплатити накнаду трошкова повратка потрошача у место повратка, ако услуга из уговора о туристичком путовању не буде извршена због неспособности плаћања трговца. Гаранција се пружа осигурањем неспособности плаћања трговца или банкарском гаранцијом на први позив.

3.2. Обавезе потрошача

Како ЗЗП регулише уговор о туристичком путовању са аспекта заштите потрошача, одредбама овог закона нису регулисане обавезе потрошача, као друге уговорне стране. Права и обавезе трговца и потрошача (организатора путовања и путника) у целости су регулисане у ЗОО. У циљу заштите потрошача поједине одредбе о обавезама трговца могу се пронаћи и у ЗЗП, док се на обавезе потрошача у потпуности примењују одредбе ЗОО.

Основна обавеза потрошача је да плати трговцу уговорену цену за путовање у време које је уговорено, односно уобичајено (чл. 871. 300). Потрошач плаћа паушалну цену, с обзиром на то да му трговац продаје тзв. пакет услуга, а не појединачне услуге. Цена обухвата цене свих услуга давалаца услуга (превозника, хотелијера и др.), евентуално провизије које се плаћају путничким агенцијама – посредницима, трошкове администрације и пропаганде, добит трговца (која се одређује паушално или у проценту од збира цена услуга) и др. Потрошач је дужан да на тражење трговца благовремено достави све податке потребне за организовање путовања, а посебно за прибављање превозних карата, резервација за смештај, као

и исправе потребне за прелазак преко границе (чл. 872. 300). Потрошач је дужан да он лично, његове личне исправе и његов пртљаг испуњавају услове предвиђене граничним, царинским, санитарним, монетарним и другим административним прописима (чл. 873. 300).

4. Посебна права уговорних страна

4.1. Посебна права потрошача

4.1.1. Замена потрошача другим лицем

Потрошач може одредити друго лице да уместо њега користи уговорене услуге ако то друго лице задовољава посебне захтеве предвиђене за одређено туристичко путовање. Замена потрошача може довести до различитих додатних, односно повећаних трошкова организатору путовања, као што су трошкови кореспонденције, прибављања докумената, итд. Трговац има право да захтева накнаду искључиво трошкова који настану заменом. Потрошач јамчи трговцу за додатне трошкове који настану заменом; исто и у погледу цене путовања, ако није уопште или у потпуности плаћена (чл. 97. ст. 4. ЗЗП).

Директивом је предвиђено да су преносилац аранжмана и његов корисник солидарно и појединачно одговорни организатору путовања или дистрибутеру (продавцу) за обавезу плаћања остатка путовања, као и за све додатне трошкове проузроковане заменом. Директива, чл. 4. ст. 3. Према 300, путник је дужан да накнади организатору путовања трошкове проузроковане заменом (чл. 875. 300).

Потрошач може да се користи институтом замене другим лицем под условом да у примереном року од дана отпочињања туристичког путовања о замени обавести трговца (чл. 97. ст. 3. ЗЗП).

Директивом је (чл. 4. ст. 3) предвиђено да је преносилац аранжмана дужан да о замени благовремено обавести организатора путовања или дистрибутера. Из одредбе чл. 97. ЗЗП произилази да потрошач може да буде замењен другим лицем пре отпочињања туристичког путовања. Међутим, ово право потрошачу би требало дати и након почетка путовања, односно и у току путовања (ово нарочито, када се ради о путовањима у дужем периоду, као што су нпр. вишенедељна, па и вишемесечна крстарења и сл.).

4.1.2. Право потрошача да одустане од уговора

Путник има право да одустане од уговора о туристичком путовању, потпуно или делимично, без обзира на разлоге одустанка. Ово право

потрошача је приближно на исти начин регулисано ЗЗП, као и 300. Ипак, једна битна разлика постоји. ЗЗП говори о праву потрошача да пре отпочињања туристичког путовања одустане од уговора (чл. 99. ст. 1), док према 300 путник може у сваком тренутку одустати од уговора; дакле, и након почетка путовања (чл. 877. ст. 1. и 5). Међутим, то што потрошач има право да одустане од уговора о туристичком путовању не значи да он због тога неће сносити никакве штетне последице. Последице одустанка потрошача зависе од тога да ли је одустанак благовремен или неблаговремен, да ли је оправдан или неоправдан, али и од тога да ли је услед одустанка потрошача од уговора трговац претрпео штету.

Ако потрошач пре отпочињања туристичког путовања одустане од уговора у примереном року (300 говори о разумном рок) који се одређује с обзиром на врсту туристичког путовања, трговац има право само на накнаду административних трошкова (благовремени одустанак). То је, по правилу, рок у коме и трговац може да одустане од уговора које је закључио са даваоцима услуга у циљу реализације туристичког путовања. ЗЗП је прецизирано да административни трошкови не могу бити већи од 5% вредности туристичког путовања (чл. 99. ст. 2. ЗЗП).

Другачија правна ситуација постоји ако је потрошач неблаговремено одустао од уговора. У том случају, трговац може од потрошача захтевати накнаду у одређеном проценту уговорене цене који се утврђује сразмерно времену преосталом до почетка путовања и који мора бити економски оправдан. Што је време преостало до почетка путовања краће, проценат цене који је потрошач дужан да плати је већи.

Потрошач може одустати од уговора услед околности које није могао избећи или отклонити и које би да су постојале у тренутку закључења уговора представљале оправдан разлог да не закључи уговор (тзв. оправдани одустанак). У случају оваквог, оправданог, одустанка потрошача, трговац има право искључиво на накнаду административних трошкова (ЗЗП, чл. 99. ст. 4; према 300, учињених трошкова, чл. 877. ст. 4). Терет доказивања оправданих разлога је на потрошачу. Трговац има право само на накнаду административних трошкова и у случају да је потрошач одустао од уговора, али је обезбедио одговарајућу замену или је замену нашао сам трговац. У свим другим случајевима одустанка од уговора након почетка путовања (тзв. неоправдани одустанак), трговац има право на пуни износ уговорене цене путовања (ако потрошач одустане од уговора о туристичком путовању у току путовања, услед разлога који се не могу сматрати вишом силом) (чл. 877. ст. 5. 300).

4.2. Посебна права трговца

4.2.1. Право трговца да одустане од уговора

Право на одустанак од уговора о туристичком путовању дато је и трговцу (организатору путовања).

Прво, трговац (организатору путовања) може одустати од уговора, потпуно или делимично, без обавезе на накнаду штете, ако пре или за време извршења уговора наступе изванредне околности које се нису могле предвидети, ни избећи или отклонити, а које би, да су постојале у време закључења уговора, представљале оправдан разлог за трговца да уговор не закључи (чл. 878. ст. 1. 300). Такве изванредне, непредвидиве околности постојале би, на пример, ако би избио рат, унутрашњи немири, штрајкови, епидемије, елементарне непогоде, у случају закасниелих обавештења давалаца услуга да нису у стању да испуне уговор (нпр. изгорео хотел), затварања граница, итд. Да би био ослобођен обавезе на накнаду штете потрошачу, трговац мора да докаже постојање ових околности, али и да би те околности представљале оправдан разлог за њега да не закључи уговор, да су постојале у тренутку закључења уговора. Трговац може одустати од уговора из оправданих разлога како пре почетка путовања, односно извршења уговора, тако и за време трајања путовања. У случају одустанка пре почетка путовања, трговац мора у целини вратити оно што је примио од потрошача (чл. 878. ст. 3. 300). У случају пак одустанка за време трајања путовања, односно извршења уговора, трговац има право на правичну накнаду за остварене уговорене услуге, али је дужан да предузме све нужне мере за заштиту интереса потрошача (чл. 878. ст. 4. 300).

Друга ситуација у којој трговац може да одустане (раскине) од уговора о туристичком путовању, без обавезе на накнаду штете, јесте кад се минималан број путника, предвиђен у потврди о путовању, није сакупио, под условом да о тој околности потрошач буде обавештен у примереном року који не може бити краћи од пет дана пре дана кад је путовање требало да отпочне (чл. 878. ст. 2. 300; чл. 100. ст. 2. 33П). И у овој ситуацији трговац је дужан да у целини врати оно што је примио од потрошача.

Трећа ситуација у којој трговац може да раскине уговор о туристичком путовању, без обавезе на накнаду штете потрошачу, јесте ситуација у којој је трговац раскинуо уговор због разлога који је на страни потрошача.

4.2.2. Повећање уговорне цене

300 (чл. 876) даје право организатору путовања да под одређеним условима може захтевати повећање уговорене цене путовања. Организатор

путовања може захтевати повећање уговорене цене путовања само ако је после закључења уговора о организовању путовања дошло до промена у курсу размене валуте или до промене у тарифама превозника, које утичу на цену путовања. Уочљиво је да промене у ценама других услуга (нпр. повећање цене смештаја, исхране итд.), према 300, не дају право организатору путовања да захтева повећање уговорене цене. Директивом је омогућено организатору путовања да захтева повећање цене и ако је дошло до повећања дажбина, пореза и новчаних накнада за извесне услуге, као што су пристанишне таксе или новчане накнаде за укрцавање или укрцавање у лукама или на аеродромима (Директива, чл. 4, ст. 4 (а)). 300 предвиђа још један, додатни, услов који мора бити испуњен да би могло да дође до повећања цене. Право на повећање уговорене цене организатор путовања може остварити само под условом да је оно предвиђено у потврди о путовању. Директивом је регулисано да право на повећање уговорене цене мора бити изричито предвиђено уговором о организовању путовања, као и да уговором мора бити прецизно формулисано на који начин ће се израчунати промена цене (Директива, чл. 4, ст. 4 (а)).

Из одредаба 300 произилази да се организатор путовања правом на повећање уговорене цене може користити у било ком тренутку пре почетка путовања, с обзиром на то да у том погледу не постоје било каква ограничења. Директивом је, пак, предвиђено да се уговорене цене не могу повећавати у периоду од 20 дана пре уговореног поласка (Директива, чл. 4, ст. 4 (б)).

Путник има право да раскине уговор о организовању путовања без обавезе да накнади штету, ако повећање уговорене цене пређе 10%. (чл. 876. ст. 3. 300). У том случају путник има право на повраћај онога што је платио организатору путовања. ЗЗП даје потрошачу право на раскид уговора без накнаде штете у случају повећања уговорене цене, без обзира на износ, односно проценат повећања (чл. 98. ЗЗП).

4.2.3. Измена програма путовања/садржаја уговора

ЗЗП је питање измене програма путовања, односно садржаја уговора о туристичком путовању регулисано на другачији начин у односу на 300, а под утицајем Директиве.

Тако, ако пре уговореног дана отпочињања туристичког путовања трговац утврди да је принуђен да измени поједине битне одредбе уговора (нпр. цену, дестинацију, превозно средство, карактеристике или категорију превоза, датум отпочињања туристичког путовања, врсту, категорију, локацију или ниво удобности смештаја), дужан је да измене без одлагања саопшти

потрошачу, у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму), који је лако доступан потрошачу. Потрошач може да прихвати ове измене, укључујући измену укупне цене туристичког путовања или да без накнаде раскине уговор о туристичком путовању. Потрошач је дужан да без одлагања обавести трговца о својој одлуци. Ако пре уговореног датума отпочињања туристичког путовања потрошач по овом основу раскине уговор, он има право избора: да прихвати замену уговореног туристичког путовања другим путовањем истог или бољег квалитета и плати разлику у цени; да прихвати замену уговореног туристичког путовања другим путовањем слабијег квалитета и накнаду за разлику у цени; или да захтева повраћај уплаћених средстава по основу уговора о туристичком путовању (чл. 100. ст. 1. ЗЗП). Потрошач има право и на накнаду трошкова насталих раскидом уговора, осим у случају престанка уговора због немогућности испуњења уговорних обавеза за који нису одговорне уговорне стране.

Ако трговац после отпочињања туристичког путовања утврди да потрошачу нису пружене, односно да неће бити у могућности да потрошачу пружи услуге саобразне уговору, дужан је да му понуди друге одговарајуће услуге до окончања туристичког путовања без додатних трошкова, као и да исплати евентуалну разлику у цени између уговорених и пружених услуга. Ако пружање ових услуге није могуће, или их потрошач не прихвати из оправданих разлога, трговац је дужан да потрошачу надокнади трошкове који су последица измене након поласка, као и да обезбеди бесплатан повратак одговарајућим превозним средством у место поласка или друго место о којем се договори са потрошачем. Ако трговац не понуди, односно пружи потрошачу друге одговарајуће услуге до окончања туристичког путовања или ако не обезбеди бесплатан повратак одговарајућим превозним средством у место поласка или друго место о којем се договори са потрошачем, потрошач може да о свом трошку прибави друге одговарајуће услуге или да изврши повратак одговарајућим превозним средством у место поласка или друго место о којем се договори са организатором путовања. Он има и право на накнаду трошкова (чл. 103. ЗЗП).

5. Одговорност трговца

Трговац је дужан да потрошачу пружи туристичко путовање на начин који је уговорен. Туристичко путовање је у складу са уговором ако има својства која је трговац гарантовао потрошачу или ако одговара уобичајеној или уговореној намени. У супротном поставља се питање одговорности

трговца. Поред радњи и пропуста, када је одговорност трговца неспорна, поставља се питање одговорности трговца за извршење услуга које потрошачу пружа треће лице – давалац услуга (пружалац услуга превоза, смештаја, исхране, забавних, културних, спортско-рекреативних и других програма којима се испуњава слободно време).

300 је у чл. 868. ту одговорност организатора путовања ограничио на случајеве неиспуњења или делимичног (не)испуњења обавеза трећег лица да пружи уговорене услуге. У случају, пак, кад су услуге извршене сагласно уговору, као и прописима који се на њих односе, али је путник претрпео штету поводом њиховог извршења (нпр. путник је сломио ногу због подераног тепиха у хотелу, отровао се услуженом храном, нестао му је пртљаг или се повредио због несретног случаја у току превоза, и сл), организатор путовања одговара за штету коју је путник претрпео, с тим да се може ослободити одговорности ако докаже да је поступао као пажљив организатор путовања при избору лица која су извршила те услуге (чл. 868. ст. 2. 300). Дакле, одговара само за непажњу приликом избора трећег лица – *culpa in eligendo*. То практично значи да организатор путовања неће одговарати за штету нанесену путнику поводом обавеза даваоца услуга да заштити особу путника и чува његову имовину, јер ће организатор путовања у пракси релативно лако доказати свој пажљив избор даваоца услуга. Таква пракса није повољна за путника – потрошача услуга масовног туризма. Он најчешће не зна коме припада хотел, не познаје право стране земље, поступак мора водити пред судом седишта хотела и др., што га све скупа ставља у неповољан положај и отежава остваривање његовог најчешће оправданог захтева.

Према ЗЗП (чл. 82), трговац (организатор путовања, туристичка агенција) је одговоран за услуге које су извршила лица која су поступала по његовом налогу, као да је те услуге самостално извршио. То значи да, према ЗЗП, за разлику од 300, трговац одговара, у сваком случају, и за штету коју је потрошач, као слабија уговорна страна, претрпео поводом извршења уговорених туристичких услуга. Трговац се, јасно, може ослободити од одговорности ако докаже да је неиспуњење, делимично испуњење, кашњење са испуњењем или неуредно испуњење последица потрошачевог намерног или крајње непажљивог поступања, или више силе. Трговац који је обештетио потрошача, за штету коју су му причинила трећа лица/ даваоци услуга, стиче сва права која би потрошач имао према трећем лицу одговорном за штету (превознику, хотелијеру, и др.), у мери у којој је накнадио штету путнику – право на регрес (чл. 107. ЗЗП). При томе, потрошач је дужан да трговцу олакша вршење овог права, уступајући

исправе и документа као и све друго што је потребно за остваривање права регреса.

Поред права на накнаду материјалне штете, потрошач има право и на накнаду нематеријалне штете (чл. 107. ст. 1. ЗЗП). Члан 5. Директиве експлицитно не каже да потрошач има право и на накнаду нематеријалне штете. Међутим, према пресуди ЕСП, у случају *Simone Leitner*, потрошач има право на накнаду нематеријалне штете, и посебно, да таква накнада може да настане због губитка уживања који је потрошач претрпео због неправилног пружања туристичког путовања (Schulte-Nölke et al., 2008:214). Такође, ни ЗОО у оквиру одредаба о уговору о организовању путовању не помиње право путника на накнаду нематеријалне штете. Тако је остало да се путник позива на накнаду ове штете применом општих одредаба овог закона о накнади нематеријалне штете. У судској пракси је путнику признато право на накнаду нематеријалне штете, па тако лице коме су без његовог знања пренете ствари у другу хотелску собу да би у претходну био смештен други гост има право на накнаду нематеријалне штете за доживљено понижење (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 142/97).

Да би потрошач остварио право на накнаду штете, услов је да правовремено обавести трговца, односно друго овлашћено лице о недостацима пружених услуга, односно о њиховој несаобразности. Потрошач је дужан да трговца, посредника, локалног представника трговца или локалну агенцију на коју је трговац упутио потрошача за случај потребе пружања одређене помоћи, у писменој форми или на други одговарајући начин, обавести о недостацима извршених услуга, најкасније у року од месец дана од дана утврђивања недостатака. Потрошач не губи право да захтева накнаду штете ако трговац није пре отпочињања туристичког путовања, на јасан и разумљив начин, у писменој форми или на трајном носачу записа који је лако доступан потрошачу, обавестио потрошача о дужности да правовремено и уредно уложи притужбу о несаобразности пружених услуга и могућим последицама пропуштања извршења те дужности (чл. 109. ст. 1. ЗЗП).

Литература

- Вељковић, Д. (2005). *Коментар Закона о облигационим односима*. Београд.
- Вујисић, Д. (2013). Уговор о организовању путовања – одговорност организатора путовања. У М. Мићовић, *Услужно право* (стр. 421–434). Крагујевац, Правни факултет у Крагујевцу.

Вујисић, Д. (2012). Уговор о организовању путовања – обавезе организатора путовања и путника. У М. Мићовић, *Право и услуге* (стр. 303–315). Крагујевац, Правни факултет у Крагујевцу.

Вујисић, Д. (2011). Уговор о организовању путовања – појам и карактеристике. У М. Мићовић, *XXI век – век услуга и услужног права* (стр. 63–76). Крагујевац, Правни факултет у Крагујевцу.

Горенц, В., Шмид, В. (1999). *Пословно право у туризму и угоститељству*. Загреб.

Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања (Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours - OJ 1990 L 158.).

Драгашевић, М. (2009). Уговор о организовању путовања и заштита туриста као потрошача. У М. Мићовић, *Od caveat emptor do caveat venditor* (стр. 211–227), Крагујевац, Правни факултет у Крагујевцу.

Драгашевић, М. (1990). *Уговори у туризму*. Никшић.

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 142/97 од 2. IV 1997. године.

Радовић, В. (2013). Појам потрошача код уговора о организовању путовања. У Т. Bourgoignie и Т. Јованић: *Јачање заштите потрошача* (стр. 124–139), Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29(1978), 39(1985), 45(1989) Одлука УСЈ и 57(1989); *Службени лист СРЈ*. Бр. 31(1993) и *Службени лист СЦГ*. Бр. 1(2003) – Уставна повеља.

Закон о туризму. *Службени гласник РС*. Бр. 36(2009), 88(2010), 99(2011).

Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*. Бр. 73 (2010).

Bedford, S. (1997). *European Travel law*. Chichster.

Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers M. (2008). *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*.

Dragan Vujisić, LL.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, Kragujevac

Borko Mihajlović,

Assistant,
Faculty of Law, Kragujevac

Tourist Travel Services Agreement under the Consumer Protection Act

Summary

Agreement on package travel is regulated by special provisions of Law on Consumers Protection of Republic of Serbia, modeled by EU Directive on package tours. These provisions significantly changed the legal regulation of the package tours, in comparison with the provisions of Law on Obligations, which also regulates this agreement. Subject of this paper are exactly that provisions about agreement on package tours of Law on Consumers Protection, as follows: notion and characteristics, rights and duties of contractual parties, special rights of contractual parties and merchant's liability. Authors in the paper especially emphasized differences between provisions of Law on Consumers Protection about agreement on package tours and Law on Obligations and EU Directive on package tours.

Key words: merchant, consumer, tourist travel, duties, liability.

Александра Васић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.772

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

О ЦЕЛИСХОДНОСТИ УВОЂЕЊА ПРИГОВОРА НА ПРИЈАВУ ЖИГА У СРПСКО ЗАКОНОДАВСТВО**

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте квалитет одређених решења из домаћег жиговоног законодавства у светлу хармонизације наших прописа са правом ЕУ. Закон о жиговима Републике Србије из 2009. године није предвидео поступак по приговору на пријаву за регистрацију жига као средство које би требало да осигура да само они знакови који испуњавају неопходне услове уживају жиговоно правну заштиту. Завод за интелектуалну својину је задужен да *ex officio* испитује постојање тзв. релативних разлога за одбијање регистрације жига тако да носиоци права на жиг немају могућност да се у релативно јефтином и делотворном поступку супротставе регистровању другог знака којим се повређује њихово раније стечено право. Насупрот нашем Закону о жиговима, у праву ЕУ је Уредбом Савета 207/2009. о комунитарном жигу од 26. фебруара 2009. године (CTMR – Community trade mark regulation) прописан поступак опозиције који представља најзначајнију фазу у поступку регистрације жига.

Искуства европских земаља показују да поступак по приговору на пријаву жига има значајне предности. Пре свега, носиоци раније стечених права су у могућности да избегну вођење дугих и скувих судских поступака за поништај жига којим се вређају њихова права. Такође, државне агенције које су овлашћене да одобравају регистрацију знакова више немају обавезу да испитују постојање већ регистрованих жигова.

Кључне речи: приговор на пријаву жига, комунитарни жиг, жиговоно право, Србија.

* aleksandra@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Савремена тржишна утакмица врши константан притисак на произвођаче и даваоце услуга и тражи од њих да континуирано побољшавају квалитет својих производа и услуга и снижавају цене. Везаност потрошача за одређену робу или услугу, а самим тим и њену лакшу продају на тржишту, могуће је постићи означавањем производа робном марком, односно дводимензионалним или тродимензионалним знаком. Ови знаци служе да идентификују производ и укажу на његово порекло, те на тај начин омогућавају потрошачима да их разликују од других истоврсних производа. (Марковић, 2011: 37). Уколико ове ознаке испуњавају законом предвиђене услове, могу уживати правну заштиту у облику жига.

Жиг је право којим се штити знак који у привредном промету има за циљ да индивидуализира робу, односно услуге једног физичког или правног лица (у даљем тексту само: роба) како би се на тржишту издвојили из масе истоврсних производа других произвођача. Привредни субјекти који у промету обележавају своју робу одређеним знацима су слободни да одлуче да ли ће их правно заштитити будући да то није њихова законска обавеза. Међутим, предности правне заштите знака у облику жига су вишеструке. Носилац жига је овлашћен да користи жиг, да забрани другим лицима неовлашћену употребу жига, као и да пренесе право на жиг на неко друго лице уговором. Оно је монополског карактера, тј. свом носиоцу гарантује искључиво право употребе. Такође, носилац жига је у позицији да лако доказује пред судом, или неким другим државним органом, власништво над жигом.

Законски прописи из области индустријске својине који важе на територији Републике Србије, а између осталих и Закон о жиговима из 2009. године, у великој мери су усклађени са регулативом Европске уније која се односи на ову област. Међутим, поједина питања која се односе на жиговно право другачије су уређена у односу на право ЕУ. Уредбом о комуни-тарном жигу ЕУ створен је један наднационални систем заштите ознака које се користе у промету и на једнообразан начин прописан поступак за стицање жига који је умногоме поједностављен, као и услови за одбијање регистрације. Поменутом уредбом је прописан поступак опозиције који представља најзначајнију фазу у поступку регистрације жига. С друге стране, наш законодавац је изоставио одредбе које се односе на поступак по приговору на пријаву жига.

2. Основи за одбијање регистрације жига

Неопходни услови које сваки знак мора да испуњава како би уживао правну заштиту одређени су Законом о жиговима Републике Србије из 2009. године методама генералне клаузуле и негативне енумерације. Најпре, закон стипулира да се жигом штити знак који се може графички представити.¹ Даље законодавац прописује одређене забране регистрације тако што наводи одређене врсте или групе знакова које не могу уживати заштиту у облику жига. Тако се, на пример, жигом не може заштитити знак који је противан јавном поретку и моралу; није подобан за разликовање робе у промету; који је истоветан раније заштићеном знаку за исту врсту робе, односно услуга.² Поређења ради, Уредбом о комунитарном жигу разлози за одбијање регистрације класификовани су у две групе – апсолутне и релативне.³ Ближим погледом на исте може се констатовати да ова ограничења могу бити апсолутна препрека заштити или апсолутни разлози за одбијање регистрације или релативна, односно отклоњива препрека жиговној заштити. Знакови који се апсолутно искључују из правне заштите не могу постати жигови, док неки знакови који су релативно забрањени могу под одређеним условима уживати правну заштиту, уколико подносилац пријаве докаже да је добио потребно одобрење од надлежног органа или овлашћеног лица за коришћење знака као жига.⁴

Овакав приступ домаћег законодавца у одређивању материјалноправних услова за заштиту жига омогућио је Заводу за интелектуалну својину да по службеној дужности испитује све потенцијалне разлоге за одбијање регистрације. С друге стране, на нивоу ЕУ, Уред за хармонизацију на унутрашњем тржишту (у даљем тексту: ОХИМ) овлашћен је да *ex officio* испитује само апсолутне разлоге за одбијање пријаве за регистрацију жига. За разлику од апсолутних сметњи, ОХИМ на релативне разлоге за одбијање регистрације пази само на основу приговора заинтересованог лица на пријаву за регистрацију жига.⁵

1 Чл. 4. Закона о жиговима, Сл. Гласник РС, 104/09

2 Чл. 5. Закона о жиговима, Сл. Гласник РС, 104/09

3 Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

4 Члан 7. Уредбе о комунитарном жигу предвиђа апсолутне разлоге за одбијање регистрације. Тако ће, на пример, пријава за регистрацију жига бити предмет одбијања од стране надлежног органа уколико се ради о знацима који нису дистинктивни, знацима који су противни јавном поретку и моралу, генерички знакови, преварни знаци, слободни знакови, цртежи, амблеми или заставе од посебног јавног интереса и знаци који нису у сагласности са чл. 6. Париске конвенције за заштиту индустријске својине.

5 Члан 8. Уредбе о комунитарном жигу релативне разлоге за одбијање регистрације назива „старијим правима“. Под тим се подразумевају, примера ради, признати или

2.1 Поступак по приговору на пријаву жига

Приговор на пријаву за регистрацију жига је поступак који је предвиђен у многим јурисдикцијама. Ради се о правном средству које има за циљ да спречи да знакови који не испуњавају потребне услове уживају заштиту на основу закона. Ово правно средство омогућује носиоцима жигова да у релативно једноставном поступку спрече регистрацију другог знака којим се повређује или разводњава њихово право. Већина правних система у Европи предвидела је неки облик опозиционог система како би трећа лица могла да се успротиве признању пријаве за регистрацију жига. Поступак по приговору на пријаву жига је на нивоу ЕУ регулисан Уредбом о комунитарном жигу (у даљем тексту: Уредба). Такође, овај правни институт прописан је и у већини суседних земаља – Хрватска, Црна Гора, Македонија, Босна и Херцеговина су у своја законодавства увеле могућност подношења приговора на пријаву жига. (Златовић, 2008: 147.)

Уредба прописује да свако физичко и правно лице може бити подносилац пријаве за стицање комунитарног жига. Пријава се подноси ОХИМ-у који је дужан да испита формалну уредност пријаве, као и испуњеност апсолутних услова заштите.⁶ Уколико не постоје апсолутне препреке заштити ОХИМ је дужан да пријаву објави. Чланом 41. Уредбе дата је могућност носиоцима старијих права у било којој држави чланици ЕУ да у року од три месеца од дана објаве пријаве уложе приговор да пријава не испуњава релативне услове за заштиту.⁷ Приговор мора бити поднет у писаном облику и садржати разлоге на којима се темељи. У пракси се врло често дешава да приговор буде одбачен у овој фази поступка јер подносилац приговора није у стању да докаже постојање ранијег права. (Waldstorm, 2011.) У поступку по приговору (тзв. поступак опозиције) одлучује ОХИМ који је дужан да одређеном року приговор проследи подносиоцу пријаве за регистрацију жига. Уредбом је предвиђена могућност да ОХИМ, уколико

раније пријављени жигови Заједнице, признати или првопријављени национални жигови, ноторни жигови из чл. 6 Париске конвенције уколико се ради о истоветним знаковима и идентичној роби на коју се односе. Такође, релативни разлог за одбијање регистрације који се у пракси често јавља је постојање могућности довођења у заблуду потрошача због истоветности или сличности са ранијим жигом.

6 Члан 7. Уредбе о комунитарном жигу

7 У већини јурисдикција право на покретање поступка опозиције имају носиоци раније заштићеног жига, подносиоци пријаве за регистрацију жига, носиоци чувеног жига, као и стицаоци искључиве лиценце. Круг лица којима законодавац даје могућност улагања приговора на пријаву жига може бити и шири. Тако, на пример, према новом хрватском Закону о жигу приговор могу поднети и особе чије име или слика су истоветни као и знак за који се тражи заштита. Овакву могућност Уредба не прописује јер у чл. 52. ово предвиђа као један од разлога за тражење поништаја регистрованог жига.

сматра да је то прикладно, позове странке да склопе нагодбу.⁸ Прописано је да овај тзв. *“cooling-off”* период траје два месеца, уз могућност продужења рока.⁹ Уколико се у поступку по приговору утврди да знак не може бити регистрован за неке или за све производе и услуге за које је поднета пријава, ОХИМ је дужан да пријаву одбије у односу на те производе и услуге. У супротном, приговор мора бити одбачен.

Највећи број поступака опозиције пред ОХИМ-ом подносиоци приговора покрећу јер сматрају да је пријављени знак истоветан са ранијим жигом и ако су роба и услуге за које је поднета пријава за регистрацију истоветни са производима и услугама за које је ранији жиг заштићен, или ако сматрају да постоји могућност довођења у заблуду потрошача због истоветности или сличности са ранијим жигом.¹⁰ Због тога је ОХИМ дужан да знаке анализира визуелно, фонетски и концептуално. Такође, овај орган мора анализирати и робу која се жели заштити предметним знаком, а да притом следи принцип наведен у одлукама Суда правде које се односе на могућност довођења у заблуду потрошача када се ради о истим или сличним знацима.¹¹

3. Разлози „*proetcontra*“ за увођење поступка опозиције у домаће право жига

Србија је једна од ретких земаља у Европи која у свом жиговном законодавству није предвидела могућност изјављивања приговора на пријаву за регистрацију жига. Уколико пођемо од чињенице да су прописи који се односе на ову област умногоме хармонизовани са правом ЕУ,

8 Члан 42. Уредбе о комунитарном жигу

9 Већина европских законодавстава не предвиђа могућност да орган који одлучује по приговору на пријаву жига позове заинтересоване стране да постигну нагодбу, уколико је на основу околности конкретног случаја разумно претпоставити да је нагодба могућа. Тако, на пример, нови хрватски Закон о жиговима у чл. 28. ст. 3. прописује да је Завод дужан да обавести о приговору подносиоца пријаве за регистрацију жига, достави му примерак истог и позива га да се у преклузивном року од 60 дана од дана пријема изјаси о приговору. И црногорски Закон о жигу из 2010. године припада овој групи законодавних аката.

10 Један од примера из праксе је покушај компаније „Loreal“ да пред ОХИМ-ом, сходно Уредби о комунитарном жигу, заштити у облику жига знак „SPALINE“ за козметичке производе, чему се у поступку опозиције успротивила компанија Spa Monopole, основана у месту Spa у Белгији, која је раније заштитила знак „SPA“ за воду и безалкохолна пића. „Loreal“ је спречен у својој намери, иако се радило о различитој роби, а од пресудног значаја била је перцепција јавности речи „Spa“ у земљама Бенелукса.

11 Case C-39/97Canon v Metro-Goldwyn-Maye (1998), Case C-342/97Lloyd v Klijsen (1999)

поставља се логично питање зашто се домаћи законодавац одлучио да одредбама Закона о жиговима из 2009. године не регулише овај правни институт.

Жиг, као субјективно право које припада одређеном физичком или правном лицу, има своју имовинско-правну и морално-правну компоненту. Имовинско-правна компонента жига овлашћује носиоца права да се, слично као и код права својине, сам титулар брине о заштити свога права. Наиме, Закон о жиговима овлашћује носиоца да жиг користи, пренесе своје право на неко друго лице уговором, као и да забрани другим лицима неовлашћену употребу жига. Логично би било да се у случају покушаја заштите истог или сличног знака за исту или сличну врста роба или услуга носилац жига успротиви покушају такве заштите. Најједноставнији начин за тако нешто био би улагање приговора на поднету пријаву за регистрацију жига, тј. покретање поступка опозиције.

У домаћем жиговном праву испитивање постојања тзв. релативних разлога за одбијање регистрације жига врши Завод за интелектуалну својину по службеној дужности.¹² Поставља се питање из којих разлога је дата оваква законска надлежност домаћем Заводу. У теорији би Завод могао да води рачуна и о апсолутним и о релативним разлозима за одбијање регистрације, али се у пракси суочавамо са чињеницом да овај орган не располаже са довољно ресурса за тако нешто. Инкорпорисањем система опозиције у наше право о жигу Завод за интелектуалну својину више не би био у обавези да испитује постојање већ регистрованих жигова, већ би се релативни разлози за одбијање пријаве испитивали само по приговору поднетом од стране носиоца раније стеченог права. Мишљења смо да је важећи систем испитивања услова за признање жига, поред тога што Заводу за интелектуалну својину одузима доста времена, неефикасан, будући да је у пракси готово немогуће, с обзиром на број раније регистрованих права, испитати постојање већ регистрованих жигова. Примера ради, само у 2010. години Завод је одобрио регистрацију 7.028 жигова. (Бошковић, 2011.) Такође, сматрамо да би у овој ситуацији титулари жигова имали далеко већи интерес да спрече неоправдану регистрацију било ког збуњујуће сличног знака или знака који није подобан за регистрацију из других, законом прописаних разлога.

12 Примера ради, у Великој Британији поступак опозиције може бити покренут како због испитивања апсолутних препрека заштити, тако и због испитивања релативних препрека заштити знака у облику жига. Када је реч о апсолутним разлозима за одбијање пријаве, приговор може поднети свако заинтересовано лице. У случају релативних забрана само носилац раније стеченог права може бити покретач поступка опозиције.

Као један од главних разлога због којег се домаћи законодавац определио за овакво решење наводи се бојазан да носиоци жигова немају довољно висок степен правне културе, односно свести о неопходности свакодневне бригае о заштити свог права, те да ће Завод бити у бољој позицији да штити њихове интересе (Цвјетичанин, 2013). Овде би се могло поставити питање да ли би један управни орган, какав је Завод за интелектуалну својину, требало да води рачуна о заштити субјективног права трећег лица, ако се има у виду да је то у супротности са основама грађанског права.

Проблем који се често јавља у пракси у правним системима земаља које су увеле систем опозиције је велики број приговора на пријаве за регистрацију жигова које подносе велике компаније у циљу да спрече регистрацију знака којим се, наводно, повређује или разводњава њихово раније стечено право. Наиме, поставља се питање како би се мали произвођачи и пружаоци услуга могли „одбранити“ у поступку опозиције од приговора које улажу правни тимови великих компанија, будући да углавном располажу релативно ограниченим буџетом. (Lahser, 2009) У правној теорији овај облик нелојалне тржишне утакмице је познат као „малтретирање жига“. Наиме, у поступцима опозиције се врло често догађа да подносиоци приговора на пријаву жига улажу приговор иако немају довољно доказа, а све у нади да ће орган који је надлежан за решавање по приговору подносиоца пријаве за регистрацију жига окарактерисати као страну која је, супротно начелу савесности и поштења, имала намеру да узурпира туђе право (Hastings, 2014). Међутим, ако се има у виду да орган који решава по приговору на пријаву жига, одлучује на основу конкретних чињеница и изведених доказа, овај проблем који се јавља у пракси земаља које су увеле систем опозиције не би требало да представља један од разлога против увођења овог института у наше законодавство.

Имплементирање института опозиције у наше право несумњиво би за последицу имало и мањи број судских поступака који за предмет имају поништај жига. Разлика између поступка опозиције и поништаја жига огледа се томе што противник регистрације жига има на располагању ово правно средство пре него што жиг уопште буде регистрован, док је поступак поништаја жига могућ тек након извршене регистрације од стране надлежног органа и неколико година након тога (Dinwoodie, 2009: 107). Делује логично да би носиоци раније стечених права у великој мери користили поступак по приговору у циљу избегавања дугих и скувих судских поступака. Наравно, као један од предуслова за коришћење система опозиције је установљавање јединственог регистра где би носиоци раније стечених права лако могли да остваре увид у нове пријаве за регистрацију жигова.

Члан 75. Уредбе о комунитарном жигу прописује да одлуке које по приговору на регистрацију жига доноси ОХИМ морају бити образложене јер то доприноси правној сигурности у случају евентуалног жалбеног поступка. У пракси се може поставити питање да би подносилац приговора, у случају да не успе да спречи регистрацију жига којим се вређа његово раније стечено право, могао да покрене судски поступак који има за предмет поништај или оспоравање истог. Страна судска пракса стоји на становишту да поступак опозиције мора бити једно брзо и јефтино правно средство које, у случају неуспеха, никако не забрањује подносиоцу приговора на пријаву жига да узме учешће у каснијим поступцима пред судом. Уколико се има у виду чињеница да се одлуке надлежних органа у поступку опозиције морају темељити само на оним разлозима и доказима о којима су странке у поступку имале могућност изјаснити, поставља се питање да ли би у случају покретања поступка пред судом требало расправљати о истој ствари два пута.

Поступак опозиције је карактеристичан и по томе што је, у већини јурисдикција орган који одлучује по приговору овлашћен да позове странке да постигну споразум, уколико је то у конкретном случају разумно очекивати. Дакле, овај поступак подстиче рано решавање потенцијалних сукоба између жигова и носиоци истих га врло радо користе, уколико им стоји на располагању. У великом броју случајева по приговору поступак се завршава већ у овој фази тако што подносилац пријаве за регистрацију жига или повуче пријаву, или ограничава листу роба и услуга за које је тражио регистрацију; или подносилац приговора одлучи да повуче приговор што је директна последица ограничавања листе робе и услуга од стране пријавиоца (Waldstrøm, 2001).

У јурисдикцијама које су регулисале овај правни институт подносилац приговора је, као и подносилац пријаве за регистрацију жига, странка у поступку који се одвија пред државним органом који је овлашћен да одобрава регистрацију знакова. Наш Закон о жиговима је предвидео могућност да Завод за интелектуалну својину, као надлежни орган, испитујући да ли су испуњени материјалноправни услови за заштиту конкретног знака у облику жига, узме у обзир писмено мишљење сваког заинтересованог лица које тврди да знак не испуњава законом прописане услове.¹³ Међутим, заинтересовано лице које би уложило овакву врсту приговора неће се сматрати странком у поступку. Поставља се питање какав је *ratio* оваквог законског решења ако се има у виду да се на овај начин указује на релативне препреке за добијање жиговне заштите, о којима је Завод дужан да води рачуна *ex officio*.

13 Чл. 26. Закона о жиговима, Сл. Гласник РС, 104/09

4. Закључак

Поступак по приговору на пријаву за регистрацију жига представља правно средство које осигурава да само они знаци који испуњавају неопходне услове уживају жиговно правну заштиту. Иако су домаћи законски прописи који се односе на област права индустријске својине, а између осталих и Закон о жиговима из 2009. године, у великој мери усклађени са регулативом Европске уније која се односи на ову област, наш законодавац је пропустио да регулише поступак опозиције који представља најзначајнију фазу у поступку регистрације жига. Србија представља редак пример јурисдикције која није регулисала овај правни институт. Сматрамо да за овакво опредељење домаћег законодавца не постоје оправдани разлози. Наиме, носиоци раније стечених права у великој мери би користили поступак по приговору у циљу избегавања дугих и скувих судских поступака, што би даље довело до смањења броја судских поступака који за предмет имају поништај жига. Такође, овај поступак омогућава да супротстављене странке постигну договор о начину коришћења предметног знака, те се поступак окончава у овој фази тако што подносилац пријаве за регистрацију жига или повуче пријаву, или ограничава листу роба и услуга за које је тражио регистрацију; или подносилац приговора одлучи да повуче приговор што је директна последица ограничавања листе робе и услуга од стране пријавиоца. Такође, једна од последица имплементације овог института јесте да чини „чвршћим“ знакове чију регистрацију одобрава надлежни државни орган. Предности поступка опозиције су нарочито значајни за тржишта земаља у развоју где је систем заштите робних и услужних знакова тек у повоју и где жиг често може бити предмет злоупотребе.

Мишљења смо да је поступак опозиције неопходан јер, без обзира на то колико је детаљан процес испитивања испуњености законски услова за регистрацију од стране Завода за интелектуалну својину, постоји велика шанса да се не избегну евентуалне грешке у овом поступку, било да се ради о апсолутним или релативним разлозима за одбијање регистрације.

Литература

Бошковић, М. (2011). *Екапија*. [Електронска верзија]. Приступљено 11. април 2014, доступно на

<http://www.ekapija.com/website/sr/page/402838/Mirela-Bo%20kovi%20pomocnica-direktora-za-veigove-Zavoda-za-za%20titu-intelektualne-svojine-Znak-mo%20veevredeti-ivi%20od-70-mlrd-EUR>

Цвејетићанин, Н. *Жиг – разлози за брендирање производа*. Електронска верзија]. Приступљено 11. април 2014, доступно на

http://www.cvjeticaninlegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=263&Itemid=346

Dinwoodie, G. (2009). *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*. Northampton, MA, USA: Edward Elgar

Hastings, J. (2014) *Trademark opposition case considerations*. [Electronic version]. Retrived 5. april 2014, from <http://www.trademarklitigationguide.com/trademark-opposition-case-considerations/>

Lahsner, A. (2009) *How to defend a trademark opposition brought by major corporation*. [Electronic version]. Retrived 5. april 2014, from

<http://howconceptual.com/how-to-defend-a-trademark-opposition-brought-by-a-major-corporation/>

Марковић, С. (2011). Начело специјалности жига и забрана разводњавања чувеног жига – правноекономско тумачење. *Анали Правног факултета у Београду*. 1 (LIX). 35–54

Waldstrøm, B. (2001) *Intellectual property magazine* (vol.1). [Electronic version]. Retrived 10. april 2014, from

<http://www.intellectualpropertymagazine.com/publication/two/the-community-trade-mark-79342.htm?origin=internalSearch>

Златовић, Д. (2008). Увјети заштите у савременом хрватском жиговном праву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 1 (LI). 136–174

Закона о жиговима. *Сл. Гласник РС*. Бр. 104 (2009)

Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

Case C-39/97 *Canon v Metro-Goldwyn-Maye* [1998], ECR I-5507

Case C-342/97 *Lloyd v Klijsen* [1999], ECR I-3819

Aleksandra Vasić, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Relevance of Introducing Opposition Proceedings into the Serbian Trademark Legislation

Summary

This paper analyzes the quality of certain legal procedures applied in domestic trademark legislation in the light of harmonizing our legislation with those of the EU.

Trademark Law in the Republic of Serbia (2009) does not rely on opposition proceedings as a phase in the process of trademark registration and a tool that would ensure that only those trademarks that fulfill the necessary conditions are granted legal protection. Intellectual Property Office examines the so-called relative grounds for trademark registration refusal but does so *ex officio*, thus preventing the holders of trademark rights from benefiting from a relatively inexpensive and effective opposition procedure regarding the registration of a second trademark which violates their previously established rights. In contrast to our trademark laws, EU Council Regulation 207/2009 on Community Trademarks of February 26, 2009 (CTMR -Community trademark regulation) enforces opposition proceedings as the most important phase in the process of trademark registration.

European experience shows that opposition proceedings carry significant benefits for the process of trademark application. First of all, they allow the holders of previously established trademark rights to avoid long and costly court proceedings whose purpose is to dispute trademarks that violate the owner's rights. Also, state agencies authorizing in trademark approval no longer need to monitor registered trademarks.

Key words: opposition proceedings, Community trademark, trademark law, Serbia.

ПРАВО ОБВЕЗНИКА НА ПОВЕРЉИВОСТ И ТАЈНОСТ У МЕЂУНАРОДНОЈ РАЗМЕНИ ПОРЕСКИХ ИНФОРМАЦИЈА**

Апстракт: Предмет анализе у раду јесте само један аспект међународне размене пореских информација. Ради се о поверљивости и тајности размењених пореских информација и њиховој заштити. Постоји реална опасност од повреде овог права обвезника будући да се данас инсистира на мултилатералној аутоматској размени пореских информација. Овај процес међународне пореске сарадње захтева један виши ниво заштите и обезбеђења сигурности обвезника од неовлашћеног приступа и злоупотребе пореских података. Такви услови за сада постоје у веома малом броју земаља. Положај обвезника у међународној размени пореских информација је незавидан зато што они немају статус странке у том процесу. Посебна пажња је посвећена сагледавању стања у погледу поверљивости пореских информација у српском праву.

Кључне речи: међународна пореска сарадња, аутоматска размена пореских информација, поверљивост пореских информација.

1. Уводна разматрања

Опорезивање се јавља као врло осетљиво подручје деловања пореских органа, на једној страни и пореских обвезника, на другој страни. Сукоб између јачег фискалног интереса држава и слабијег интереса пореских обвезника убрзано се преноси на терен међународног права и глобални ниво. Евазија пореза, као „вечити“ проблем односа државе и пореских обвезника посебно у овом времену заокупља пажњу међународне политичке јавности. Такво глобално интересовање одражава се кроз интензивније

* mevi@prafak.ni.ac.rs

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет у Нишу из сопствених средстава.

активности међународних политичких и економских организација. Избегавање плаћања пореза, у најширем смислу схваћено као пореске преваре, преноси се ван граница суверених држава и од националног проблема постаје изузетно значајан међународни феномен. Оно што се уочава у овим процесима јесте постепено препуштање пореских обвезника наднационалним центрима пореског одлучивања имајући у виду да су државе „увучене“ у мрежу пореске сарадње кроз размену пореских информација, што ће водити и екстериторијалној примени пореског права других држава (*FATCA* у САД). О обезбеђењу поверљивости размењених пореских информација говори се у међународним документима који се односе на ову проблематику, али стварна заштита права обвезника изостаје. Националним прописима је препуштено стварање услова за безбедну пореску комуникацију, али за сада, незнатан број држава гарантује својим пореским обвезницима експлицитну заштиту.

2. Убрзавање процеса аутоматске размене пореских информација на међународном плану

Фискални интерес држава је у савременим условима посебно угрожен деловањем мултинационалних компанија и богатих појединаца ван националних граница. Оне су истовремено препрека за ангажовање пореских органа на страним територијама, што је забрањено правилима међународног јавног права. У циљу сузбијања међународних пореских превара ови органи су упућени на међународну пореску сарадњу која се интензивира у савременој економској кризи. Ради опорезивања прекограничних трансакција неопходна је ефикасна размена пореских информација о приходима резидентних обвезника, што је разумљиво и легитимно са становишта државних интереса националних држава. Да ће „такве размене све више бити на дневном реду“ (Жан Франсоа-Ришар, 2008:147) потврђују интензивне активности међународних организација током последњих година.

Под видом борбе против агресивног пореског планирања и пореских утаја у прекограничним трансакцијама и међународним финансијским токовима крије се тежња светске елите да кроз мултилатералну аутоматску размену пореских информација стекне потпун и детаљан увид у све личне, породичне и финансијске околности живота обичних пореских обвезника (Анђелковић, 2014: 157). Мултилатерална верзија Конвенције о узајамној административној помоћи у пореским стварима¹

1 Конвенција је закључена 1988. године између ОЕЦД и Савета Европе а оснажена је Протоколом, који је ступио на снагу 1. јуна 2011. године.

представља језгро из кога се убрзано развија међународна размена пореских информација на глобалном плану. Захваљујући високом развоју информационих технологија, створени су услови да се аутоматска размена пореских информација наметне свим државама као „глобално прихваћени стандард“ у међународној пореској сарадњи. Међународна финансијска криза из 2008. године послужила је као сасвим прихватљиво оправдање за чвршћу пореску сарадњу у сузбијању међународних пореских превара и прања новца. Отклањање дисторзија у међународним финансијским токовима захтева најширу сарадњу и укључивање највећег броја држава уз прихватање и поштовање глобалних пореских правила. Крајњи циљ наведених напора јесте потпуна контрола свих трансакцијских и финансијских токова физичких и правних лица, уз укидање демократских слобода и права. Непрепознавање ове опасности од стране савремених влада имаће несасвим штетне последице по правне (пореске) системе какве данас познајемо. Не може се сматрати случајношћу чињеница да је управо подручје опорезивања изабрано као „полигон“ за проверу спремности националних држава да ради потпунијег остваривања националних финансијских интереса препуштају фискални суверенитет наднационалним институцијама. Међународне финансијске институције, позивајући се на заштиту пореских интереса резидентних држава, намећу им глобалне пореске стандарде транспарентности и аутоматске размене пореских информација. Највећу корист од такве међународне пореске сарадње без сумње ће имати економски најразвијеније државе јер ће надокнадити изгубљене приходе (Анђелковић, 2014: 158).

ЕУ Директива о опорезивању прихода од штедње у облику камате (примена од 1.7.2005. године) представља први случај мултилатералне сарадње у домену размене пореских информација. Аутоматска размена података о исплаћеним каматама на штедњу између земаља чланица одвија се уз одређене тешкоће имајући у виду резервисаност Луксембурга² и Аустрије, мада ће и ове државе вероватно попустити и донекле ублажити националне прописе о банкарској тајности. Швајцарска је већ попустила пред притиском САД, тако да либералније гледа на размену пореских информација када се ради о пореским утајама.

Директива о узајамној помоћи у пореским стварима из 1977. године укинута је и замењена Директивом о административној сарадњи у области опорезивања из 2011. године (*Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC*, Official Journal of the European Union, No. L64, 2011) са важношћу од 1. 1. 2013.

2 Луксембург је 10. априла 2013. године одлучио да, почевши од 1. 1. 2015. године, примењује размену информација о исплаћеним каматама.

године. Предвиђа се да обавезна аутоматска размена информација, без икаквих предуслова, постане најефикаснији начин унапређења коректног утврђивања пореза у прекограничним трансакцијама и борби са пореском утајом. У том циљу, примењиваће се постепени приступ од 2014. године у погледу аутоматске размене прихода од зарада, директорских накнада, премија осигурања, пензија, власништва и прихода од непокретне имовине. Европска Комисија ће пре 1. јула 2017. године поднети извештај о трошковима и користима од аутоматске размене информација и предложити њено проширење и на дивиденде, капиталне добитке и ауторске накнаде.³ Интересантна је одредба ове директиве којом се предвиђају ограничења одређених права и обавеза предвиђених Директивом о заштити података из 1995. године, која се правдају нужношћу спречавања потенцијалних губитака прихода земаља чланица и пресудном важношћу информација за ефективност борбе против пореске утаје. Током 2013. године, девет земаља чланица ЕУ најавило је примену јединственог општег система за узајамну размену пореских информација учешћем у њиховим базама пореских података. Поред тога, због отпора неких држава (случај Аустрије) ка развоју стандарда транспарентности, развијен је један виши ниво сарадње између оних земаља чланица које то желе, избегавајући на тај начин препреку процесу пореске хармонизације, представљену у виду правила једногласног одлучивања (Vasco, Porporatto, 2013: 85).

Амерички закон *FATCA (Foreign Account Taxpayer Compliance Act)* као екстериторијални акт намеће обавезу страним финансијским посредницима да крше националне законе о заштити приватности и банкарској тајни. На ову меру реаговале су најзначајније европске државе (Француска, Немачка, Италија, Шпанија и В. Британија) тако што су 2012. године закључиле међународни порески споразум са САД о примени *FATCA* кроз аутоматску размену података између влада (одступање од оригиналне верзије), ради смањења трошкова поступања финансијских посредника и на основу принципа реципроцитета. Примена овог модела *FATCA 1* сагледава се у оквиру ОЕЦД као образац за општи модел аутоматске размене пореских информација (*Automatic Exchange of Information: The Next Step*, 2013:6). Други вид споразума (модел *FATCA 2*) постигнут је са Швајцарском и Јапаном током 2012. године који подразумевају размену информација између финансијских институција и америчке пореске администрације уместо прикупљања података посредством централних

3 Битна је и одредба Директиве да земље чланице које договоре аутоматску размену информација за друге врсте дохотка и капитала путем билатералних или мултилатералних споразума са другим земљама чланицама, имаће обавезу да о томе информишу Комисију, која ће учинити ове споразуме доступним свим земљама чланицама.

влада. Усвајањем *FATCA* учињен је опасан преседан у међународном јавном (пореском) праву будући да се од страних финансијских институција у многим јурисдикцијама може захтевати да крше и уговорне односе и заштиту података, банкарску тајност, или друге прописе јурисдикција у којима су лоцирани (Grinberg, 2012: 336).

Лидери земаља Г20 на скупу одржаном септембра 2013. године у Ст. Петербургу прихватили су предлог ОЕЦД о увођењу глобалног модела аутоматске размене информација, тако да је на њиховом фебруарском скупу 2014. године представљен овакав вид међународне пореске сарадње. Један глобални стандард за аутоматску размену информација из финансијских рачуна подразумева да јурисдикције добијају информације од њихових финансијских институција и аутоматски их размењују са другим јурисдикцијама на годишњој основи.⁴ Да је ова иницијатива политички приоритет на глобалном плану, потврђује и најновија Декларација Савета ОЕЦД од 6. 5. 2014. године којом се даје сагласност на прихватање *новог јединог глобалног стандарда* у борби против међународне пореске евазије и очекује се од држава да га брзо уграде у национална законодавства.⁵ Постоје планови да се почетак аутоматске размене финансијских информација у пореској сарадњи између чланица Г20 крајем 2015. године. Оне позивају све државе да се придруже Мултилатералној конвенцији о узајамној административној помоћи у пореској материји без даљег одлагања. Тражи се од Глобалног форума за транспарентност и размену информација у пореске сврхе да установи механизам за контролу и праћење примене новог глобалног стандарда о аутоматској размени информација. На тај начин прикривено се стварају *глобалне пореске структуре*.

Банкарска тајност је посебно осетљив сегмент процеса међународне пореске сарадње. Под политичким притисцима економски најразвијенијих земаља руши се традиционално право клијената на поверљивост финансијских информација које су релевантне за опорезивање. Државе су данас принуђене да не поштују своју финансијску (пореску) регулативу ради убирања додатних пореских прихода. Ипак, постоји иницијатива коју настоји да реализује Швајцарска како би заштитила интересе клијената домаћих финансијских институција („Рубик споразум“). По мишљењу званичника Луксембурга, овај приступ има вредност за решавање проблема очувања приватности клијената уз истовремено осигурање да клијенти плаћају дужне порезе. Швајцарска нуди другим државама да као

4 Видети више о томе: Automatic Exchange of Financial Account Information, Background Information Brief, Updated:13 February 2014. OECD

5 Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, Adopted on 6 May 2014, Meeting of the OECD Council at Ministerial Level, Paris, 6–7 May 2014

посредник обрачуна порезе на доходак и капиталне добитке за њихове резиденте у замену за очување анонимности власника индивидуалних рачуна. Аустрија, која је већ закључила „Рубик споразум“ са Швајцарском, сматра да овај приступ нуди прагматично решење резидентним државама за убирање прихода у случајевима када би ти приходи изостали, што би водило значајним буџетским губицима (Oberson, 2013: 41).

3. Неопходност заштите поверљивости и тајности међународно размењених пореских података

Један од стандарда за ефективну међународну размену пореских информација, развијен од стране Глобалног форума о транспарентности и размени информација 2000. године, представља и правило о строгој поверљивости размењених информација релевантних за опорезивање. Пуко прокламовање овог стандарда без стварне заштите права обвезника нема никаквог значаја и само може штетити интересима савесних пореских обвезника, имајући у виду убрзавање активности на глобалном увођењу аутоматске размене података. Свесне значаја чувања поверљивости приватних информација, многе државе су од 90-их година прошлог века усвојиле законе о њиховој заштити. У оквиру ЕУ донета је Директива о заштити података 1995. године, која предвиђа да личне информације неће бити трансферисане преко границе другој земљи уколико та земља нема законодавство које пружа једнаку заштиту приватности. Треба имати у виду да порески подаци садрже доста информација не само о пословању него и о личном и породичном животу обвезника и разумљива је брига држава да се осигура њихова поверљивост и тајност.

Може се сматрати да постоје два схватања о овом питању. Прва група држава сматра процес размене пореских информација као обично „прикупљање чињеница“, а не као прописану административну процедуру. Посматрано из ове перспективе, процедурална правила се једино одобравају на нивоу државе која тражи помоћ, нпр. током судског процеса. Друга група држава, насупрот томе, гледају на размену информација као административну процедуру и због тога поштују процедурална права пореских обвезника, као што су право да буду саслушани, право да буду обавештени и право на жалбу (Oberson, 2013: 19–20).

Порески подаци релевантни за опорезивање везани су не само за материјално (финансијско) стање обвезника него и за њихове личне и породичне прилике. С обзиром на то да се они откривају само у сврху опорезивања, законом је заштићена њихова правилна употреба. Није допуштено недозвољено откривање или злоупотреба пореских података од стране службених лица у пореском поступку јер имају квалификацију

службене тајне. У том смислу, због изражене осетљивости финансијских и личних података, пореским обвезницима се у савременим демократским државама гарантује право на поверљивост и тајност података. Неовлашћено откривање пореских информација се углавном схвата као највећа претња када је потребно заштитити поверљиве пореске информације. Независно од нивоа постојеће заштите поверљивости у одређеном пореском систему, пропуст да се обезбеди чување сигурности информација у поседу пореских органа једне или више држава чини цео систем осетљивим на штету права обвезника. У таквим околностима *ex post* заштита би била безначајна или барем недовољна да се надокнади проузрокована штета. У том смислу, оправдано је закључити да заштита права на поверљивост изискује непосредну заштиту како би била ефективна (Kristoffersson, Pistone, 2013: 5–6)

Интензивирање међународне пореске сарадње са све широм употребом електронске комуникације пореских органа и пореских обвезника баца сумњу на решавање конфликта између очувања пореске тајности, с једне стране, и фискалне транспарентности, с друге стране, која све више постаје основа регулисања међународних пореских односа. Сасвим је извесно да ће димензија овог проблема све више расти због наметања стандарда глобалне аутоматске размене пореских података.

У међународним документима садржане су одређене одредбе у погледу заштите поверљивости размењених пореских информација. Члан 26. ст. 2. ОЕЦД Модел Конвенције о порезима на доходак и имовину предвиђа да ће се свака информација добијена од стране државе уговорнице сматрати тајном на исти начин како је то уређено домаћим прописима и може се достављати само овлашћеним лицима задуженим за утврђивање и наплату пореза, који их могу откривати у судским поступцима. Значајна је и одредба да замољена држава, уколико процени да држава која тражи пореске податке не поштује поверљивост размењених информација, може одложити достављање информација док не добије гаранције да ће заштита поверљивости бити испоштована. Члан 26. ст. 3. прописује да надлежна тела нису дужна да дају обавештења која откривају трговинску, пословну, индустријску, комерцијалну или професионалну тајну.⁶

Ради заштите легитимних интереса пореских обвезника, Мултилатерална конвенција о узајамној административној помоћи у пореским стварима гарантује пуно поштовање поверљивости информација које се размењују између националних пореских администрација. Такве информације морају

6 Више о томе: Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and Its Commentary, Approved by the OECD Council on 17 July 2012. OECD (Electronic Version). Retrieved 4, May 2014, from www.oecd.org/...tax.../120718-Article%2026-E...

бити третиране од стране државе примаоца са истом поверљивошћу која се примењује у њеном законодавству или условима пореске поверљивости који се примењују у земљи даваоцу информације, ако су ови услови строжи. Информације добијене на основу Конвенције, исто тако, могу бити коришћене у друге сврхе осим оних везаних за пореску сарадњу, нпр. ако су одређени услови испуњени ради спречавања прања новца.

Све интензивнија међународна размена пореских информација подстакла је ОЕЦД да донесе Водич о поверљивости, који наводи најбоље праксе у вези са поверљивошћу и пружа практична упутства како да се осигура одговарајући ниво заштите. Пре закључивања споразума о аутоматској размени информација са другом државом, битно је да држава прималац има правни оквир и административну способност и потребне процедуре ради обезбеђења поверљивости примљене информације и да таква информација буде коришћена само за сврхе означене у међународном споразуму (*A Step Change in Tax Transparency*, 2013: 8). Заштита поверљивости подразумева и одговарајуће санкције за лица која неовлашћено откривају поверљиве информације. Санкције морају бити јасне и довољно строге како би обесхрабриле кршење права на поверљивост и тајност пореских података (*Keeping It Safe*, 2012: 12). Када је поверљивост података о обвезницима повређена, то може бити резултат ненамерног акта, недостатака у систему и процедурама које треба да заштите поверљивост пореских информација или у другим случајевима то може бити резултат намерног деловања, због личне користи једног или више лица. Без обзира на који начин је прекршена поверљивост, то се мора схватити озбиљно и одмах предузети одређене мере. Одговарајуће активности ће зависити од врсте и околности ситуација у којима је прекршена пореска поверљивост. У случајевима намерне повреде прописа о пореској тајности због личне добити, генерално, било би прикладно препустити кривичним органима њихово могуће санкционисање (*Keeping It Safe*, 2012: 21). Забринутост пореских обвезника ће све више расти како се буде ширила међународна аутоматска размена информација. Да има разлога стрепњама, показује и брига Европског контролора за заштиту података у вези са развојем административне сарадње за права и интересе физичких лица, као последица чињенице да Протокол уз Мултилатералну конвенцију о пореској помоћи проширује њену примену (*Stewart*, 2012: 176–177).

Премда релевантни међународни документи садрже одредбе о потреби обезбеђења сигурности размењених пореских информација између националних пореских администрација и/или финансијских посредника, њихова ефективна заштита је *de lege lata* слаба. Постоји неспоран *trade-off* између захтева за фискалном транспарентношћу и права обвезника на

поверљивост и тајност података (Pistone, 2013: 217). Пореска тајност и пореска транспарентност су две потпуно супротне категорије. Основни проблем у међународној пореској сарадњи је како ускладити њихову примену на задовољавајућем нивоу. Исто тако, важно је питање како да се обвезници заштите у свету стварања глобалних пореских структура, када ће национални нивои безбедности бити недовољни. Поред обезбеђења техничке сигурности међународно размењених пореских информација, много је важније, са становишта обвезника, њихово упознавање са могућностима достављања података другим пореским јурисдикцијама. За сада само неколико држава признаје право обвезницима на обавештавање, право на консултације и право на интервенцију у процесима међународне размене пореских информација. Наведена права могу имати значај и вредност у размени информација на захтев, међутим, та права *de facto* не пружају никакву заштиту и сигурност обвезницима управо због инсистирања на реципрочној аутоматској размени финансијских информација, која би очигледно успоравала одвијање таквог процеса.

Право на обавештавање обвезника о приспелом захтеву за достављање информација о његовој пореској ситуацији другој држави признају Немачка, Луксембург, Португалија, Шведска и Мађарска. У вези са његовом применом споран је тренутак у коме порески обвезник треба да буде обавештен (Цвјетана Цвјетковић, 2012: 459). То може бити учињено у моменту пријема захтева или након што је захтевана информација достављена надлежном органу друге државе. У овим земљама обвезници имају могућност да заштите себе, на пример у Немачкој. Такво правно средство је превентивна мера којом се забрањује достављање информација другој држави. У Шведској обвезник се обавештава након што је достављена тражена пореска информација. Правна заштита је овде могућа само у случајевима када пореска администрација не располаже информацијом и када је принуђена да се обрати обвезнику. У таквом случају обвезник може да поднесе жалбу на одлуку пореске власти да достави тражену информацију.

Право на консултације током прикупљања информација омогућава пореском обвезнику да буде саслушан, односно да се изјасни о постављеном захтеву. Реализација овог права подразумева претходно обавештавање обвезника о достављеном захтеву.

Право на интервенцију претпоставља да је порески обвезник претходно обавештен о захтеву за достављањем информација.

По схватању ОЕЦД, право обавештавања обвезника у националним законима може помоћи спречавању грешака, као и олакшавању размене

информација. Међутим, ово право не би требало да проузрокује одлагања у пореској размени или да је учини неефикасном. Државе имају обавезу да националним законима заштите своје обвезнике, с једне стране, али и да креирају правила која ипак допуштају ефективну и брзу размену информација. Међутим, током прве фазе праћења примене глобалних стандарда међународне пореске размене од стране Глобалног форума, указано је да би неограничено право на обавештавање обвезника у овом процесу могло спречити ефективну размену информација (Ober-son, 2014: 17). Посебно у случајевима истрага због пореске утаје захтева се усклађивање јавног интереса за могућом разменом информација са индивидуалним правима на законску заштиту (Seer, Gabert, 2011: 96).

У литератури посвећеној овој проблематици, наилази се на констатацију да осим одредби о предвидиво значајном захтеву и поверљивости размењених пореских информација, у домаћим правним системима не постоји минимум правног стандарда који се тиче права пореских обвезника, као услова за билатералну или мултилатералну размену информација (Dourado, 2013: 10).

4. Нормативна уређеност поверљивости пореских информација у српском праву

Међународна правна помоћ у пореским стварима регулисана је чл. 157. Закона о пореском поступку и пореској администрацији (ЗПППА). Пружање међународне правне помоћи заснива се на међународним уговорима. Ако пружање међународне помоћи није уређено међународним уговором, правна помоћ ће се пружити под следећим условима: (1) ако постоји реципроцитет, (2) ако се држава која прима правну помоћ обавезе да примљене информације и документацију користи само у сврху пореског, прекршајног или кривичног поступка, као и да ће бити доступне само лицима, органима управе, односно правосудним органима надлежним за одређени порески предмет или спровођење прекршајног, односно кривичног поступка у вези са тим предметом; (3) ако држава којој се пружа правна помоћ изрази спремност да код пореза на доходак, добит и имовину споразумно избегне могуће двоструко опорезивање одговарајућим разграничењем пореске јурисдикције; (4) ако задовољење замолнице не угрожава јавни поредак или друге битне интересе Републике; (5) ако не постоји опасност да би пружање правне помоћи довело до одавања службене или професионалне тајне или да би се резидентном пореском обвезнику могла нанети штета већих размера.

Међутим, наши порески прописи не предвиђају право обавештавања или консултације обвезника у току размене информација са другим државама. У пракси, када размењује пореске информације, Србија *поступа у доброј вери* и не захтева да друга држава достави доказ о допуштености тражених информација или процедуре у складу са законодавством државе која тражи помоћ (Dabetić, Mraković, Stojanović, 2013: 682). Имајући у виду да су подаци о обвезницима службена тајна, Пореска управа очекује да ће овлашћени орган друге државе обезбедити исти ниво заштите. Поред тога, чл. 46. ЗПППА регулисана је могућност ускраћивања информација од стране овлашћеног заступника (адвоката) о чињеницама од значаја за опорезивање обвезника, тако да наша пореска администрација не одговара на захтев за размену са другом државом због заштите овог вида професионалне тајности.

5. Закључна разматрања

Поред технолошке некомпатибилности пореских администрација, заштита поверљивости размењених информација показује се као најслабија тачка у међународној пореској сарадњи. Заштита права пореских обвезника у међународној размени пореских информација још увек је препуштена националним државама. Овакав вид међународне пореске сарадње све интензивније се одвија под политичким притисцима моћних држава и захваљујући брзом напретку информационо-комуникационих технологија. Ако се у скорије време реализује аутоматска размена информација између националних пореских администрација или финансијских институција и влада појединих држава, велики су изгледи да ће фискална транспарентност потиснути пореску тајност. Оваква међународна размена пореских информација има смисла ако се процес одвија на реципрочној основи. Нема сумње да интереси економски развијених земаља имају превагу. Велики број земаља прописује заштиту поверљивости размењених пореских информација, али њена стварна примена изостаје уколико обвезници нису обавештени о томе. Дугорочно посматрано, сви порески обвезници, не само порески утајивачи него и савесни порески обвезници, наћи ће се унутар једне „глобалне пореске мреже“. Поверљивост и тајност пореских података повлаче се пред фискалном транспарентношћу.

Литература

Анђелковић, М. (2014). Међународне иницијативе у домену спречавања пореских превара. У М. Лазић (прир.), Усклађивање права Србије са правом ЕУ (стр. 153-170). Ниш: Правни факултет

Automatic Exchange of Information: The Next Step. (2013). Information Brief. OECD. 27 August

Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, No. L64, 2011

Grinberg, I. (2012). Battle Over Offshore Accounts. 60 *UCLA Law Review*. 304.305-383

Dabetić, D., Mraković, D., Stojanović, D. (2013). Summary and conclusions. U Exchange of Information and Cross-border Cooperation Between Tax Administrations, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 98 b, IBFD. Amsterdam. 667–686

Dourado, A.P. (2013). Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies. *EUI Working Paper RSCAS*. February. 1–18

Франсоа-Ришар, Ж. (2008). *Тачно у подне*. Београд: Clio

Цвјетана Цвјетковић, (2012). Права пореских обвезника у поступку размене информација. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2(XLVI). 455–469

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*. Бр. 80 (2002), ...101 (2011)...2 (2012)

Keeping It Safe-The OECD Guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes. (2012) OECD

Kristoffersson, E., Pistone, P. (2013). General Report. U Kristoffersson, E., Lang, M., Pistone, P., Schuch, J., Staringer, C., Storck, A. (eds.). *Tax Secrecy and Tax Transparency-The Relevance of Confidentiality in Tax Law*. Part 1. Retrieved 4, June 2014, from <http://www.peterlang.com/index.cfm?event...1-13>

Pistone, P. (2013). Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic. *Bulletin for International Taxation*. April/May. 216–225.

Seer, R., Gabert, I. (2011). European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements. *Bulletin for International Taxation*. February. 88–99

A Step Change in Tax Transparency-Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context (2013). OECD Report for the G8 Summit, June. OECD

Stewart, M. (2012). Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration. *World Tax Journal*. June. 152–179

Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and Its Commentary, Approved by the OECD Council on 17 July 2012. OECD (Electronic Version). Retrieved 4, May 2014, from www.oecd.org/...tax.../120718-Article%2026-E...

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, Univeristy of Niš

Taxpayers' Confidentiality and Privacy Rights in the International Exchange of Tax Information

Summary

The exchange of tax information is a distinctive feature of international tax cooperation processes. The trend of intensive communication between the national tax administrations has been a political priority in economically developed countries. This area of international tax law has been subject to significant changes in the past few years. Countries are prompted to pursue the automatic exchange of tax information by entering into multilateral treaties on the exchange of tax information rather than engage in international exchange of tax information upon request by entering into bilateral agreements. These processes are promptly expedited owing to the incredible development of information and communication technologies. These developments are basically aimed at preventing different forms of international tax fraud which generate significant financial losses in the circumstances of current economic crisis. Such efforts may be justifiable regarding the interests of the countries of residence; but, what about the legal status of ordinary taxpayers who are now subject to a comprehensive and far-reaching control? The new concept may be appropriate for tracking tax fraud or embezzlement but what are its implications for law-abiding taxpayers?

The national legislatures are obliged to provide for the protection of confidentiality of exchanged tax information but many states have not fully recognized the importance of providing adequate legal protection of sensitive personal and financial data. There are only a few countries whose legislations explicitly prescribe the taxpayers' right to be informed, the right to consult tax administration and the right to seek tax administration intervention as a form of legal protection in international exchange of tax information. The Serbian tax legislation does not envisage the obligation of tax authorities to notify the taxpayers about the request submitted by foreign tax authorities to provide some tax information.

The OECD standards on the international exchange of tax information are given in the form of soft law. As they are endorsed by the G20 and the European Union, the member states are obliged to incorporate them into the national legislations as binding rules on international tax cooperation. However, the boundaries of international public (tax) law are radically changing in light of the requirements for fiscal transparency and subrogation of the confidentiality of information in banking transactions.

Key words: international tax cooperation, automatic exchange of tax information, confidentiality of tax information.

*Др Марина Димитријевић,**
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.2(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРОЦЕС ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА И БУДУЋНОСТ НАЦИОНАЛНИХ ПОРЕСКИХ СИСТЕМА**

Апстракт: Процес европских интеграција значајно утиче на обликовање пореских система држава чланица Европске уније. Аутор, у почетном делу рада, обрађује актуелне теме опорезивања у Европској унији и разматра феномен усклађивања пореских система (пореску хармонизацију) и друге пореске феномене, који су се испољили под дејством процеса европских интеграција (пореску конвергенцију, пореску координацију, пореску конкуренцију). Наставак рада доноси разматрања резултата пореске хармонизације у области индиректног опорезивања (посредних пореза) и области директног опорезивања (непосредних пореза). Посебна пажња је, у завршном делу рада, посвећена пореској сарадњи држава чланица Европске уније и њихових пореских администрација, која све више добија на важности, као и утицају који она остварује на пореску хармонизацију и правце развоја пореских система држава чланица Европске уније у будућности.

Кључне речи: порези, порески систем, пореска политика, Европска унија, пореска хармонизација, пореска конкуренција, пореска сарадња.

1. Увод

Развој Европске уније (ЕУ) показује ниво успешности процеса европских интеграција. Овај процес, поред јачања интеграција са економског аспекта, односно јачања јединственог (заједничког) тржишта, обухвата и политички аспект који подразумева снажење политичке интеграције држава чланица. Заправо, политичка страна европских интеграција се

* marina@prafak.ni.ac.rs

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

односи на јачање унутрашње политике ЕУ при чему фискални систем има важну улогу. Сходно томе, изузетно је значајна и улога пореза.

Постојеће стање у области опорезивања на подручју ЕУ, као и досадашње пореске промене, извршене под утицајем процеса европских интеграција, указују колико је снажан политички и економски потенцијал ЕУ и делимично „трасирају“ путеве даљег развоја пореских система земаља чланица. Актуелна стварност друге декаде 21. века, проткана бројним противуречностима као одразом укупних друштвено-политичких и социјалних кретања у савременом свету, видно утиче на улогу и опсег активности европских држава у пореској сфери. Важност њихове улоге и активности се, још увек, не умањује у већој мери упркос израженом интересу наднационалних економско-политичких центара моћи да надзиру и усмеравају глобалне економско-финансијске токове. У том смислу, постојећи међународни односи и постављају оквире развоја националних пореских система и, истовремено, проширују основу њиховог међусобног усаглашавања. Да ли ће, у оваквим околностима, и у којој мери, порески системи држава очувати свој национални идентитет и своје посебности? Поуздан и потпун одговор на ово питање моћи ће да пружи само период који је пред нама.

2. Европска унија и неке актуелне теме у подручју опорезивања

Установљавање заједничких економских и политичких интереса одређеног броја европских држава које потиче из друге половине прошлог века представља „извор“ процеса европских интеграција. Европска економска заједница (касније, Европска унија) је, попут међународне организације, настала потписивањем међународног уговора, али се од ње разликује по више основа: располаже делом суверенитета својих држава чланица (на подручју остваривања заједничког тржишта, на подручју трговинске, пољопривредне итд. политике); располаже властитим приходима; има право да доноси правне прописе који се непосредно примењују на подручју њених држава чланица; овлашћена је да потписује уговоре са трећим државама. Као наднационалној творевини, државе чланице су Унији, потписивањем 1957. године тзв. Римског уговора (Уговора о Европској унији 1992. године) пренеле део свог суверенитета па су органи ЕУ овлашћени да доносе правне акте (уредбе, директиве, одлуке, препоруке, мишљења) ради остваривања циљева Уније. Првенствено је реч о успостављању заједничког тржишта, постепеном усклађивању економских политика држава чланица, остваривању равномерног развоја

привредних делатности, осигурању веће стабилности и бржем порасту животног стандарда становника Европске уније.

Процес европских интеграција од почетка суштински обележавају „четири основне слободе“ – слобода кретања људи, добара, услуга и капитала, као битни услови постојања и успешног деловања заједничког тржишта и јединственог европског економског простора. Национално одређени системи опорезивања држава чланица и међусобне разлике међу њима могу неповољно да утичу на несметано функционисање заједничког тржишта. Стога, забрана пореске дискриминације и усаглашавање пореских система представљају одувек актуелне теме у подручју опорезивања у Европској унији.

Порески суверенитет, који се састоји из овлашћења установљавања пореза, овлашћења увођења пореза и овлашћења одређивања висине пореза, подељен је између Европске уније и држава чланица ове интеграције. Европска унија, по правилу, нема право уводити порезе или друга јавна давања, што значи да је њен суверенитет у пореској области ограничен у корист држава чланица. Ограничени порески суверенитет ЕУ значи да Унија има само право да захтева хармонизацију пореза држава чланица и да доноси правне акте у складу са принципом супсидијарности. Законодавство Уније, сходно томе, мора да буде усвојено на нивоу ЕУ, а не на националном нивоу држава чланица, једино уколико је то неопходно да се остваре циљеви Уније. Другим речима, принцип супсидијарности подразумева да ЕУ може доносити правне акте у подручјима у којима нема искључиву надлежност него је дели са државама чланицама само ако циљеве које тим актима жели постићи може боље и погодније остварити од својих држава чланица (Lončarić-Horvat, 2004: 62).

Уколико царине сматрамо порезима, а ЕУ је царинска унија, државама чланицама је ипак ограничена самосталност вођења царинске политике. Државе чланице немају овлашћење уводити увозне и извозне царине и она јавна давања чије је дејство једнако дејству царина. То овлашћење ради јединственог царинског подручја, као што је царинска унија, припада искључиво ЕУ. Уз то, државе чланице Уније имају обавезу да примењују заједничку царинску тарифу на промет робе са другим државама (Димитријевић, 2009: 286).

3. Пореска хармонизација и сродни порески феномени

Пореска хармонизација означава усклађивање пореских система држава чланица Европске уније ради избегавања националних пореских мера које могу негативно утицати на функционисање заједничког тржишта, тј. на

слободно кретање роба, услуга, људи и капитала (Kesner-Škreb, 2007: 305). Хармонизација не значи потпуно брисање разлика у пореским системима држава чланица ЕУ, ни остваривање истоветности појединих пореских облика и мера пореске политике, већ подразумева потребу да се порези и мере пореске политике ускладе, тако да порески систем буде подстицај остваривању циљева европских интеграција и поштовању „четири основне слободе“. У принципу, концепт пореске хармонизације подразумева прилагођавање пореског законодавства појединих држава чланица стандардима заједничким за све државе Уније, утврђеним од стране супранационалних тела ЕУ. Уколико се правила прилагођавају, али не због интервенције путем ЕУ законодавства, већ услед притиска конкуренције, реч је о „меким“ процесу хармонизације, тј. пореској конвергенцији. Пореска хармонизација подстакнута европским интеграцијама је, пракса потврђује, постала процес који се шири изван граница ЕУ. Усклађивање пореског система потенцијалне земље чланице ЕУ са пореским системима земаља чланица ЕУ постаје један од основних предуслова њеног приступања ЕУ. Општеприхваћен термин за овај облик усклађивање пореских система је тиха пореска хармонизација.

Процес пореске хармонизације није увек „хармоничан“. Наиме, теоретичари заступају различите ставове у погледу степена унификације који треба остварити да би порески системи били хармонизовани (Пић-Роров, 2004: 16–17). Могуће је разликовати неколико приступа: приступ уједначавања (eng. equalization approach), приступ диференцијације (eng. differentials approach) и мешовити приступ (eng. mixed approach). Код приступа уједначавања ради се о покушају постизања највећег степена хармонизације посредством усвајања стандардизованих пореских стопа, пореских основица и пореске регулативе на одређеном простору („потпуна (пуна) хармонизација“). Приступ диференцијације полази од „непотпуне (делимичне) хармонизације“ или пореске апроксимације (eng. tax approximation) уз став да негативни ефекти пореског система једне државе чланице на порески систем друге државе чланице треба да буду минимални. Пореска апроксимација се појмовно може одредити као ситуација руковођена законодавством Уније, у којој долази до приближавања пореских система држава, али они, притом, не постају идентични. Мешовити приступ подразумева комбинацију приступа уједначавања и приступа диференцијације. Овај приступ је најпогоднији за примену у ЕУ, јер представља начин повећања униформности неких облика пореза (посредни порези, порез на добит корпорација, порез на доходак од штедње) и већу диференцијацију пореза на доходак физичких лица (Steichen, 2003: 47–48).

Феномен пореске хармонизације треба разликовати од феномена пореске координације. Наиме, пореска координација се може остваривати у различитим облицима. У минималном обиму, пореска координација има за циљ да спречи појединачну јурисдикцију да се укључи у дискриминаторну пореску праксу која ће нанети штету другим јурисдикцијама. Када је, пак, реч о пореској координацији у пуном обиму, циљ је установљавање таквог фискалног окружења које је неутрално са аспекта остваривања трговачке размене, кретања фактора рада и резидената док, с друге стране, обезбеђује правичну расподелу пореског терета између јурисдикција у вези са приходима које остварују нерезиденти. Уз то, обезбеђује се правичност између самих пореских обвезника у вези са јурисдикцијом резиденства (Musgrave, Musgrave, 1990: 71). Иако термини „хармонизација“ и „координација“ имају различита значања, не ретко се користе као синоними. Координација, за разлику од хармонизације, има шире значење тако да подразумева и законодавне и незаконодавне иницијативе и, посебно, има у виду сувереност држава, принцип супсидијарности у пореској области и неопходност одређеног обима консултација међу државама у вези пореске области. Сходно наведеном, разлика између хармонизације и координације прави се, првенствено, на политичком плану.

Пореска хармонизација у ЕУ је интересантан процес из више разлога. Најпре, особени су циљеви који ће се хармонизацијом пореских система у Унији теже остварити: функционисање заједничког тржишта и уклањање пореских препрека које ремете конкуренцију на заједничком тржишту; с тим повезано, уклањање пореских сметњи које утичу на слободно кретање роба, услуга, људи и капитала на целој територији ЕУ; постепено међународно приближавање економских политика земаља чланица; увођење низа заједничких политика у различитим подручјима; омогућавање финансирања ЕУ властитим приходима; осигурање економске неутралности пореских система земаља чланица у погледу географске алокације ресурса и поштовања начела недискриминације пореских субјеката и производа у вези са њиховим резиденством и пореклом; коришћење хармонизације пореских система земаља чланица ЕУ као инструмента убрзања процеса интеграције и међузависности националних привреда (Brümmerhof, 2000: 377). Потом, евидентан је утицај пореске хармонизације на развој пореских система у свету, мада у научним и стручним круговима нема јединственог става о њеној корисности. Неки теоретичари заговарају став да је процес пореске хармонизације нужен у циљу постојања заједничког тржишта и његовог успешног функционисања, док су други теоретичари склонили идеји конкуренције међу пореским

системима, као услову привредног раста. Најзад, пореском хармонизацијом се изражава настојање за већим степеном интеграције држава чланица. Она је својеврстан европски феномен будући да укључује висок ниво толеранције и континуирано постепено усаглашавање држава чланица Уније (Hrustić, 2011: 1).

Усклађивање пореских система има више позитивних ефеката од којих се, несумњиво, могу издвојити следећи: ширење пореских основица и снижавање пореских стопа; минимизирање дисторзивних ефеката које порези изазивају у економији; прилагођавање пореских система захтеву за стварањем позитивне пореске климе за инвеститоре; динамичан развој тржишта капитала и финансијских тржишта који доводи до знатног снижавања пореских баријера за токове капитала; снижавање пореских прихода условљава рационалније понашање јавне администрације и чини је ефикаснијом (OECD, 1998: 13–14). Уз то, у прилог пореској хармонизацији наводе се и следећи аргументи: смањење трошкова плаћања пореза (eng. tax compliance costs); транспарентност (видљивост) пореске обавезе за обвезнике; пореска неутралност која омогућава оптималну алокацију ресурса и пружа подршку правичности у опорезивању; редистрибутивни ефекти опорезивања (Schön, 2003: 5–6).

Поред ставова о потреби хармонизације пореза у ЕУ, постоје мишљења према којима хармонизација није пожељна појава, због штетних ефеката до којих може доћи њеним дејством. На тај начин међу пореским системима се заговара конкуренција из следећих разлога: држава најбоље зна преференције својих грађана и како о њима водити рачуна; кад би прописи ЕУ или неке друге међудржавне заједнице заменили историјске пореске системе који су последица културне, друштвене и политичке традиције и који су утицали на досадашњу слику о економији, дошло би до губитка благостања; пореском хармонизацијом се још више смањује простор за деловање националне економске политике; међународни уговори полазе од претпоставке да постоји тенденција повећања пореских стопа а управо би међународна пореска конкуренција учинила притисак на земље са високим пореским оптерећењем да ограниче раст својих расхода (Brümmerhof, 2000: 279). Пореска конкуренција, дакле, може условити смањење пореског оптерећења, побољшати пореску дисциплину и успоставити одговарајућу равнотежу између нивоа опорезивања и обезбеђених јавних добара у једној држави. То су, уједно, и аргументи који се, најчешће, истичу у прилог пореској конкуренцији.

Интеграција и опорезивање су, као процеси, повезани и узрочно-последично условљени. Уколико су национални порески системи прилично различити,

тј. степен њиховог међусобног усклађивања нижи, то је и утакмица међу њима израженија, а такав је онда и њихов утицај и на дистрибуцију, односно редистрибуцију дохотка (Jelčić, 1997: 154.) У теорији се, стога, истичу и критике на рачун постојања пореске конкуренције: недостатак ефикасне алокације (превише је оптимистичка тврдња да ће порески терет у државама чланицама ЕУ бити умањен до разумљивог нивоа); међународна правичност (правичност у расподели пореске основице између држава која произилази из конкуренције пореских система, што у принципу представља питање међудржавне правичности). Финансијски јачи порески обвезници прихватају понашање „бесплатних корисника“ (eng. free riders) у оквиру домаће државе благостања, док држава у којој се остварује доходак (држава-извора) задржава режиме пореских преференција у вези са страним капиталом који не утиче на домаће тржиште; појединачна правичност опорезивања (пореска конкуренција води ка већој неправичности, што је посебно изражено у пореском третману рада и новчаног или реалног капитала) (Schön, 2000: 93–95).

4. Резултати пореске хармонизације у Европској унији

Порески систем је темељно обележје националног суверенитета сваке државе. Државе чланице ЕУ своје надлежности из пореске области невољно пребацују на ниво Уније, што директно оставља „траг“ на остварене резултате у домену пореске хармонизације. Упркос увођењу заједничког тржишта и монетарне уније, у Унији још увек не постоји заједничка пореска политика.

Усклађивање пореза у ЕУ предузима се у циљу подржавања принципа унутрашњег тржишта и слободног кретања људи, роба, услуга и капитала. Пореска хармонизација се састоји из две компоненте: хармонизације посредних (индиректних) пореза и хармонизације непосредних (директних) пореза.

Правна основа за хармонизацију опорезивања дефинисана је чл. 93–94. Уговора о ЕУ. Другим речима, Уговором о ЕУ (чл. 93) експлицитно је прописана хармонизација посредних пореза као предуслов за успостављање и успешно функционисање унутрашњег тржишта Уније. Иако се у Уговору о ЕУ не спомиње хармонизација непосредних пореза, из чл. 94. Уговора о ЕУ, у коме се говори о хармонизацији правних прописа *en général* изведена су овлашћења органа Уније за доношење директива усмерених на хармонизацију одређених решења из области непосредних пореза а која директно утичу на функционисање унутрашњег тржишта (Hrustić, 2011: 4–5; Kesner-Škreb, 2007: 305–306).

Значајан успех у хармонизацији пореских система држава чланица ЕУ постигнут је путем тзв. „судског законодавства“ (eng. judicial legislation), односно путем одлука Европског суда правде (eng. European Court of Justice). Наиме, постизање циљева Уније подразумева не само интеграцију кроз позитивно деловање (тзв. позитивну интеграцију, хармонизацију преко директива), већ и забрану свих оних акција које би за резултат имале пореску дискриминацију и непоштовање „четири основне слободе“ на којима почива Унија (тзв. негативна интеграција). Директна примена „четири основне слободе“ од стране Суда често резултира у јуриспруденцији која непосредно ставља ван снаге оне одредбе националних пореских закона које не уважавају ове слободе. У случајевима када дође до сукоба интереса државе чланице ЕУ, с једне стране, и унутрашњег тржишта, с друге стране, изузетно је важна чињеница супрематичности права ЕУ над националним правом (тима и пореским правом), коју Европски суд правде доследно потврђује својим одлукама. На овај начин Европски суд правде учествује, у значајној мери, у рушењу пореских баријера. Одлуке овог суда остварују важан утицај на законодавне и правосудне органе држава чланица ЕУ, али и на њихове пословне кругове (Димитријевић, 2009: 287–288). Потребно је, такође, указати да постоји могућност да „четири основне слободе“, на бази тзв. „прихватљивих разлога“, буду ограничене. Под „прихватљивим разлогом“ сматра се постојање следећих ситуација: када је то потребно ради остварења неког легитимног циља компатибилног са Уговором о ЕУ; када је то оправдано ради остваривања општег интереса; када је природа одређеног циља таква да је неопходно ограничавање неке слободе; када је циљ у сразмери са ограничењем (Ноек, 2003: 29–30).

4.1. Индиректни (посредни) порези

Законодавна активност органа ЕУ до сада је била најинтензивнија у домену индиректног опорезивања (посредних пореза). То је и разумљиво с обзиром на то да разлике у пореском третману добара и услуга представљају пореске препреке на простору који би требало да представља јединствено унутрашње тржиште Уније (Hrustić, 2011: 4; Stakić, Barać, 2008: 222).

Када је реч о посредним порезима највећа пажња је посвећена хармонизацији закона о порезу на додату вредност (ПДВ) и хармонизацији закона о акцизама држава чланица. Усвојеним директивама о хармонизацији ПДВ-а и директивама о хармонизацији акциза дефинисани су заједнички ставови у погледу важних елемената ових пореза (предмет опорезивања, територија примене, порески обвезник, минималне висине стопа, врсте ослобођења, одбитака, посебних поступака опорезивања, обавеза пореских обвезника и др.). Иако висина пореских стопа утиче на цене

производа и услуга, код ПДВ-а и акциза је постигнута само сагласност о нивоу минималних пореских стопа, што показује да је хармонизација стопа ових пореза изузетно флексибилна. Такође, међу државама чланицама постоје разлике у погледу удела прихода од ПДВ-а и акциза у укупним пореским приходима.

У поступку хармонизације ПДВ-а могуће је разликовати три фазе: најпре је ПДВ установљен у пореским системима држава чланица, потом се приступило усклађивању основице ПДВ-а у тим државама и, најзад, исказана је тежња да се усклади број и висина пореских стопа. Државе чланице, као што је и указано, нису у већој мери успеле да приближе своје пореске системе по питању броја и висине пореских стопа и тиме отклоне међусобне разлике. Одговорност за то сноси и тзв. Шеста директива о ПДВ-у из 1977. године. Ова директива је више пута мењана и допуњавања, што је довело до непрегледности важећих одредби и потребе њиховог прегледнијег уређивања. То је и учињено 2006. године доношењем Директиве 2006/112/ЕЗ о заједничком систему пореза на додату вредност. Она представља својеврсно пречишћен текст Директиве из 1977. године. У принципу, државама чланицама је дато право самосталног одређивања висине редовне (опште) стопе а, под одређеним условима, и право увођења снижене (посебне) пореске стопе за одређена добра и услуге. Директива о заједничком систему ПДВ-а из 2006. године предвиђа две пореске стопе: редовну пореску стопу у висини од 15% (за неке државе су предвиђени изузеци од коришћења ове пореске стопе) и једну или две снижене пореске стопе које не смеју бити ниже од 5%. Подручје снижених пореских стопа се преиспитује сваке две године. Директива из 2006. године не спомиње нулту пореску стопу (Hrustić, 2009: 26–30; Mijatović, 2008: 62–65; Hrustić, 2008: 55–59).

Потребно је истаћи да су ПДВ, као основни пример хармонизације опорезивања у ЕУ, и по угледу на државе чланице ЕУ у своје пореске системе уградиле и многе друге државе (државе које теже да постану чланице ЕУ, државе које имају развијене трговинске односе са државама чланицама ЕУ, државе у транзицији које реформом својих система опорезивања настоје што брже и успешније развијати тржишни начин привређивања).

Заједнички систем акциза је у Унији ступио на снагу 1993. године. Због великог броја акциза, директиве које се односе на ову врсту пореза су бројне, што само по себи указује да је процес хармонизације у Унији сложен. Правила Уније у области акциза је могуће разврстати на она која се тичу: структуре акцизе (предмет, основица и ослобођења), стопе акцизе (прописивање минималних стопа акцизе) и кретања акцизних

производа између држава чланица – режим акцизних складишта (Pić-Rorov, 2004: 87–96). За све државе чланице ЕУ хармонизовано је опорезивање алкохола и алкохолних производа, дувана и дуванских прерађевина и нафтних деривата, а од 2004. године и угља, природног гаса и електричне енергије. Опорезивање осталих производа акцизама, у појединим земљама чланицама ЕУ, не подлежу обавези хармонизације. Свака од држава чланица и даље може задржати постојеће и/или увести нове акцизе на неке друге производе уз услов да опорезивање не изискује додатне формалности на границама, тј. да је омогућено слободно кретање роба у прекограничном промету између земаља чланица (Анђелковић, 2012: 199–200; Šimović, Šimović, 2006: 205).

Неопходно је имати у виду да опорезивање акцизама није само фискално питање. Сходно томе не треба да изненађује чињеница да се на нивоу ЕУ, последњих неколико година, предузимају активности и мере у области акциза које су усмерене на истовремено спровођење заједничке еколошке, здравствене, пољопривредне, саобраћајне политике. Остваривање циљева здравствене и еколошке политике подразумева повећање пореског оптерећења акцизних производа, док се на подручју пољопривредне и саобраћајне политике заговара флексибилнији систем опорезивања акцизама који неће утицати на конкурентност између произвођача, избор производа и који ће ефикасније решавати проблем избегавања плаћања акциза (пореску утају).

4.2. Директни (непосредни) порези

У области директног (непосредног) опорезивања процес хармонизације је отпочео након успостављања релативно значајног степена хармонизације посредних пореза. Разлог за то треба тражити у чињеници да суверенитет у области непосредног опорезивања (порез на добит корпорација, порез на доходак физичких лица, порези на имовину) припада државама чланицама Европске уније и да су непосредни порези, не спорећи фискални циљ опорезивања који се њима постиже, прилично погодни за остваривање економских и социјалних циљева опорезивања у једној држави. Имајући у виду чињеницу да су, у области хармонизације непосредних пореза, остварени скромни резултати, на које ће у наставку рада бити указано, с правом се може поставити питање: „У којој мери треба вршити хармонизацију непосредних пореза?“. Питање посебно добија на актуелности појавом неправичних пореских режима, тј. појавом неправичне (штетне) пореске конкуренције у Европској унији, али и ван њених граница. Штетна пореска конкуренција се, пре свега, јавља у домену опорезивања корпорација.

На основу извршене анализе пореза на добит корпорација у државама чланицама ЕУ може се закључити да овај порески облик има следеће карактеристике: порез на добит обухвата опорезиве економске делатности у државама чланицама ЕУ; обвезници овог пореза могу бити и правна и физичка лица; порез на добит може имати једну или више пореских стопа; порез на добит се плаћа према висини остварене добити; порез на добит може бити различит за мала, средња и велика предузећа (компаније, корпорације), за поједине делатности и поједине регионе у држави; порез на добит може садржати одређене олакшице и ослобођења за делатности или регионе; порез на добит може бити умањен за велике инвестиције у појединим регионима, порез на добит се може састојати из националног и локалног дела (Tadin, 2011: 167). Наведено показује да порез на добит, у државама чланицама ЕУ, има низ својих специфичности које зависе од висине оствареног профита, величине и делатности предузећа, чињенице да ли се порез наплаћује на нивоу државе (централни ниво) и/или региона. Такво стање ствари на подручју Уније и намеће потребу предузимања одређених активности у правцу хармонизације овог пореског облика.

Досадашњи резултати хармонизације су, по свом опсегу, не тако велики. Наиме, на нивоу Европске уније усвојено је неколико директива у области пореза на добит корпорација и то у случају статусних промена корпорација (компанија) из различитих држава чланица (eng. Fiscal Merger Directive), међукомпанијских исплата дивиденди (eng. Parent-Subsidiary Directive) и исплате камата и ауторских накнада у односу повезаних компанија из различитих држава чланица (eng. Interest-Royalties Directive) (Поповић, Илић-Попов, 2012: 39; Анђелковић, 2012: 200–201; Trandafir, 2013: 648–649). Пажњу заслужује и Конвенција о елиминисању двоструког опорезивања у вези са корекцијом добити повезаних компанија (Арбитражна конвенција). Анализом наведених директива и конвенције може се закључити да на нивоу Уније нису хармонизоване пореске стопе, пореска основица, ослобођења или било који други битни елементи опорезивања, што би требало да представља резултат процеса хармонизације. Порески системи држава чланица Европске уније су, у садашњој фази развоја, у домену пореза на добит корпорација, прилично конкурентни, а то смањује могућност економске сарадње држава и захтева предузимање активности у домену спречавања штетне пореске конкуренције. У Европској унији су, у новије време, потребно је указати, посебно видљива два тренда у опорезивању добити: прво, тренд снижавања пореских стопа (државе чланице смањују ниво законских стопа пореза на добит корпорација); друго, тренд смањења одбитака и изузећа, присутан због потребе да се државе чланице прилагоде захтевима ЕУ у ограничавању државне

помоћи компанијама (Sokol, Burgler, 2011: 151). Иначе, државна помоћ и субвенције, које у суштини представљају нелојалну конкуренцију, према методологији Европске уније обично се сврставају у једну од следећих група: хоризонталне – намењене су свим компанијама (корпорацијама), а не изабраним секторима и регионима; секторске – додељују се само неким компанијама и имају за циљ исправљање њиховог неуспеха на тржишту; регионалне – користе се како би се подстакло развој мање развијених региона (Šimović, 2005: 65). Када је реч о тренду снижавања нивоа пореских стопа, реално је очекивати да су, у условима међународне мобилности капитала, владе неких држава у искушењу да привлаче стране директне инвестиције (захваљујући смањењу пореског оптерећења у систему опорезивања добити) и умањују тиме пореске приходе земаља из којих капитал одлази (повећавају властите пореске приходе). Међутим, не треба изгубити из вида да овакав облик „такмичења“ међу државама, као крајњи резултат, може имати негативне ефекте за све државе, које у њему учествују, јер ће у тој „трци до дна“ фактички доћи до смањења благостања становника свих тих држава.

Кодекс понашања при опорезивању пословне активности (eng. Code of Conduct for Business Taxation), донет 1997. године, представља покушај стварања европског модела спречавања штетне пореске конкуренције. Овај Кодекс покрива опорезивање пословне активности и идентификује штетне пореске мере које утичу или могу утицати на лоцирање пословних активности унутар Уније. Ради се о политичком споразуму који државе чланице не обавезује само на уклањање постојећих мера које тржишну утакмицу чине штетном и некоректном, већ и на одрицање од ових мера у будућности (Erdős, 2011: 46). Другим речима, Кодекс се састоји од неколико делова који представљају усмерења којих би државе чланице ЕУ требало да се придржавају приликом доношења, измене и примене својих пореских прописа. Поред већ поменуте политичке важности Кодекса и потенцијално штетних пореских мера, уздржавања држава од увођења нових (штетних) пореских мера и обавезе њиховог уклањања када постоје, у наставку Кодекса је обрађена и проблематика пружања и ревизије информација, међу државама чланицама ЕУ, као и проблематика евазије пореза, државне помоћи и подстицаја, годишњег извештавања о напретку и потреби ревизије садржине Кодекса (Šimović, 2006: 186). Изузетно су важна обележја која, у контексту утврђивања да ли постоје „unfair“ порези, наводи Кодекс. Ти порези садрже: пореске погодности које су осигуране само за оне који немају седиште на подручју одређене државе чланице, односно које су предвиђене за трансакције само са онима који немају седиште на том подручју; пореске погодности које се примењују изван

домаћег тржишта; пореске погодности које се признају за делатности које немају реалну економску оправданост. „Unfair“ порези не садрже правила о расподели добити код мултинационалних концерна, нису транспарентни и немају делотворан жалбени поступак (Lončarić-Horvat, 2004: 62).

Иако се питање хармонизације пореза на добит корпорација изнова актуелизује, мишљења смо да су изгледитакви да заједнички систем опорезивања добити корпорација неће бити остварен у скорије време (и поред утицаја који ће се повећавати). Чињеница је да нема сагласности око увођења јединствене најмање пореске стопе а ни око увођења јединствене пореске основице. Иако би, кроз хармонизацију основице пореза на добит Европска унија могла да „убере“ пуне користи од постојања унутрашњег тржишта што, дугорочно посматрано, европско тржиште може да учини прилично конкурентним, државе чланице не одступају лако од заштите свог пореског суверенитета. Овакав став опстаје упркос томе што би, захваљујући већој хармонизацији у домену пореза на добит корпорација, оне могле да остваре уштеду кроз мање административне трошкове а уз то би и ограничиле простор за евазију пореза. Корпорације би, истовремено, „уживале“ корист од хармонизације тако што би се смањили трошкови плаћања пореза и елиминисало двоструко опорезивање.

У постојећој констелацији односа, порез на доходак грађана, као непосредни порез, у надлежности је држава чланица. Такво стање ће опстати све док Унија не постигне већи ниво интеграције од постојећег. Наиме, став Европске комисије да хармонизација овог пореза, на садашњем степену интеграције Уније, има мањи значај за функционисање унутрашњег тржишта постао је општеприхваћен. Као неопходна је наведена координација на нивоу Уније како би се сачувале предвиђене слободе из Уговора о ЕУ и елиминисале пореске сметње у активностима грађана између различитих држава чланица, а које су предмет опорезивања порезом на доходак грађана. На тај начин је сарадња држава чланица у области пореза на доходак грађана постала нужна у циљу спречавања настанка евазије пореза, двоструког опорезивања или неопорезивања зарада радника из других држава чланица (Hrustić, 2011: 173).

Изузетак, када је реч о хармонизацији непосредних пореза, било је доношење Директиве 2003/48/ЕЗ о опорезивању дохотка од штедње, односно камата на штедњу (eng. Savings Taxation Directive). Према Директиви, од свих држава чланица се захтева размена информација о исплатама камата на штедњу нерезидената. Детаљније, за банке које се налазе на подручју ЕУ Директива прописује обавезу прекограничног слања контролних саопштења о висини исплаћених камата странцима. На

основу тако размењених података, камате од штедње ће се опорезивати у земљи пребивалишта према меродавним пореским законима.

Поред опорезивања камата на штедњу, у Унији постоји још неколико иницијатива и предлога да се хармонизацијом обухвати проблематика опорезивања пензија и дивиденди код дохотка физичких лица. Базична намера Уније је заштита појединца у осигурању једнаког пореског третмана, онемогућавање дискриминације и бега појединца у друге земље (тзв. пореске оазе) ради остваривања пореских, пензијских и других повољнијих права (Šimović, Šimović, 2006: 223).

Једно од подручја опорезивања где до сада нису постигнути никакви резултати хармонизације је подручје опорезивања имовине. Услед неуклађености уочавају се различити приступи појединих држава чланица опорезивању имовине. Државама чланицама ЕУ, у циљу избегавања двоструког опорезивања, на располагању стоје само билатерални уговори о избегавању двоструког опорезивања имовине. Хармонизација пореза на имовину је нешто што се, без сумње, у будућности, може очекивати на подручју Уније. Томе ће, највероватније, претходити усклађивање других, фискално значајнијих, пореза који остварују већи утицај на алокацију и дистрибуцију средстава у ЕУ.

5. Пореска сарадња и њен утицај на даљу хармонизацију пореских система држава чланица ЕУ

Европска унија у области непосредног опорезивања више напора улаже у развијање међународне пореске сарадње међу државама чланицама него ли у саму хармонизацију порескоправног законодавства како је, у претходном делу рада, и истакнуто. Наиме, оно што је нарочито значајно код одређивања да ли је нека пореска мера правична јесте размена информација између пореских органа држава чланица. Доступност информација, односно слободна размена информација веома је битна у борби против избегавања плаћања пореза, као и у борби против неправичних пореских режима (Stojanović, 2010: 41).

Пореска сарадња држава чланица, тј. размена информација (eng. exchange of information) покренута је, најпре, у области посредних пореза да би, касније, била проширена и на непосредне порезе. У овој области донето је неколико уредби и директива, чија се решења временом иновирају или замењују новим директивама (Hrustić, 2011: 205–208). Пораст спорова од стране пореских обвезника у националним судовима и Европском суду правде, претходних година, утицао је на истицање потребе за унапређењем

пореске сарадње држава чланица Уније. Иницијатива за побољшање постојеће ситуације објављена је у саопштењу Европске комисије и Савета упућеном Европском парламенту и Европском економском и социјалном комитету у циљу промовисања веће сарадње између држава чланица у области директног опорезивања, како би се одстраниле фискалне баријере, елиминисала дискриминација, двоструко опорезивање, ублажили губици који настају као последица ових појава. Европска унија је предлагала низ иницијатива за решавање заједничких проблема који настају као последица бројних утицаја пореских система држава чланица. Уз то, Унија континуирано изражава спремност да државама помогне у развоју координације и пореске сарадње (Hrustić, 2011: 139). Да ли се ради о искреној намери јачања пореске сарадње држава чланица Уније, ради једноставнијег функционисања различитих националних пореских система држава на унутрашњем тржишту, или је реч о не толико видљивом (заобилазном) покушају веће хармонизације непосредног опорезивања у Унији? Будућност ће дати поуздан одговор на ово питање.

Међународна пореска сарадња се данас одвија под значајним утицајем међународних организација. Стручни органи ових организација формулишу пореске стандарде који би требало да буду уграђени у билатералне уговоре на бази којих се успоставља административна сарадња различитих пореских јурисдикција и размена пореских података. У одсуству ових уговора порески стандарди би требало да буду уграђени у законодавство државе приликом прописивања услова за остваривање пореске сарадње.

Потребу стварања модела пореског споразума о размени информација из пореске области као правног оквира који би се користио за установљавање ефективне размене информација иницирали су ОЕЦД и ЕУ. Модел споразума је, ради постизања сарадње у пореским стварима, урађен 2002. године. Овим споразумом се поставља захтев да држава мора пружити информацију чак и када јој она није потребна за сопствене сврхе опорезивања, тј. и у случајевима непостојања домаћег пореског интереса (Zielke, 2011: 44). Неке државе су почеле да закључују уговоре о размени пореских информација на основу принципа из наведеног споразума (Owens, 2009: 557–558). Као актуелно, у оваквим случајевима намеће се питање адекватне заштите права пореских обвезника. Иако је обвезницима гарантовано право на обавештавање о траженим информацијама и њиховој садржини, право учествовања у поступку прикупљања информација, макар у виду консултација, право да се провери легалност и легитимност размене пореских информација посредством независног органа, чињеница је да још увек, на међународном плану, није остварен минимум сагласности о

нивоу правне заштите пореских обвезника током међународне пореске сарадње (Seer, Gabert, 2011: 94).

Поред Модела споразума о размени информација у пореске сврхе, од стране ОЕЦД-а и Савета Европе, 1988. године, усвојена је и Конвенција о вишеструкој административној помоћи у пореским стварима (eng. The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters). Ова конвенција је, већ исте године, могла бити потписана од стране држава чланица ОЕЦД-а, односно Савета Европе. Међутим, њено потписивање, а потом и ратификација, интензивирани су тек крајем 20. века. Тада је почела у већој мери да добија на значају и сама пореска сарадња. Као разлози за значајнију сарадњу истицане су последице штетне пореске конкуренције које поједине државе трпе, као и потреба спречавања ширења неправичних пореских режима (Stojanović, 2010: 110–111).

6. Закључак

Европска унија се састоји од значајног броја држава чланица које карактеришу одређене економске и друштвене различитости. Идеја да порези могу бити препрека несметаном остваривању „четири основне слободе“ (слободе кретања људи, роба, услуга и капитала), као и успостављању јединственог тржишта Уније, била је водиља пореске хармонизације као савремене тенденције у сфери опорезивања.

Зашто долази до пореске хармонизације у ЕУ? Један од основних разлога је неспремност држава чланица ове интеграције да, у потпуности, своју пореску моћ (порески суверенитет) препусте европском (наднационалном) нивоу. Но, и поред те чињенице, може се констатовати да се у ЕУ перманентно одвија процес хармонизације пореза. Разлоге зашто хармонизација није усмерена само на посредне порезе, већ и на непосредне порезе, треба тражити у циљевима које је Унија себи поставила: стабилизација пореских прихода држава чланица, уклањање баријера у функционисању унутрашњег тржишта, осигурање економског развоја и раста запослености у ЕУ.

Европска унија се убрзано мења. Број држава које Унији приступају се повећава. Паралелно са бројчаним, територијалним и демографским ширењем, ЕУ има тежњу да модификује своје надлежности у циљу сопственог снажења. То подразумева и другачији однос према остатку света – на глобалном светском тржишту неопходно је очувати и ојачати позицију држава чланица. Наведено се односи, пре свега, на најразвијеније и најмоћније државе Уније те, у том смислу, треба очекивати да будућност донесе значајније активности у сфери даљег усклађивања пореза.

Заједничка пореска политика Европске уније још не постоји, упркос увођењу унутрашњег тржишта, економске и монетарне уније, али њено постојање не треба третирати ни као циљ од кога се у Унији одустало. Остваривање овог циља значи другачије системе опорезивања у Европи. Успешнија и потпунија пореска хармонизација у ЕУ versus задржавање постојећег стања које ће се директно одразити на постигнути степен европске интеграције? Остаје да се види у времену које долази.

Литература

- Анђелковић, М. (2012). *Јавне финансије и финансијско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу
- Brümmerhoff, D. (2000). *Javne financije*. Zagreb: Mate
- Димитријевић, М. (2009). Хармонизација пореза у Европској унији – очекивања и резултати. *Право и привреда*. 5–8. 284–295
- Erdős, É. (2011). The Legal Sources and Steps of the European Tax Harmonization. *Curentul Juridic*. 2(14). 40–54
- Zielke, R. (2011). The Changing Role of Tax Havens – An Empirical Analysis of the Tax Havens Worldwide. *Bulletin for International Taxation*. 1(65). 42–56
- Плић-Попов, Г. (2004). *Пореско право Европске уније*. Београд: Службени гласник
- Јелчић, В. (1997). *Јавне финансије*. Zagreb: Informator
- Kesner-Škreb, M. (2007). Porezna harmonizacija. *Financijska teorija i praksa*. 3(31). 305–307
- Lončarić-Horvat, O. (2004). Porezno pravo Europske unije. *Pravo i porezi*. 5 (svibanj). 57–63
- Mijatović, N. (2008). Stope poreza na dodanu vrijednost u Europskoj uniji i nekim drugim državama. *Pravo i porezi*. 6 (lipanj). 62–75
- Musgrave, P. B., Musgrave, R. (1990). Fiscal Coordination and Competition in an International Setting. In K. Vogel (editor), *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness* (pp. 60-86). Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers
- Owens, J. (2009). Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters. *Bulletin for International Taxation*. 7(63). 557–558
- Поповић, Д., Илић-Попов, Г. (2012). Екстерна димензија секундарног права Европске уније о директним порезима. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LX). 35–55

- Sokol, N., Burgler T. (2011). Specifičnosti sustava oporezivanja dobiti u RH i njegova prilagodba potrebama stupanja u članstvo EU, *Ekonomija/Economics*. 1(18). 143–164
- Stakić, B., Barać, S. (2008). *Javne financije*. Beograd: Univerzitet Singidunum
- Seer, R., Gabert, I. (2011). European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements. *Bulletin for International Taxation*. 2(65). 88–98
- Steichen, A. (2003). Tax Competititon in Europe or the Timing of Leviathan. In W. Schon (editor), *Tax Competition in Europe* (pp. 43–119). Amsterdam: IBFD
- Stojanović, R. S. (2010). *Nepravilna poreska konkurencija u Evropskoj uniji*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
- Schön, W. (2003). Tax Competition in Europe – General Report. In W. Schon (editor), *Tax Competition in Europe* (pp. 1–42). Amsterdam: IBFD
- Schön, W. (2000). Tax Competition in Europe – the Legal Perspective. *EC Tax Review*, Vol. 2. 90–105
- Tadin, H. (2011). Pogled na oporezivanje dobiti iz Europske unije. *Ekonomija/Economics*. 1(18). 165–176
- Trandafir, A. (2013). Tax Harmonization Measures at EU Level in the Corporate Tax Field. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*. 5 (2). 647–655
- Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue (1998). Paris: OECD
- Hoek, van der M. P. (2003). Tax Harmonization and Competition in the European Union. *Journal of Tax Research*. Vol. 1. No. 1. 19–36
- Hrustić, H. (2011). *Poreska harmonizacija u Evropskoj uniji*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu
- Hrustić, H. (2009). Bitne promene u zajedničkom sistemu PDV u Evropskoj uniji. *Pravo – teorija i praksa*. 11–12. 15–32
- Hrustić, H. (2008). Izmene odredbi o stopama PDV ukidanjem Šeste direktive EU. *Evropsko zakonodavstvo*. 25–28. 55–59
- Šimović, H. (2006). Harmonizacija izravnih poreza u Evropskoj uniji. *Računovodstvo i finansije*. 2 (52). 182–188
- Šimović, J., Šimović, H. (2006). *Fiskalni sustav i fiskalna politika Europske unije*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
- Šimović, J. (2005). Nelojalna konkurencija pri oporezivanju poduzeća u Europskoj uniji, U *Hrvatska pred vratima EU – fiskalni aspekti*. (65–79) Zagreb: HAZU

Marina Dimitrijević, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

The European Integration Process and The Future of National Tax Systems

Summary

The establishment of the European Union (EU) has had a huge impact on Europe which has become a substantially different place as compared to what it used to be in some earlier times. In the field of taxation, the EU Member States are generally required to fully implement of the process of tax harmonization. In fiscal terms, harmonization implies the coordination of particular taxes, tax structures and tax policies among states. As the primary objective of the EU is to establish the common market, to prevent distortion and to eliminate obstacles hindering the free movement of goods, services, capital and people, the first step towards accomplishing these goals has been the harmonization of indirect taxes: the Value Added Tax and (partly) excises. The results have been much more inconspicuous in the harmonization of direct taxes: the personal-income tax, the corporate tax, and property taxes.

The harmonization of direct taxes in the EU is still a current issue, particularly in view of the unfair tax competition and the need to strengthen and promote the development of the European common market. However, in reality, EU Member States consistently keep protecting their tax sovereignty and putting off the full harmonization of their legislation on direct taxes for some other time. In the contemporary circumstances, the activities which deserve undivided attention are the efforts aimed at improving tax cooperation between EU Member States and their tax administrations.

In this paper, the author analyses the characteristics of tax harmonization and tax competition. Further on, the author discusses the arguments for and against tax harmonization, as well as the pros and cons of tax competition. Bearing in mind the current state of affairs, the evident problems in the field of tax harmonization at the EU level and the willingness of Member States to improve their tax cooperation, the author suggests possible directions for the development of national tax systems of the EU Member States in the future.

Key words: taxes, tax system, tax policy, European Union, tax harmonization, tax competition, tax coordination.

Др Александар Мојашевић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ЕФИКАСНОСТ (СУДСКЕ) МЕДИЈАЦИЈЕ У СРБИЈИ У ОДНОСУ НА ПОЈЕДИНЕ ЕВРОПСКЕ ЗЕМЉЕ**

Апстракт: У овом раду аутор испитује ефикасност (судске) медијације у Србији у односу на поједине европске земље. Полазећи од, у теорији истакнута, три приступа у промоцији медијације у континенталном делу Европе: легалистичког, прагматичног и приступа базираног на промоцији културе медијације, желимо да установимо који је приступ примењен у Србији и да, на компаративној основи, увидимо предности и недостатке истог у односу на приступе који су примењени у појединим европским земљама. Притом, критеријум процене ефикасности различитих приступа биће учесталост покренутих поступака медијације и утицај на фреквенцију судских (пре свега, парничних) поступака. У том циљу, издвајамо Италију као типичног представника легалистичког приступа; Холандију и Данску као представнике прагматичног приступа; и Швајцарску као репрезента приступа базираног на култури. Резултати до којих смо дошли у овој компаративној анализи указују на то да, упркос предностима једног над другим, не постоји ефикасан универзални приступ који би био примењен у свим европским земљама, као и да је у Србији примењен очито погрешан приступ у промоцији медијације, те га је потребно значајно модификовати у правцу снажније едукације људи о овом АДР методу, али и промене појединих законских решења која су се показала као неефикасна у примени.

Кључне речи: ефикасност, медијација, Србија, Холандија, Данска, Италија, Швајцарска.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

1. Увод

У Националној стратегији реформе правосуђа из 2006. године¹ *ефикасност правосуђа* истакнута је као једно од основних начела реформе. У оквиру овог начела реформе, као циљ је постављено *унапређење приступа правосуђу*, и то на два начина: развијањем система правне помоћи и *унапређењем система решавања спорова медијацијом*. С друге стране, у новој, и још увек актуелној, *Националној стратегији реформе правосуђа за период 2013–2018. године* (скр. Стратегија),² дата је тренутна оцена постојећег система медијације, а која се своди на следеће: нејасан правни статус и лоше функционисање Центра за медијацију; лоша координација Центра са другим институцијама, пре свега судовима, услед чега је дошло до гашења различитих програма медијације; као и недовољна популаризација ових програма широј јавности. Из тог разлога, формирана је Радна група за израду новог закона о медијацији,³ који би требало да успостави, како се у Стратегији истиче, „потпуно нов и функционалан систем медијације“. Да ли је за успостављање овог (легитимног) циља потребно донети само нови закон, или је неопходно предузети и друге реформске мере, представља питање које заокупља нашу пажњу. Да бисмо дошли до одговора на ово питање, наша истраживачка пажња усмерава се на оне земље које су успоставиле функционалан систем медијације, и нарочито на *факторе* који су довели до тога, као и на земље које имају потешкоћа да успоставе исти. Одређени аутори (De Palo, Harley, 2005: 469–479) у прву групу земаља издвајају: Холандију, Данску и Швајцарску, а у другу групу Италију. Наш циљ је установити законске, али и друге мере које Србија може да преузме од ових земаља, ради успостављања „потпуно новог и функционалног система медијације“.

2. Медијација у Србији

2.1. Почеци примене и нормативни оквир медијације

Почетак примене (судске) медијације у Републици Србији (Недић, Тоскић, 2012: 7–10) везује се за пилот-пројекат *Недеља поравнања*, који је отпочео са реализацијом 2002. године у Врховном суду Републике Србије. Иако је дао одређене резултате, пројекат није заживео због приговора Министарства

1 Стратегија је доступна на: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678

2 Стратегија је доступна на: <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna%20Strategija%20reformе%20pravosudja%20za%20period%202013.-2018.%20godine.pdf>

3 Радна верзија Нацрта закона из 2013. године доступна је на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

правде да иновирани поступак није у складу с одговарајућим одредбама тадашњег ЗПП-а. Ипак, овај пројекат је дао замањ реализацији сличних пројеката медијације у другим судовима, не само у Београду (рецимо, у Првом и Другом општинском суду у Београду), већ и у другим већим српским градовима, попут: Ниша, Новог Сада или Суботице. Њихова реализација била је праћена стручном и финансијском подршком међународних организација и удружења, попут: Међународне финансијске корпорације (IFC) или Америчког удружења правника (ABA/CEELI).

Узимајући у обзир да је реч о пионирском подухвату у имплементацији медијације у оквиру домаћег правног система, почетни резултати ових пројеката били су задовољавајући. Медијација је прихваћена у стручним круговима и наишла је на добар пријем опште јавности. У таквој друштвеној атмосфери приступило се изради законског прописа који би на целовит начин регулисао овај АДР метод. Тако је 2005. године донет *Закон о посредовању – медијацији*⁴ (у даљем тексту: Закон), као основни и кровни закон у овој материји. Након постављања нормативног оквира медијације, приступило се успостављању институционалне структуре за примену медијације, уз значајну финансијску подршку влада страних држава (рецимо, Владе Холандије) или међународних организација (споменути IFC). Тако је успостављен Центар за медијацију у Београду, али и бројна одељења за медијацију, просторно и организационо везана за основне судове у већим српским градовима.

Србија је кренула са пилот-пројектима медијације, успоставила нормативни оквир медијације, изградила какву-такву институционалну структуру за примену медијације, имала стручну и финансијску подршку појединих страних држава, организација и удружења, али упркос томе резултати у примени медијације у скоро десетогодишњем периоду могу се слободно оценити као поражавајући! Наиме, у целокупном периоду, од почетка примене Закона 2006. године до октобра 2013. године, *укупно је решено нешто више од 3.500 предмета у поступку медијације на националном нивоу*.⁵ Оволики број решених предмета у медијацији засигурно није могао да утиче на смањење броја предмета који чекају на решавање пред српским судовима опште надлежности. Довољно је погледати Извештај Врховног касационог суда Србије,⁶ рецимо за 2012. годину,⁷ и видети да је укупан број

4 Закон о посредовању – медијацији, *Сл. гласник РС*, 18/05.

5 Податак преузет са: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, приступ: 10. март 2014. године.

6 Видети: http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf

7 Исти закључак проистекао би из анализе Извештаја Врховног касационог суда Србије за 2011. годину (2.742.772 нерешена предмета на крају извештајног периода). Претходне, 2010. године, било је скоро милион нерешених предмета на крају извештајног периода,

нерешених предмета, на крају те године, износио *преко два и по милиона* пред српским судовима опште надлежности. Основно питање јесте: који су узроци слабе примене медијације у Србији? Ово питање нас води до квалификације и оцене приступа у промоцији и примени медијације у Србији.

2.2. Квалификација и оцена приступа у промоцији медијације у Србији

У Србији се кренуло са имплементацијом медијације *прагматично*, узимајући у обзир пилот-пројекте који су имали за циљ да уведу медијацију у наш правни систем, пре свега, преко судова. Прагматизам у примени новог правног института, недовољно познатог нашој општој, па и стручној јавности, дао је почетне добре резултате. Потом је уследио логичан корак ка *нормативном уобличавању* овог АДР метода, доношењем посебног Закона 2005. године. Од тада, као да је све кренуло „низбрдо“ (узимајући у обзир горенаведене податке о броју медијација на националном нивоу), те се стиче утисак да је узрок слабе заступљености медијације у Србији погрешно конципиран нормативни оквир! Да ли би ситуација била другачија да је био донет другачији закон (са битно другачијим концептом медијације), или се узроци (намерно инсистирамо на множини узрока) слабе примене медијације налазе ван нормативне сфере? Пажљив одговор на ово питање изискује првенствено емпиријску потврду могућих узорка, али пре тога, издвајамо оне факторе слабе заступљености медијације у Србији који се у домаћој теорији најчешће спомињу. Наиме, неки домаћи аутори (Недић, Арсић, 2011: 11) наводе следеће разлоге: лоша законска решења; приоритет у решавању неких других питања у транзиционом периоду; неразумевање суштине медијације у општој јавности; недостатак сарадње кључних институција и одговорних лица; схватање медијације као инструмента за остварење профита, слаба популаризација, итд. С друге стране, једна новија емпиријска студија (Мојашевић, 2014а: 103–245) указује на узроке слабе примене медијације у Србији, пре свега, када је реч о важећим законским решењима: законски усвојен концепт добровољне медијације и медијације по упуту суда који није дао резултате, али и законска одредница да склопљени споразум у поступку медијације има снагу вансудског поравнања; висока такса за покретање поступка медијације као фактор који је демотивисао странке да бирају медијацију, нарочито у

али је тај број *и даље висок* ако се упореди са бројем предмета решених у поступку медијације. Извештаји су доступни на: http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf, http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf

споровима мале вредности; неинформисаност странака и других учесника у поступку о овом АДР методу; недостатак популаризације медијације у Србији, недостатак едукативних активности, и други.

Већ на први поглед се уочава, а то се могло и интуитивно наслутити, да нормативни оквир није, и не може бити, „главни кривац“ слабе примене овог АДР метода у Србији. Али, то не значи да је законописац лишен било какве одговорности. Доказ ове тврдње лежи у чињеници да је од 2008. године до данас формирано *неколико* радних група за израду *новог* закона о медијацији, са очекивањем да ће побољшати ефикасност овог правног института. И поред тога што поједини аутори (Мојашевић, 2014б) указују на то да нема места претераном оптимизму у погледу повећања ефикасности медијације *pro futuro* у Србији, уколико се сагледа последња *радна верзија Нацрта закона о посредовању о решавању спорова* из 2013. године, то не значи да не треба поправљати постојећи Закон. Питање је само у ком смеру (у погледу конципирања закона) треба ићи, сада након скоро десет година неефикасне примене медијације у Србији. Аутор овог рада је у својој студији (Мојашевић, 2014а: 236–245) издвојио и препоручио следеће (реформске) мере: усвојити обавезну медијацију у одређеним споровима, као привремено целисходно решење; поједноставити поступак давања извршне снаге споразуму у медијацији; снизити таксу за покретање поступка медијације; радити на подизању свести грађана о значају алтернативног решавања спорова, при чему увођење обавезне медијације управо томе и служи, итд. Иначе, концепт обавезне медијације је усвојен у Италији, са почетним солидним резултатима, упркос бројним отпорима, пре свега, од Адвокатске коморе Италије (Мојашевић, 2014в). У наставку, посвећујемо посебну пажњу медијацији у Италији.

3. Медијација у Италији

3.1. Почеци примене и нормативни оквир медијације

Типичан представник легалистичког приступа у промоцији и примени медијације јесте Италија. Подстакнута кризом у правосуђу, ова медитеранска земља постепено је почела да уводи медијацију у национални правни систем, почев од деведесетих година 20. века. Иначе, криза се огледала у томе да је, рецимо, просечно трајање парничног поступка износило скоро *1.300 дана*, док се на правоснажну пресуду, након покренутог жалбеног поступка, морало чекати *и више од десет година* (De Palo, Carmeli, 2005: 351). Такође, на (очити) закључак о лошем стању у италијанском правосуђу наводе и најновији подаци (прикупљени 2010.

године) *Европске комисије за ефикасност правосуђа – ЦЕПЕЈ* (Jean, Jorgu, 2013: 34), који казују да је у Италији, у грађанској материји, потребно 493 дана за решавање старих (заосталих) предмета, упркос томе што је италијанско правосуђе у стању да решава онолико (нових) предмета колико прими по години (тај индикатор износи преко 110%). Једноставије речено, Италија се суочава са великим бројем заосталих предмета, и поред чињенице да се 2010. године, у односу на претходне године, ситуација незнатно побољшала због увођења таксе на новопридошле предмете (енг. *tax on incoming cases*). У теорији (De Palo, Carmeli, 2005: 352) су означени и могући узроци таквог стања: ригидност и претерани формализам постојећег судског система, као последица феномена означеног као „путања зависности“, тј. инклинација одређених институција (првенствено судова и адвокатских комора) ка одржању постојећег стања и исказивању отпора ка било каквим променама у правосуђу.

Процес увођења медијације у Италији одвијао се постепено, у виду сукцесивног доношења бројних правних аката којима је нормирана медијација у различитим правним областима. На овом месту нећемо наводити све правне акте релевантне у овој материји, али издвајамо неколико (Bruni, Sitzia, 2013: 49–50). Пре свега, 1991. године, Парламент Италије створио је правну подлогу за конституисање посебног суда за мирно решавање спорова (енг. *Justice of the Peace*; итал. *Giudice di Pace*); потом, 1993. године, усвојен је Закон бр. 580, који је омогућио привредним коморама широм Италије да отворе центре за пружање услуга медијације; исте године, Законом бр. 281, удружењима потрошача дато је право да решење спорова са разним правним лицима потраже пред привредним коморама; затим, 2003. године Влада је донела Уредбу бр. 5 којом су предвиђене медијација и арбитража за решавање спорова у корпоративном сектору (укључујући банкарски и финансијски сектор); 2006. године усвојен је амандман бр. 55 на Грађански законик, којим је предвиђена медијација за решавање спорова приликом преноса породичне фирме на потомке; 2007. године, посебном Уредбом бр. 179 медијација је предвиђена и за решавање спорова на финансијском тржишту, између инвеститора и брокера; 2010. године, Законом бр. 183 прописана је обавеза покушаја мирног решења спора у поступку медијације између послодаваца и радника у вези с уговором о раду, итд. Но, вероватно најзначајнија промена на плану регулисања медијације одиграла се 2009. године, усвајањем Закона бр. 69, којим је Парламент пренео овлашћење Влади да регулише медијацију у грађанским и трговинским стварима, што је она и учинила доношењем *Уредбе 28/2010*. Овом Уредбом у правни систем Италије уведена је *обавезна медијација пре покретања судског поступка у грађанским и трговинским*

споровима. На овом месту нећемо анализирати све одредбе ове уредбе, већ ћемо пажњу усмерити на фреквенцију поступака медијације *пре и после доношења Уредбе*, како бисмо стекли увид у њену делотворност.

3.2. Учесталост поступака медијације у Италији

Након усвајања споменутог Закона бр. 580, 1993. године, дошло је до отварања бројних центара за медијацију широм Италије, махом при привредним коморама, али је број покренутих поступака медијације остао *занемарљив*. Следећи подаци поткрепљују овај став (De Palo, 2007: 2): од 1999. године до 2005. године, у АДР центру у Риму, највећем акредитованом центру за медијацију у Италији, покренуто је 327 поступака медијације, од чега је 277 поступака иницирано од једне стране у спору, 45 поступака јер је медијација била предвиђена као уговорна обавеза, три обавезна поступка медијације из телекомуникационог сектора и два поступка на предлог судије.

У теорији (De Palo, Carmeli, 2005: 352) се као могући узроци слабе заступљености медијације у пракси најчешће наводе недостатак новчаних средстава и неинформисаност грађана о овом АДР методу. С тим у вези, анкета Италијанског института за међународну трговину, публикована 2001. године, показала је *да 98% италијанских извозно оријентисаних предузећа никада није чуло за медијацију*, док је студија из 2001. године Италијанског националног института за статистику показала *да само 4% италијанских грађана зна да привредне коморе уопште пружају услуге медијације* (De Palo, Harley, 2005: 472). Такође, подаци ЦПР Међународног института за превенцију и решавање конфликта (De Palo, Harley, 2005: 473–475) указују и на *очито негативан (равнодушан, игнорантски) став адвоката према медијацији*, као могући узрок неефикасне примене медијације у Италији. Но, гледано са ширег друштвеног аспекта, поред већ наведене „путање зависности“, италијанска правна теорија (De Palo, Harley, 2005: 476–478) препознаје и друге разлоге: јефтин и релативно једноставан приступ судском решавању спорова; потенцијално угрожавање пословних интереса поједних група (пре свега, адвоката); скептичан став странака ка медијацији, који је последица, претежно, декларативних одредаба закона, без прецизно дефинисаних инструмената за примену истих; постојање веома рестриктивних правила која се односе на регистроване организације за пружање услуга медијације, итд.

Управо је оваква статистика приморала законодавца у Италији да преиспита постојећи концепт добровољне медијације. Говори се (Gabellini, 2010: 64–65) о *два колосека* којима је кренуо италијански законодавац: један

у правцу (даље) законодавне реформе, што је резултирало у законском увођењу *обавезне медијације* у одређеним споровима (споменута *Уредба 28/2010*), и други у правцу побољшања квалитета услуга медијације, у виду увођења акредитације за медијаторе и посебних програма обуке.

Према јавно доступним подацима (Morek, 2013), од марта 2011. године (када је почела да се примењује обавезна медијација) до октобра 2012. године иницирано је 215.689 поступака медијације, са просечном стопом успеха од 12%. Притом, ако се узму у обзир поступци у којима су тужени прихватили да учествују, стопа успеха је знатно виша и износи око 50%. Затим, у периоду од марта 2011. године до марта 2012. године, *мање од три процента* медијација иницирано је *на предлог судије*, што је незнатно повећање у односу на првих девет месеци у истом периоду (када је износило *два процента*). Истиче се (De Berti, 2012) да ово незнатно побољшање можда рефлектује промену резервисаног става италијанских судија према медијацији. Даље, када је реч о овлашћењу медијатора да сачини предлог споразума за решење спора, указује се на то да су медијатори предузимали иницијативу у том правцу у само *један проценат* свих случајева, док су, с друге стране, странке захтевале да медијатор сачини предлог споразума у *0,5%* свих случајева (Colombo, 2012: 79). Коначно, увођење обавезне медијације имало је за последицу драстично повећање броја центара за пружање услуга медијације, као и повећање броја образовних институција. Наиме, док је 2008. године било 37 медијацијских центара у Италији, дотле је тај број повећан на 843 крајем априла 2012. године; број институција које се баве едукацијом у овој области повећан је са 35 на 309 у истом периоду (De Berti, 2012). С тим у вези, у италијанској теорији (Colombo, 2012: 78) поставља се (можда и оправдано) питање: *да ли је ово повећање броја центара и образовних институција заиста било неопходно и зар се тиме не губи на квалитету пружених услуга медијације?*

Све у свему, пре усвајања Уредбе, број медијација био је на веома ниском нивоу; њеним ступањем на снагу, број покренутих поступака медијације је повећан, али се генерална оцена о успешности медијације може дати тек након извесног протека времена.

4. Медијација у Швајцарској

4.1. Почети примене и нормативни оквир медијације

У Швајцарској постоји дуга традиција мирног решавања спорова, пре свега, путем *концилијације (мирења)*. У овој земљи концилијација увек је имала израженију улогу у решавању спорова у односу на класичан, судски,

начин решавања спорова. Иначе, концилијација има више појавних облика: мирење на конференцији за склапање поравнања којом руководи мировни судија (енг. *justice of the peace*), мирење у оквиру посебних мировних судова (Schlichtungsbehörden) и мирење у оквиру институције (јавног и приватног) омбудсмана. У већини швајцарских кантона, концилијација је обавезна прелиминарна фаза судског поступка и углавном се спроводи на конференцији за склапање поравнања. Ове конференције имају солидну стопу успеха, будући да проценат склопљених поравнања износи преко 40% (Meier, 2006: 4–5).

С друге стране, *медијација*, као друга подједнако значајна (али не толико успешна) форма АДР-а у Швајцарској, отпочиње свој развитак 1980. године, пре свега, под утицајем развоја ове правне установе у Америци и Канади. Првобитно, медијација је погодна тло за примену нашла у породичноправној материји, али је постепено почела да шири подручје примене и на друге гране права, попут: трговинског права, радног права, еколошког права, у случају спорова између кантона, или спорова између кантона и федерације, итд. Тако је 2005. године медијација озакоњена у кантону Женева у грађанскоправној материји; то је дало подстицај и другим швајцарским кантонама да нормирају овај АДР метод у грађанској и кривичној материји. Но, медијација је нормирана и на федералном нивоу, и то у управном поступку и кривичном поступку за малолетнике. Затим, 2007. године, Швајцарска привредна комора и индустрија усвојила је тзв. *Правила медијације* (енг. *Swiss Mediation Rules*) са намером даљег промовисања овог АДР метода. Потом, 1. јануара 2011. године, на федералном нивоу, ступио је на снагу *Швајцарски грађански законик (ШГЗ)*, у којем је предвиђена медијација као метод решавања грађанскоправних спорова. Карактеристично је то да швајцарски законодавац није нашао ослонац за регулисање медијације у Директиви Савета Европе која је релевантна за ову материју.⁸ Поред тога, швајцарски законодавац није регулисао посебно поступак медијације, већ само *однос* овог поступка и парничног поступка. Према одредбама ШГЗ, странке се могу заједнички обратити надлежној институцији за спровођење поступка концилијације и тражити супституцију поступка концилијације поступком медијације. Ако је судски поступак у току, странке могу упутити заједнички захтев суду за отпочињање поступка медијације; у том случају, судски поступак ће бити аутоматски суспендован. Видимо да се одредбе ШГЗ односе само на тзв. *судску медијацију* (која представља алтернативу поступку концилијације), али не и на поступак медијације који је инициран *независно* од покренутог судског поступка (Baizeau, Kunz, 2013: 93, 95).

⁸ Директива 2008/52/ЕС. Ова директива се не може директно применити у Швајцарској, јер ова земља није чланица ЕУ.

4.2. Карактеристике медијације у Швајцарској

Можемо издвојити неколико карактеристика ове правне установе у Швајцарској (Baizeau, Kunz, 2013: 93, 95). Прво, у овој земљи доминира концепт *добровољне медијације*; једино је, према одредбама ШГЗ, концилијација обавезна прелиминарна фаза након иницирања парничног поступка, али која се може супституисати, као што је речено, поступком медијације. Иначе, судија је овлашћен да *информише и саветује* странке о могућности решења спора медијацијом, али ако странке не поступи према препоруци судије, неће трпети никакве санкције. Штавише, и у породичној материји, судија не може *присилити* странке да иду на медијацију; то може да учини једино орган старатељства, под условом да је то у интересу детета. Друго, у Швајцарској је доминантна *приватна медијација* коју спроводе многобројне (приватне) организације. Но, осим медијације која се спроводи независно од судског поступка (вансудска медијација), паралелно постоји и *судска медијација*, тј. медијација која је везана за покренути (парнични) поступак. Треће, у овој земљи, доминира *фацилитативан тип медијације* и медијације која је усмерена на *интересе страна у спору*. Притом, медијатор може држати заједничке, али и одвојене састанке са странама у спору. Коначно, за разлику од обавезне концилијације која се може подичити високом учесталашћу (што је природна последица њене обавезности) и солидном стопом успеха (око 40%), таква тврдња не може се изрећи за медијацију. Можда учесталост медијације у Швајцарској најбоље описује следећа тврдња: „Висока понуда [*услуга медијације*] наспрот ниској тражњи“ (Meier, 2006: 18). Дакле, ако се изузму спорови из породичноправне материје и, донекле, радноправне материје, фреквенција поступака медијације у овој земљи није на задовољавајућем нивоу, посебно ако се узму у обзир карактеристике културе ове земље. А ову земљу карактерише *култура дијалога и мирног решавања спорова* (пре свега, непосредним преговарањем и мирењем), што за последицу има придавање мањег значаја, за разлику од Србије, судском начину решавања спорова. Стога, можда је најбоље закљутити овај одељак речима горенаведеног аутора (Meier, 2006: 19) да фокус пажње у Швајцарској није на повећању фреквенције поступака медијације како би се снизио број покренутих судских поступака, *већ на повећању коришћења медијације у рангу непосредног преговарања и концилијације!*

5. Медијација у Холандији и Данској

5.1. Медијација у Холандији: историјски развој

Почетак развитка медијације у Холандији (De Roo, Jagtenberg, 2002: 128–133) везује се за 16. век и институцију под називом *Leidse Vredemakers* (енг. *Layden Peacemakers*), која је касније, под утицајем законодавних промена условљених Француском револуцијом, променила назив у *Bereaux de Paix*, односно *Juges de Paix*. Од тада у Холандији постала је уобичајена пракса да судија, током судског поступка, и то у случајевима из породичноправне материје (најчешће разводи бракова) поступа као медијатор. С друге стране, у другој половини 19. века, дошло је до постепене примене медијације, али и других АДР метода (концилијације и арбитраже), у радноправној области, махом у споровима између послодаваца и радника. Ови поступци мирног решавања радних спорова углавном су били иницирани на добровољној основи и спровођени су ван судова. Затим, у 20. веку, у Холандији су осниване различите институције за пружање услуга медијације, рецимо, *Владин медијатор*, као државна институција за посредовање у радним споровима (која је укинута после Другог светског рата), или *Одбори за решавање спорова* у области права потрошача, који су, за разлику од претходно наведене институције, оправдали своје постојање, првенствено због неформалног карактера поступка посредовања. Коначно, седамдесетих и осамдесетих година 20. века, Холандија се суочила са кризом у правосуђу (слична ситуација постојала је и у Италији, и код нас у новије време), која се манифестовала у преоптерећености судова, претераном формализму и високим трошковима судског поступка, дуготрајним поступцима, итд. Но, за Холандију је ова криза у правосуђу представљала *изазов* на који је требало одговорити применом одговарајућих мера, од којих је примена и даља афирмација АДР метода, под утицајем америчког покрета за развој медијације и других АДР метода, представљала најподеснији избор. Притом, холандска држава није стајала по страни, већ је препознајући значај медијације и АДР метода, пружила финансијску и другу подршку приватној иницијативи за развој медијације. Тако је 1993. године основан *Холандски институт за медијацију* (скр. ХИМ), у сврху информисања шире јавности о медијацији и подстицања примене и унапређења медијације у пракси. Оснивање овог института представљало је *прекретницу* у институционалном развоју медијације у Холандији. ХИМ се сматра „кровном“ институцијом, води регистар акредитованих медијатора, сарађује са другим институцијама и државним органима. Ако се узме у обзир податак (De Roo, Jagtenberg, 2002: 130) да су, рецимо, у петогодишњем периоду (1996–2001), пред овим

институтом инициране 1.222 медијације и, притом, тај број упореди са бројем акредитованих медијатора (рецимо, од 1993. године до 2002. године било их је преко 2.000, са даљом тенденцијом раста), уочава се феномен, који је, иначе, присутан и у Швајцарској – *знатно виша понуда услуга медијација у односу на тражњу за тим услугама*. Такође, новији подаци Цепеја (СЕРЕЈ, 2012: 139) јасно указују на постојање великог броја акредитованих медијатора у Холандији: *преко двадесет на 100.000 становника, или у апсолутној вредности: 4.015*, што је највећи број у односу на посматране европске земље.

Министарство правде Холандије је своју активну улогу у промоцији медијације показало и развијањем посебних пројеката *судски анексираних медијација*. Тако су 1996. године реализована два таква пројекта, да би се наредних година наставило са сличним активностима. Рецимо, од 2000. до 2003. имплементиран је пројекат под називом *Алтернативно решавање спорова и медијација*, који је садржао два специфична пројекта: *Судски иницирана медијација*, са циљем даљег развијања система судског упућивања странака на медијацију, и *Медијација и правна помоћ*, са циљем превентивног решавања спорова пре иницирања судског поступка и развијања система пружања правне помоћи странама у спору.

Напоследку, рецимо и то да је у Холандији развој ове правне установе био праћен публикавањем посебних часописа о медијацији (рецимо, *Journal for Mediation*), као и оснивањем приватних институција за пружање обуке медијаторима, што је касније утицало и на развијање посебних курсева о медијацији, претежно на правним факултетима.

5.2. Нормативни оквир и учесталост медијације у Холандији и Данској

У Холандији не постоји општи и основни закон који би регулисао медијацију на целовит начин, попут Србије или других земаља. Поред тога, ваљало би споменути (Pel, 2012) и то да је холандски Парламент покушао да регулише одређена питања везана за медијацију на бази Директиве 2008/52/ЕС. Ипак, ови напори нису уродили плодом. Но, упркос непостојању општег нормативног оквира, могу се издвојити *Правила медијација ХИМ-а* из 1995. године, са одређеним изменама из 2000. године. Постоје три базична принципа која извиру из ових *Правила медијације*, која су, иначе, базирана на *УНЦИТРАЛ-овим правилима о мирењу из 1980. године*:⁹ а) принцип добровољности, б) принцип независности и непристрасности медијатора, и в) принцип поверљивости и приватности. Истакнута позиција првог

9 Видети: Art. 2, 7, 14, 20 of UNCITRAL Conciliation Rules, A/RES/35/52, 10.12.1980.

принципа указује на то да је у Холандији доминантан *концепт добровољне медијације*, упркос томе што се и у овој земљи водила дебата око тога да ли се принцип добровољности односи само на одлуку странака да спор реше медијацијом, или, рестриктивније тумачено, само на слободу странака да прихвате или не прихвате предлог споразума у поступку медијације; ако би се овај принцип тумачио рестриктивније, то би отворило врата и *концепту обавезне медијације*, око чега, постоје подељена мишљења у Холандији (De Roo, Jagtenberg, 2002:135, 145). У сваком случају, у Холандији странке могу слободно покушати да реше спор пред бројним институцијама за пружање услуга медијације, од којих је водећи Холандски институт за медијацију. Поред тога, као што је речено, у овој земљи постоји и *институционално упућивање странака на медијацију*, пре свега од стране суда, које је, између осталог, и установљено ради популаризације медијације међу грађанима.

С друге стране, када је реч о учесталости медијације у Холандији, примера ради, 2011. године било је око 52.000 поступака медијације, од чега највише у породичноправној материји (17.058 или 33%) и радноправној материји (12.922 или 25%) (Pel: 2012). Затим, према једном истраживању из 2010. године (Vogels, van der Zeijden, 2010: 47) у већини случајева (тачније, у око 69% случајева) медијација је допринела (потпуно или делимично) разрешењу спора, при чему је највећи успех овог АДР метода у домену породичног и радног права (36,7%, односно 34,4%). Но, исто истраживање (Vogels, van der Zeijden, 2010: 49) *није показало значајнију предност медијације на другим формама АДР-а*, будући да би у три четвртине случајева странке поново бирале онај АДР метод (медијацију или други) који су претходно користиле за решење спора.

Дакле, Холандија је, уз подршку надлежних државних институција, експерименталним путем кренула са применом медијације, при чему је приватни сектор препознао свој интерес и подржао развој ове правне установе. На тај начин, Холандија је индиректно пружила доказе да легалистички приступ у промоцији медијације (*тзв. приступ одозго-надоле*) није *condition sine qua non* успеха у примени медијације, како би се на први поглед могло закључити. Но, поред Холандије, и Данска потврђује ову тезу. У Данској се медијација нашироко користи, упркос минорној законодавној активности у овој области. За разлику од других скандинавских земаља, судска медијација у Данској нема толики значај, као ни медијација прописана законом, али је учесталост ове правне установе у пракси висока (De Palo, Carmeli, 2005: 349). С друге стране, најновији Извештај Цепеја из 2012. године, (СЕРЕЈ, 2012: 132–141) указује на то да у Данској доминира медијација иницирана од стране суда или друге јавне институције, као и медијација коју спроводи судија, као и да

не постоји медијација на предлог јавног тужиоца. Притом, у грађанским, трговинским и породичним стварима, примењује се судска медијација и медијација коју спроводи судија. У домену породичног права, медијацију спроводе и друге јавне институције, поред суда. У другим споровима (нпр. управним или кривичним), медијација се не користи у овој земљи. Додајмо да је у овој земљи предвиђена и правна помоћ странкама за учествовање у овом поступку.

6. Закључак

Анализа ефикасности медијације у посматраним земљама (Србија, Италија, Швајцарска, Холандија и Данска) јасно је показала да приступ у промоцији медијације игра важну улогу у степену прихватања ове правне установе, самим тим, и њеној заступљености у пракси. Медијација је постигла највећи успех, у смислу заступљености, у земљама које су користиле приступ *одоздо-нагоре*, тј. које су експериментално кренуле са применом медијације, да би се потом окренуле законодавној активности у овој области (Холандија и Данска). Наравно, и ове земље имају одређених проблема у примени медијације, али су ти проблеми квалитативно другачији у односу на друге посматране земље, првенствено у односу на Србију. С друге стране, Италија је земља у којој је реформа у овој области изведена прилично *хетерогено*, са крајњим исходом у виду ниске фреквенције поступака медијације. Зато је ова земља 2010. године увела мандаторну медијацију, пре свега, у сврху популаризације ове правне установе, а какав ће бити крајњи резултат, остаје да се види.

Будући да је Србија земља у којој ова правна установа није постигла завидан успех, поставља се питање шта може да научи из искуства других (за потребе наше анализе изабраних) европских земаља. Прво, то што Србија има општи закон који регулише ову материју, упркос испољеној неефикасности легалистичког приступа, не мора да буде лоше. Потребно је само поправити одређена законска решења ради популаризације ове правне установе. Према нашем мишљењу, и узимајући у обзир скоро десетогодишње (лоше) искуство са применом добровољне медијације, једна од (значајних) мера била би увођење добро осмишљеног *система обавезне медијације*, као привременог целисходног решења. Ово би требало да допринесе решавању горућег проблема у примени медијације у Србији: недовољној информисаности о овој правној установи. Поред тога, швајцарско искуство нас учи да је потребно улагати (материјално и на други начин) у *едукацију* и подизање свести грађана о значају медијације. До културе дијалога и мирног решавања спорова, између осталог, може

се доћи интензивирањем едукативних активности, при чему, школа, као институција, има пресудну улогу, наравно, уз подршку надлежног министарства.

На самом крају, ваљало би истаћи да не постоји јединствени приступ у промоцији и примени медијације који би био применљив у свим земљама, као и да легалистички приступ не мора нужно да буде неефикасан. Ову тврдњу потврђује систем медијације у Америци, у којој је законодавна активност у овој области веома интензивна, а притом ова земља има огроман успех у примени медијације и других АДР метода. Стога, добро осмишљен приступ у промоцији и примени медијације подразумева узимање у обзир карактеристика културе једне земље, уз продубљено компаративно проучавање ефикасности ове правне установе са другим (пре свега, културолошки) сличним земљама. У случају Србије, чини нам се да је италијанско искуство најкорисније.

Литература

- Baizeau, D., Kunz, A. C. (2013). Switzerland. U Renate Dendorfer-Ditges (Prir.), *Mediation in 16 jurisdictions worldwide 2013*. London: Law Business Research Ltd.
- Bruni, A., Sitzia, M. (2013). Italy. U Renate Dendorfer-Ditges (Prir.), *Mediation in 16 jurisdictions worldwide 2013*. London: Law Business Research Ltd.
- Colombo, F. G. (2012). Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems. *Ritsumeikan Law Review*. 29. 71–80
- De Berti, G. (2012). *Mandatory mediation: the Italian experience, two years on*. [Electronic version]. Retrieved 21, April 2014, from <http://www.international-lawoffice.com>
- De Palo, G. (2007). *Cross-Border Commercial Mediation: How Legislation Affects Mediation Use*. [Electronic version]. Retrieved 7, May 2014, from http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5_en.pdf
- De Palo, G., Carmeli, S. (2005). Mediation in Continental Europe: A Meandering Path Toward Efficient Regulation. U C. Newmark i A. Monaghan (Prir.), *Butterworths Mediators on Mediation: Leading Mediator Perspectives on the Practice of Commercial Mediation*. Manchester: Tottel Publishing
- De Palo, G., Harley, P. (2005). Mediation in Italy: Exploring the Contradictions. *Negotiation Journal*, 21(4). 469-479
- De Roo, A., Jagtenberg, R. (2002). Mediation in the Netherlands: Past – Present – Future. *Electronic journal of comparative law*. [Electronic version]. Retrieved 28, April 2014, from <http://www.ejcl.org/64/art64-8.pdf>

Директива 2008/52/ЕС Европског парламента и Савета ЕУ од 21. маја 2008. године о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe. *European judicial systems, Edition 2012 (data 2010): Efficiency and quality of justice.* (2012)

Gabellini, R. (2010). *The Italian Mediation Law Reform* (ADR Bulletin, 12(3), Article 4). [Electronic version]. Retrieved 1, May 2014, from <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss3/4>

Извештај Врховног касационог суда Србије за 2012. годину, http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf

Извештај Врховног касационог суда Србије за 2011. годину, http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf

Извештај Врховног касационог суда Србије за 2010. годину http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf

Jean, J., Jorry, H. (2013). *Judicial systems of the European Union countries: Analysis of data by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe*

Meier, I. (2006). *Mediation and Conciliation in Switzerland.* [Electronic version]. Retrieved 27, April 2014, from <http://www.175jahre.uzh.ch>

Мојашевић, А. (2014а). *Економска анализа медијације: теоријско-емпиријска студија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Мојашевић, А. (2014б). Економска анализа појединих решења из Нацрта закона о посредовању у решавању спорова. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 66

Мојашевић, А. (2014в). *Ефикасност (судске) медијације у Италији и Србији: компаративна анализа*, mimeo

Morek, R. (2013). *Mandatory Mediation in Italy – Reloaded.* [Electronic version]. Retrieved 23, April 2014, from <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

Национална стратегија реформе правосуђа из 2006. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678

Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018. године, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna%20Strategija%20reforme%20pravosudja%20za%20period%202013.-2018.%20godine.pdf>

Недић, Б., Арсић, Ј. (2011). *Препоруке за развој и примену медијације у Србији*. Београд: Међународна финансијска корпорација (IFC).

Недић, Б., Тоскић, А. (2012). *Примена медијације у Србији: достигнућа и изазови*. Београд: Партнери за демократске промене

Pel, M. (2012). [Electronic version]. Retrieved 28, April 2014, from <http://kluwer-mediationblog.com/2012/03/07/promotion-and-legislation-on-mediation-in-the-netherlands/>

Радна верзија Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године. Доступна на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

UNCITRAL Conciliation Rules, A/RES/35/52, 10.12.1980

Vogels, R.J.M., van der Zeijden, P.Th. (2010). *The Situation Regarding Mediation in the Netherlands*. Rotterdam: The Netherlands Mediation Institute

Закон о посредовању – медијацији. *Службени гласник РС*. Бр. 18(2005). <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>

Aleksandar Mojašević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Efficiency of (Judicial) Mediation in Serbia as Compared to some European Countries

Summary

Analysis of efficiency of (judicial) mediation in Serbia and other European countries (Italy, Switzerland, the Netherlands and Denmark) illuminates the causes of poor representation of this legal institution in our country. Analysis of mediation in Italy, culturally most closely resembling country to Serbia, indicates that a legalistic approach to the promotion and implementation of mediation, especially if it is heterogeneous, is not efficient. On the other hand, countries that have implemented a bottom-up approach (“first applied, and then regulate”), such as the Netherlands and Denmark, have developed efficient mediation system. Switzerland, a country that relied on an approach based on the promotion of culture of mediation, has a mediation system that has not been developed to the extent to the developed system of conciliation. In any case, the Italian experience has taught us that the regulation of mediation is not a sure path to success in the implementation of this legal institution; Swiss experience highlights the importance of developing a culture of peaceful settlement of disputes; Dutch and Danish experience emphasizes pragmatism in the promotion and implementation of mediation. Since Serbia lacks an efficient regulatory framework of mediation, culture of peaceful dispute settlement and pragmatism in implementation of this legal institution, it seems that the experiences, for the purpose of analysis, observed countries are more than useful.

Key words: efficiency, mediation, Serbia, the Netherlands, Denmark, Italy, Switzerland.

Марко Димитријевић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 339.923:061.1EU

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИРИ НОВОГ ЕКОНОМСКОГ УПРАВЉАЊА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ (ЕВРОПСКИ СЕМЕСТАР)**

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесу институционални оквири новог економског управљања у Европској унији који су настали као одговор земаља чланица на последице глобалне економске и финансијске кризе. У том смислу су анализирани правни и економски услови настанка Економске монетарне уније као и значај традиционалних механизма економског управљања. У даљем тексту посвећује се пажња мерама Европског семестра, којим је практично предвиђено стварање фискалне уније, тачније, ради се о мерама које би требало да олакшају централизацију фискалне политике кроз реформу Пакта о стабилности и расту. Посебан акценат у раду стављен је на одредбе Фискалног споразума у циљу давања одговора на питање зашто нови институционални механизми економског управљања нису били успешнији у решавању кризе уз чињење одређених препорука *de lege ferenda*.

Кључне речи: Европска унија, Европски семестар, фискална политика, Фискални споразум, буџетска равнотежа, јавни дуг.

1. Увод

Проблеми који се уочавају у праву Европске уније у условима глобалне економске и финансијске кризе намећу потребу реформисања институционалних оквира управљања у Економској и монетарној унији. Још од оснивања Европске монетарне уније постало је јасно да таква

* markod1985@prafak.ni.ac.rs

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

унија не може опстати без заједничке економске политике. Правни аспекти заједничке монетарне политике имају своје правне последице, у смислу (не)могућности коришћења девизног курса у борби против асиметричних шокова и инфлације, што у условима постојања финансијске кризе може имати озбиљне правне, економске и политичке реперкусије (Snyder, 1999: 544–574). Институционални оквири новог економског управљања настали су изван оквира примарног права и аката секундарне легислативе и уобличени су одредбама Стратегије за паметан, одржив и инклузивни раст, мерама у склопу тзв. Европског семестра и Споразума о конституисању европског стабилизационог механизма (Burge, Saggi, Spring, 2013: 108–118). Како је уговор о оснивању ЕУ (чл. 136) експлицитно забрањивао кредитирање јавног дуга држава чланица (*no bailout clause*), током јануара 2013. године овај члан је ревидиран тако да се мере кредитне подршке више не третирају као облик солидарне одговорности за јавни дуг, већ се ради о мерама тренутне финансијске подршке (које се објашњавају постојањем рецесије), што је био предуслов за правно оправдање нових споразума. *Мишљења смо да је тешко процењивати правну комплементарност ових механизма сходно примарним изворима права, јер су они усвојени у циљу постизања макроекономске стабилности и равнотеже, док се правна сигурност не јавља као примарни, већ као посредни циљ. Такође, евидентно је да је глобална економска криза указала на слабости целокупне „међународне финансијске архитектуре“ (international financial architecture) као генусног појма за примену финансијских стандарда у циљу избегавања последица великих рецесија (елиминацијом системских ризика) и конституисања посебних органа у националним законодавствима који би подстицали поштовање тих стандарда (Giovanolì, Devos, 2011: 3–4).*

2. Правни и економски услови опстанка Економске монетарне уније

Економска криза је управо указала на чињеницу да се правни механизми координације фискалне политике држава чланица ЕУ споро реализују у пракси због немогућности балансирања интереса различитих држава које тешко пристају на фактичко ограничавање свог суверенитета (мада формално-правно посматрано то чине потписивањем комунитарних уговора и њиховом ратификацијом у национална законодавства, ипак практикују селективну примену истих). Стварање монетарне уније није циљ само по себи већ представља инструмент за остваривање фундаменталних циљева Европске заједнице (Голубовић, 2007: 49). Уговор из Мастрихта показао је да у стварању монетарне уније преовладало *конзервативно схватање* (по коме је за приступање Унији нужно поштовање фискалних

правила) над *либералним погледом*, где је за настанак монетарне уније довољно само увођење начела тврдог буџетирања по коме се забрањује финансирање буџетских дефицита кредитима централне банке (Бабић, 2011: 365–388). Искуство са координацијом фискалне политике на том плану показује да се у одређеном тренутку јавља склоност ка спасавању посрнутих чланица (непоштовања *no-bailout клаузуле*, тј. забране међусобног финансирања чланица Уније). Многи аутори, попут Дајсона (*Dyson*), Рогофа (*Rogoff*), Бланчарда (*Blanchard*) и других, указују на негативне последице постојања солидарне одговорности за јавни дуг, јер се тако оснажује проблем моралног хазарда (свесног упуштања у понашање које повећава вероватноћу наступања ризика) и подстиче се на неуредно вођење јавних финансија, што је главни разлог неуспеха координације националне фискалне и заједничке монетарне политике ЕУ.

У разматрању оправданости постојања монетарне уније у обзир морамо узети основне поставке монетарног права у ЕУ. Наиме, у структури монетарног права је уобичајено да се направи дистинкција између области у којима Унија има потпуну надлежност и јавља се као искључиви титулар права (самостално доноси финансијскоправне одлуке сходно принципу *lex monetae*) и надлежности у којима државе чланице (индивидуално или колективно закључивањем мултилатералних уговора) доносе одлуке у области монетарне политике (*lex contractus*). Монетарно право ЕУ сходно принципу *lex monetae* подразумева свеукупност правних норми које у монетарној сфери одређују карактер јавног дуга (Wahlig, 2000: 188–211). Свакако, чланице монетарне уније уживају уговорну слободу да приликом закључивања споразума одреде валутну јединицу у којој ће јавни дуг бити деноминираан, али када једном начине избор валутне јединице, по аутоматизму, оне постају субјекти под дејством норми монетарног права државе чију су валуту изабрали. Норме монетарног права (без обзира да ли су кодификоване у једном акту или више њих) требало би да пруже јасну дефиницију појма валуте (валутне јединице) и одређење њене вредности (De Larosee, 2006: 235–243).

Приликом настанка монетарне уније државе чланице су свој монетарни суверенитет делегирале Европској централној банци, што значи да је монетарно право ЕУ директно применљиво и не егзистира паралелно са националним монетарним законодавством држава чланица. Процесни извори монетарног права ЕУ присутни су у комунитарним актима и као такви уживају апсолутну суперматију. У том смислу, посебно је значајан чл. 123. Уговора о Европској унији, који је регулисао основне принципе преласка на нову јединствену валуту (евро) и утврдио правне механизме за примену таквих принципа у области секундарног (меког) права (Lou-

is, 2000: 5–34). На овом месту морамо напоменути да је у обликовању концепта монетарног суверенитета велики допринос дало и обичајно право, правна јуриспруденција и јудикатура судова, како националних тако и супранационалних. Посебан проблем са анализом монетарног суверенитета јесу његови *екстерни ефекти*, који се огледају у покушају субјеката (у овом случају ЕМУ) да своју надлежност прошири изнад територија држава чланица (што се нарочито уочава на примеру држава кандидата које морају хармонизовати своје финансијскоправне прописе са *acquis communautaire*) у одсуству норме међународног јавног права која би то спречила (IMF, 2006). Преношењем надлежности за вођење монетране политике са националног на комунитарни ниво власти, ове норме су добиле посебну димензију, јер су се државе чланице суочиле са последицама *трошкова* и *користи* постојања монетарне уније. *Трошкови* се огледају у губитку самосталности централне банке (као врховне монетарне институције у вођењу монетарно-кредитне политике) и коришћења девизног курса као инструмента за ублажавање економских шокова. Насупрот трошковима, *користи* заједничке монетарне политике огледају се у снижавању економских трошкова и бољој интегрисаности тржишта (De Grauwe, 2003: 111).

Велики број аутора указује на чињеницу се да је главни узрок финансијске кризе која је избила 2008. године постојање правних празнина у оснивачким прописима (уговорима) Европске уније (Hermann, 2013: 26–40). У том смислу, неопходно је преиспитивање испуњења услова за успешно функционисање заједничке валуте, како *економског услова* (да ли су привреде држава чланица ЕУ међусобно довољно конзистентне), тако и *правног услова* (способност ЕУ да брани куповну моћ евра). У финансијској литератури су мишљења теоретичара о оправданости постојања економске уније подељена. Мандел (*Robert Mundell*), који се сматра оснивачем *теорије оптималних валутних подручја*, истиче да је за дефинисање јединственог валутног подручја битан услов покретљивост физичког капитала и радне снаге, а да је покретљивост производних фактора само алтернативно средство економског прилагођавања (Mundell, 1961: 544). Фелдштајн (*Michael Feldstein*), такође, сматра да ЕУ не испуњава ниједан услов за успешно увођење јединствене валуте, јер земље чланице имају различите структуре друштвеног производа, зависне су од увоза нафте, а покретљивост радне снаге условљена је савлађивањем језичких и културних баријера (Feldstein, 2013: 11). *Правни услов* за приступање Европској монетарној унији који се односи на испуњавање критеријума конвергенције предвиђених Маастрихтским уговором (одредбе о висини јавног дуга, стопе инфлације, кретања девизног курса и дугорочних

каматних стопа), по нашем мишљењу, у пракси се тешко одржава и захтева преиспитивање (Siekmann, 2011: 6). Морамо напоменути и да је евро једина валута у свету која нема правну заштиту као симбол суверености, с обзиром на то да Уговор о Уставу Европске уније није успешно прошао на референдуму. Иако Европска централна банка има сва овлашћења као супранационална монетарна институција, иза ње не стоји држава снагом свог ауторитета, па самим тим нема ни санкција за непоштовање њених одлука, односно одступања од предвиђених критеријума конвергенције, што се у будућности мора обезбедити адекватним правним механизмима. Кумулативно испуњење правног и економског услова конвергенције подједнако је важно, *према нашем мишљењу*, за успешно функционисање еврозоне јер се у условима стварања глобалних економских система монетарна стабилност јавља као једно од *најзначајнијих јавних добара*, поред ефикасног правосуђа, унутрашње и спољашње безбедности, здравља грађана и очувања природних добара.

3. Улога Пакта о стабилности и расту у координацији фискалне политике

Уговором из Мастрихта успостављени су критеријуми конвергенције фискалне политике, што је требало да обезбеди одрживост јавних финансија Уније. Наиме, дефинисана су фискална правила по којима буџетски дефицит не сме бити већи од три процента домаћег бруто производа и јавни дуг не сме бити већи од 60 процената домаћег бруто производа изражено у тржишним ценама. Под фискалним правилима подразумевају се *„законом регулисана, дугорочна, нумерички изражена ограничења буџетских агрегата која се односе на висину јавног дуга, буџетских дефицита и односа јавних расхода и јавних прихода“* (Schaester, Kinda, Budina, 2012: 10–12).

Пактом о стабилности и расту (*The Stability and Growth Pact*) детаљно се разрађују фискална правила утврђена Уговором из Мастрихта којих се чланице монетарне уније морају придржавати. У оцени ефикасности превентивног и корективног механизма Пакта у одржавању строгих фискалних правила (као и откривања узрока и последица одсуства веродостојности у наметању санкција у склопу корективног механизма) морамо узети у обзир последице непостојања аутоматизма, односно дискреционог одлучивања у процедури са буџетским дефицитом. Проблеми су кулминирали када је *Европски савет* укинуо процедуру која се примењује у случају прекомерног дефицита за Немачку и Француску, због чега се Европска комисија обратила Европском суду правде, јер је у

питање била доведена једнакост третмана свих земаља чланица. Пакт о стабилности и расту је убрзо реформисан 2005. године и њиме се предвиђа да ће процедура о прекомерном дефициту изостати у случају негативне стопе раста (ниже стопе раста), а такође се уводи правни стандард „осталих битних чиниоца“ (који условљавају доношење одлуке о примени процедуре за случај прекомерног буџетског дефицита) (Dutzler, 2012: 35). Реч је о издацима за истраживање и развој, капиталним расходима и међународној солидарности који су значајно релативизирали јединственост оригиналног документа (Mortensen, 2013: 11). Такође, реформа Пакта је означила и продужење рокова за корекцију буџетских дефицита, као и рокова у којима Савет доноси одлуку о наметању санкција.

Ипак, пракса је показала да и овако реформисани Пакт није био у стању да изврши преко потребни утицај на општу фискалну дисциплину у дужем периоду, због чега је и даље актуелна потреба за његовим оптималним новелирањем. Наиме, како у тренутку кризе није било дозвољено „спасавање“ посрнутих чланица ЕУ (чланом 125. Мастрихтског уговора је то било забрањено), долази до установљавања Европске агенције за финансијску стабилност (*European Financial and Stability Facility*). Убрзо потом долази до стварања Европског стабилизационог механизма (*European Stability Mechanism*), који је означио промену комунитарног права, тачније чл. 136. (3) поменутог акта. Занимљиво је да је Европски суд правде утврдио (пресуда C-370/12, *Pringle vs. Ireland*)¹ да конституисањем овог координационог механизма није дошло до повреде комунитарног права, јер је његова правна природа таква да се мере финансијске помоћи схватају као кредитне мере, а не као мере усмерене на санирање последица јавног дуга (чиме је фактички створен својеврстан облик трансферне уније). Свакако, морамо истаћи да неадекватни резултати у примени Пакта о стабилности и расту произилазе из одсуства кредибилитета у имплементацији санкција изреченим државама, што је захтевало адекватну институционалну реформу (Lastra, 2007: 265–270).

4. Правна природа фискалног споразума

Споразум о стабилизацији, придруживању и координацији у Економској и монетарној унији (*Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*) закључен је 30. јануара 2012. године током неуспешних преговора држава чланица о лимитираним дерогацијама оснивачких уговора. *Фискални споразум* као централни део новог споразума

1 Case C-370/12 Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General from 27. Novembar 2012.

представља значајни правни инструмент чији је *ratio legis* успостављање буџетске равнотеже и поштривање фискалне дисциплине као главног узрока финансијске и економске кризе. Фискални споразум нису потписале све државе чланице (само 25 земаља без пристанка Велике Британије и Чешке), због чега је његово место у класификацији извора монетарног права ЕУ дискутабилно. Наиме, посматрано са аспекта примарног права ЕУ, мере утврђене овим актом представљају преседан *sui generis*, јер се примарним правом ЕУ утврђују процеси за постизање суштинске интерграције у којима морају да учествују све државе чланице. Реч је о институту тзв. *продубљене сарадње* (чл. 20. Уговора о оснивању ЕУ и чл. 326–334. Уговора о функционисању ЕУ). За разлику од Фискалног споразума, Споразум о конституисању Европског стабилизационог механизма морао је да буде у складу са оснивачким актима, па је било неопходно донети одговарајуће амандмане на чл. 136. Уговора о функционисању ЕУ. Фискални споразум *de facto* доприноси бољој интеграцији држава чланица које су га усвојиле, али се не налази у функцији кооперације са карактером продубљене сарадње, јер је у питању својеврсни међудржавни споразум који је закључен изван области примарног права ЕУ и као такав не би смео да угрози циљеве и базичне принципе утврђене оснивачким актима или мерама секундарног права (Kusak, Petrova, 2013: 102–117).

Фискални споразум се мора посматрати као интегрални елемент мера у склопу тзв. *новог економског управљања* (*new economic governance*), чији је примарни циљ очување стабилности евра, због чега је његова имплементација условљена ефикасном применом *Евро-плус пакета* и деловањем *Европског стабилизационог механизма*. Примена Фискалног споразума мора бити у сагласности не само са примарним и секундарним правом ЕУ, већ и са обичајним правом и општим принципима утврђеним пресудама Европског суда правде. То практично значи да у случају колизије споразума са правом ЕУ неће моћи да дође до примене одредбе споразума и да у таквом случају Суд правде мора донети одлуку о евентуалном (не) примењивању конкретне мере.

Правна природа фискалног споразума изгледа нарочито спорна у погледу додељивања нових овлашћења институција ЕУ, јер је то могуће реализовати било експлицитно или имплицитно само нормама примарног права, без обзира да ли је реч о сужавању или ширењу надлежности органа из области фискалне политике (Rose, 2012). Наиме, чл. 5. Фискалног споразума предвиђа значајне ингеренције Европске комисије и Савета у поступку одобравања и надгледања процеса буџетирања и економских програма уговорних страна које имају проблем са прекомерним буџетским дефицитом. Како ова „нова“ овлашћења Комисије и Савета још увек нису

усвојена на нивоу комунитарног права, њихова имплементација остаје спорна. Ипак, постоје одређене *нове ингеренције* Комисије које се могу прихватити и не морају бити предмет будућег прилагођавања. У питању су надлежности за утврђивање трајања временског оквира фискалне конвергенције и општих принципа примене корективних механизма у случају прекорачења фискалних правила утврђених Пактом о стабилности и расту (које Комисија утврђује према свакој чланици различито, зависно од ситуационих оквира и конкретног правно-економског чињеничног стања). Као последица свега овога, питање класификације и места Фискалног споразума у правним изворима ЕУ добија на посебном значају, јер се њиме преносе нова овлашћења са националног нивоа власти на комунитарни ниво и омогућава се *ad hoc* коришћење главних институција од стране уговорних страна, чиме се према *нашем мишљењу*, доводе у питање федерална подела власти на нивоу ЕУ, која се мора утврдити (и обезбедити) јасно и транспарентно оснивачким актима.

Требало би напоменути да правило буџетске равнотеже, утврђено овим уговором, не представља квалитативну новину, јер се њиме само понављају циљеви координације фискалне политике утврђене ревидираним Споразумом о стабилности и расту. Значајна новина јесте што се од држава чланица захтева да правило о тзв. „буџетским кочницама“ (*debt brakes*), регулишу својим уставима и да његова примена може бити предмет анализе пред Европским судом правде у случају непоштовања. Ове „кочнице“ односе се на строжа граничења буџетског дефицита и стање буџетске равнотеже, односно суфицита (што се сматра реализованим ако је је годишњи структурални буџет мањи од 0.5 процената домаћег бруто производа). Уговорне стране имају обавезу да у року од годину дана од дана ратификације споразума започну имплементацију буџетске равнотеже.

Уговорне стране су такође преузеле обавезу да примене корективне механизме у случају значајног одступања од жељене буџетске равнотеже, с тим што се овде ради о *правном стандарду* чија се садржина мора утврдити на бази конкретних ситуационих оквира и околности за сваку државу појединачно. *Битни елементи* који одређују одступање полазе од природе, обима и временског трајања неравнотеже. Уговорне стране с тим у вези имају обавезу да смање удео јавног дуга у домаћем бруто производу за једну двадесетину сваке године, ако јавни дуг прелази 60 процената референтне вредности.

Државе које имају проблема са прекомерним буџетским дефицитом морају израдити програме буџетског и економског партнерства, којим се реализују неопходне структурне реформе за побољшање економске ситуације. Ипак,

поставља се питање правног односа нове обавезе са већ раније утврђеним обавезама подношења извештаја и евалуације превентивних механизма који за циљ имају оцену успеха координације националне фискалне политике у облику међусобне формалне размене мишљења о постигнутој координацији која је утврђена одредбама Европског семестра. Новина предвиђена фискалним споразумом односи се на ингеренције Комисије и Савета над спровођењем економских програма и буџетских планова, што традиционално остаје у надлежности националног нивоа власти. Слично томе, обавеза обавештавања ових институција о планираним емисијама обвезница јавног зајма, у циљу бољег увида у стање јавног дуга у конкретној земљи се тешко може оправдати, јер политика управљања јавним дугом (зајмом) није централизована на нивоу Уније.

Значајна новина предвиђена фискалним споразумом јесте изрицање квазиаутоматских санкција за уговорне партнере који не поштују критеријуме у погледу буџетског дефицита, што се реализује увођењем специфичног модела доношења одлука тзв. обрнутог већинског гласања (*reverse majority voting*). По овом моделу гласања, за примену санкција према одређеној држави предвиђа се квалификована већина за доношење одлуке о непримењивању санкције (Голубовић, 2012: 170–182). Овај модел гласања, према мишљењу неких аутора, представља вид гласачког картела који може да фактички промени начин изгласавања одлука утврђен примарним изворима права (јер се претвара у тзв. правило понашања (*rule of behavior*) које ствара простор за бројне неправилности и злоупотребе). Такође, у финансијској литератури се истиче да примена кочница за дугове у пракси наилази на бројне потешкоће, из разлога што је веома тешко раздвојити структуралне и цикличне компоненте дефицита (Анђелковић, 2013: 181–201) и предвиђа кажњавање влада уговорних партнера *per se*, што у крајњој линији онемогућава коришћење јавног зајма као инструмента фискалне политике у околностима када то може бити корисно (једино) решење за финансирање јавних расхода, свакако, као привремене мере (De Grauwe, 2011: 114).

Сходно одредбама Фискалног споразума, Суд правде може у поступку покренутом од стране државе уговорне стране или на основу извештаја Комисије донети одлуку о увођењу правила о буџетској равнотежи у национално законодавство и изрећи финансијске санкције (у висини од 0,1 процента домаћег бруто производа) у случају непоступања по његовој одлуци у остављеном року. Комисија је сада овлашћена на покретање поступка пред Судом правде и у случају неподношења пријаве од стране уговорних страна, што је у супротности са овлашћењима изведеним на основу Уговора о функционисању ЕУ, јер се Комисија не може јавити као

locus standi покретач поступка. У циљу адекватне примене Фискалног споразума, такође, предвиђа се да парламенти уговорних страна активно учествују у контроли буџетске дисциплине на конференцији учесника сачињеној од комитета националних парламената и европског парламента (Вукадин, Лабус, 2012: 340–345).

4.1. Пакет шест (Six Pack)

Нове законодавне мере чији је циљ поштравање фискалне дисциплине односе се на примену реформског Пакета шест, који обухвата пет уредби и једну директиву. Овим мерама се уводе санкције у циљу ефикасније примене превентивног и корективног механизма утврђених Пактом о стабилности и расту на начин да се избегну прекомерни дефицити кроз надзор над извршавањем буџета, као и обезбеђење неопходне транспарентности јавних финансија (Голубовић, 2012: 177–180). У том смислу се као *conditio sine qua non* транспарентности јавља потреба усаглашавања буџетског рачуноводства и прецизног статистичког извештавања. Такође, овим законодавним изменама Комисија је добила значајна овлашћења у погледу ефикасније примене санкција у околностима када државе чланице не желе да смање прекомерни дефицит (уколико након одлуке Савета о депоновању каматаносног депозита не дође до кориговања истог). Комисија може да препоручи Савету да донесе одлуку о претварању депозита у новчану казну.

4.2. Евро плус пакет (Euro-Plus Pack)

У циљу ефикасне примене фискалних правила шефови влада усвојили су Евро плус пакет, меру за јачу координацију економске политике. У том смислу предвиђено је формирање националних комитета уговорних страна задужених за побољшање ефикасности и конвергенције монетарне и фискалне политике. Посебно се истиче потреба за структурним реформама у области зарада и пензионих система, с тим да се се у области политике запошљавања истиче тзв. *флексигурност* праћена адекватним пореским реформама, али уз уважавање рада како извора опорезивања. Реформе пензијског осигурања неопходне су у циљу ублажавања прогресивне тенденције раста пензијских расхода због чега се посебно инсистира на финансијској инфраструктури која би стимулисала развој приватних пензионих система (Димитријевић, Хрустић, 2009: 90–102). Зарад обезбеђења одрживих јавних финансија предвиђа се да директно опорезивање остане у надлежности држава чланица, али се истиче и значај развијања заједничке пореске основице пореза на добит корпорација ради

обезбеђивања конзистентности између националних пореских система и уважавања пореских стратегија (Ruffert, 2011: 1777–1806). Потреба за пореском хармонизацијом с тим у вези добија на посебном значају, али требало би имати у виду досадашње резултате самог процеса хармонизације која се превасходно одвијала у домену посредних пореза (Димитријевић, 2009: 284–295.). Значајан правни инструмент за обезбеђење конвергенције фискалне политике јесте и Пакет два (*Packet Two*), којим Комисија добија значајна овлашћења да посредно утиче на измене буџетских и пореских закона. Према *нашем мишљењу*, централновање фискалне (а посебно буџетске) политике на нивоу ЕУ се тешко може реализовати јер је реч области која традиционално остаје у надлежности националног нивоа власти јер државе тешко пристају на ограничавање свог фискалног и финансијског суверенитета.

5. Закључак

Без обзира на чињеницу да су нови институционални механизми економског управљања настали изван оквира примарног права и по правилу не би требало да имају правно дејство когентних норми, њихова фактички правни домаћај делује другачије. У анализи новог концепта економског управљања у Европској унији користан модел јесте тзв. *концепт легализације*, који нам показује да, иако су нови институционални механизми настали изван оквира примарног права, они све више добијају његове карактеристике (Abbot et Al, 2002: 413–418). Концепт легализације представља пут фактичке модификације меког права у чврсто право, кроз промену трију димензија управљања: законске облигације, делегирања надлежности и прецизности. У области фискалне политике ЕУ димензија законских облигација је присутна у обавези уговорних страна фискалног споразума да у своје уставе унесу одредбе о начелу средњорочне буџетске равнотеже, док се димензија делегирања надлежности огледа у новим ингеренцијама Комисије за покретање поступка пред Судом правде у случају неиспуњења ове обавезе (чак и кад нема предлога од стране уговорних страна). Димензија прецизности односи се на индикаторе на основу којих се утврђује макроекономска равнотежа, у смислу података добијених на основу годишњег Извештаја о привредном расту конкретних земаља чланица. Без обзира на несумњив значај нових институционалних механизма, постоји сумња да се њима додатно оснажују дискрециона овлашћења главних чланица ЕУ и тиме повећава опасност *дискредитовања* заједничких институција. Услов опстанка економске и монетарне уније јесте да се управљање и одлучивање врати под *окриље* демократских процеса и надлежност заједничких органа. Према *нашем мишљењу*, то

је могуће једино усклађивањем нових институционалних механизма економског управљања са одредбама примарног права и актима секундарне легислативе уз подједнако респектовање принципа проистеклих из обичајног права и јудикатуре како Европског суда правде, тако и праксе националних судова држава чланица.

Литература

Abbot, K., Keohne, R., Moravcsik A., Slaughter, A.M. (2002). The Concept of Legalization. *The International Organisation*. 54(3). 413–418

Анђелковић, М. (2013). Улога и значај фискалних правила у стабилизацији јавних финансија. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 185–201

Бабић, С. Б. (2011). Правна страна кризе Европске монетарне уније. *Право и привреда*. 48(4–6). 420–435

Bohinger, C., Thomas, S., Spring, R., Swoboda, O. (2013). *Governance of EU Coordination*. U Visions for Economic Policy Coordination in Europe. Viena : bmwfj. 108–118

Current Issues in Monetary and Financial Law. (2006). Edited by International Monetary Fund. Legal Department. Washington D.C.

Giovanoli, M., Devos, D. (2011). *The International Monetary and Financial Law: The Global Crisis*. Oxford: Oxford University Press.

Димитријевић, М. (2009). Хармонизација пореза у Европској унији: Очекивања и резултати. *Право и привреда*. 46 (5–8). 284–295

Димитријевић, М., Хрустић, Х. (2009). Стање и перспективе пензионог осигурања у Србији. *Социјална мисао*. 16(4). 90–102

Case C-370/12 Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General from 27. Novembar 2012

Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union. 2013

De Lapasee, P. (2006). *The Legal Status of the Euro*. U Legal Aspects of European System of Central Banks. eds. Liber Amicorum and Paolo Zamboni Garavelli. European Central Bank. 235-243

De Grauwe, P. (2003). *Economics of Monetary Union*. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press.

De Grauwe, P. (2011). *Balanced Budget Foundamentalism*. Center for European Policy Studies (CEPS).

Dutzler, B., Hable, A. (2005). *The European Court of Justice and the Stability and Growth Pact-Just the Begining*. European Integration online Papers (EioP). 9(5).

Feldestein, M. (2013). *Coordination in the European Union*. Working Paper. No. 18672. The National Bureau of Economic Research. Washington D.C.

- Голубовић, С. (2007). *Европска монетарна унија – Институционални аспекти*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета.
- Голубовић, С. (2012). *Фискална правила у Европској монетраној унији*. Ниш: Студентски културни центар.
- Hermann, C. (2013). Legal Aspects of the European Sovereign Debt Crisis. *Hittotsubaschi Journal of Law and Politics*. 41. 26–40
- Kusak, M., Petrova, L. et Al. (2013). *Legal Aspects of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*. TLQ.2.102–117. <http://www.ilaw.cas/cztlq>.
- Lastra, M.R. (2007). *Legal Foundations of International Monetary Stability*. Oxford: Oxford University Press.
- Louis, V.J. (2000). *The New Monetary Law of European Union*. U International Monetary Law, Issues for the New Millenium. Oxford: Oxford University Press. 2000.
- Mortensen, J. (2013). *Economic Policy Coordination in the EMU: From Maastricht via SCP to the Fiscal Pact*. CASE Network Studies & Analyses No.459.
- Mundell, M.R. (1961). *A Theory of Optimum Currency Areas*. *American Economic Review*. 4.
- Siekman, H. (2011). *Law and Economics of Monetary Union*. Institute for Monetary and Financial Stability. Working Papers Series no. 45.
- Rose, D.M. (2012). *The Legal and Constitutional Nature of New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law*. *European Current Law*. Issue 5.
- Schaechter, A., Kinda, T., Budina, N., Weber, A. (2012). *Fiscal Rules in Response to the Crisis Toward the “Next-Generation” Rules*. A New Dataset. IMF Working Papers. WP12/8/175. Washington D.C.
- Ruffert, M. (2011). The European Debt Crisis and European Union Law. *Common Market Law Review*. No. 48. 1777–1806
- Regulation (EU) No. 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of Effective Enforcement of Budgetary Surveillance in the Euro Area and Regulation (EU) No. 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of the 16 November 2011 on the Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances.
- Snyder, F. (1999). *EMU Revisited: Are We Making a Constitution?, What Constitution We Are Making?*. U Craig and De Burca (eds). *The Evolution of EU Law*. Oxford: First Edition. 544–574
- Букадин, Е., Лабус, М. (2012). *Економска политика за правнике*. Београд: Центар за публикације Правног факултета у Београду.
- Vourloumis, S. (2012). *The New EU Framework for Fiscal Surveillance: Hard Policy Coordination in the Shadow of the Crisis*. U 30 SUERF Colloquium “States, Banks and The Financing of the Economy”. Work in Progress.

Wahlig, B. (2000). *European Monetary Law: The Transition to the Euro and the Scope of Lex Monetae*. U International Monetary Law, Issues for the New Millennium. Oxford: Oxford University Press.

Marko Dimitrijević, LL.M.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Institutional Framework of the New Economic Governance in the European Union (European Semester)

Summary

The subject of analysis in this paper is the institutional framework of the new economic governance in the European Union that has arisen as response of the member countries to the consequences of the global economic and financial crisis. In this sense, the author analyzed the provisions of the European semester, which is practically anticipated the creation of a fiscal union, more precisely, it is about the measures that should facilitate the centralization of fiscal policy through the Reform of the Stability and Growth Pact, the implementation of the reform Six-pack, in terms of tightening fiscal rules. Hereinafter, special attention is given to the provisions of the Fiscal Pact, which refers to the state budget and the structural constraints of the public debt. Within this document were adopted two additional: Euro Plus Pact and the Competitiveness Pact, which should help in maintaining the stability of the single currency and to simultaneously facilitate structural reform. European Semester represented the legal basis for the adoption of the Treaty on Stabilization, Coordination and Governance in the Economic and Monetary union, which further develops the idea of creating a fiscal union (through the introduction of the so-called "golden rule" on the state budget and impose strict sanctions by the European Court of Justice for their non-compliance). Notwithstanding the undoubted importance of new institutional mechanisms, there is a doubt that this institutional framework strengthens the discretionary power of the main EU member states and thus increases the risk of "discrediting" of common institutions. Conditions for survival of the economic and monetary union is that management and decision-making back to the "umbrella" of democratic processes and the competence of communitarian authorities. This paper seeks to answer the question why the new coordination mechanisms were not successful in resolving the crisis and provide specific recommendations de lege ferenda for creators of Serbian economic policy towards the European Union.

Key words: European Union, European Semester, fiscal policy, fiscal treaty, budget balance, public debt.

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА СЕСИЈА



Др Зоран Радивојевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

Др Весна Кнежевић-Пређић,*
Редовни професор Факултета политичких наука,
Универзитет у Београду

UDK: 341.645(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРАВНИ ЛЕКОВИ У ПОСТУПКУ ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Апстракт: Систем правних лекова у процесном праву Европске уније има специфичности у поређењу са националним правосудним системима. У прво време у поступку пред Судом правде није постојала жалба као редовно правно средство, већ су предвиђени други правни лекови који су се могли поднети Суду управо поводом његових коначних пресуда. После оснивања Првостепеног суда у процесно право Европске уније уведена је могућност подношења жалби против његових пресуда Суду правде. Касније је Првостепени суд постао надлежан да одлучује о жалбама које су, у међувремену основани, судски панели донели у првом степену. У поступцима пред Првостепеним судом и судским панелима задржана је могућност коришћења других правних лекова против њихових коначних одлука о којима су одлучивали исти ови судови. У том погледу Лисабонски уговор није ништа значајније изменио, осим што је Првостепени суд преименовао у Општи суд, а судске панеле у специјализоване судове.

Кључне речи: правни лек, жалба, преиспитивање, ревизија, захтев треће стране, пресуда због изостанка, тумачење пресуде, исправка пресуде, допуна пресуде.

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

* vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

** Рад је припремљен у оквиру пројекта „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводне напомене

Правни лекови у поступку пред Судом правде Европске уније имају особености у поређењу са националним правосудним системима. Могућност подношења жалбе уведена је у процесно право Европске уније тек после оснивања Првостепеног суда (Radivojević, Knežević-Predić, 2008: 144). Наиме, против пресуда Првостепеног суда могла се изјавити жалба Суду правде. Уговором из Нице предвиђено је право жалбе на одлуке судских панела који су установљени овим Уговором. Тако је Првостепени суд постао надлежан да одлучује о жалбама против пресуда које су донели судски панели у првом степену¹. Упоредо са увођењем жалбе, у поступцима пред Судом правде, Првостепеним судом и судским панелима предвиђена је могућност коришћења других правних лекова против њихових коначних одлука о којима су одлучивали исти ови судови. У том погледу Лисабонски уговор није ништа значајније изменио, осим што је Првостепени суд преименовао у Општи суд, а судске панеле у специјализоване судове (Radivojević, 2009: 118).

Имајући у виду правне лекове које познаје процесно право Европске уније, први део овог рада биће посвећен жалбама као правним средствима о којима одлучује виши суд од оног који је донео пресуду, а то су жалбе против одлука Општег суда и одлука специјализованих судова. Други део рада бави се правним лековима о којима одлучује исти суд који је донео пресуду.² У ову категорију спадају приговор трећег лица против пресуде и ревизија, који се могу сматрати ванредним правним лековима (Manin, 2005: 402), као и приговор туженог против пресуде због изостанка, тумачење, исправка и допуна пресуде који имају карактер изузетног процесног правног средства.

2. Жалбе

Право на жалбу логична је последица успостављања система двостепеног суђења у комунитарном правосудном систему. Подношењем жалбе покреће се механизам контроле законитости одлука које су донели нижи судови од стране више судске инстанце. На тај начин унапређује се и чини ефикаснијом правосудна заштита права свих субјеката права Европске уније (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 452).

Процесно право Уније допушта право на жалбу против одлука Општег суда и против одлука Службеничког трибунала, који је за сада основан као

1 Чл. 225, став 2. Уговора о Европској заједници, измењен Уговором из Нице.

2 У француској теорији права Европске уније (Blumann, Dubouis, 2010: 631) прва врста правних лекова назива се „*les voies de réformation*“ а друга „*les voies de rétraction*“.

једини специјализовани суд. У првом случају о жалби одлучује Суд правде, а у другом Општи суд. Изузетак представља могућност да се затражи преиспитивање од стране Суда правде коначних одлука које по жалбама донесе Општи суд. Овако тростепено суђење (Misita, 2009: 263) предвиђено је само под условом да постоји озбиљна опасност за јединственост и усклађеност права ЕУ.

2.1. Жалба против одлука Општег суда

Жалба се подноси против коначних одлука Општег суда. Израз коначне одлуке тумачи се у пракси широко и обухвата све одлуке којима се окончава поступак, укључујући повлачење тужбе, одлуку о главној ствари, тумачење пресуда, као и пресуде због изостанка (Meškić, Samardžić, 2012: 452). Постоји могућност да се жалба уложи и на одлуке којима се само делимично решава о мериторним питањима.

Жалба се, такође, може поднети против одлука којима Општи суд решава о претходним приговорима, као што су ненадлежност и недопуштеност тужбе или процесним питањима у споредним поступцима, као што је, рецимо, одлука донета поводом захтева за одобравање привремених мера. Право жалбе допуштено је и против одлуке којим се одбија захтев лица за мешање. Постоји могућност подношења жалбе против одлука којима се обуставља примена оспореног акта органа Уније или обуставља принудно извршење одлука Савета, Комисије и Европске централне банке којима се намећу новчане обавезе физичким и правним лицима. Међутим, изричито је искључена могућност улагања жалбе само на одлуку о трошковима поступка, тј. о висини трошкова и страни која је дужна да их сноси.³ Жалба се не би могла изјавити ни против одлука које се искључиво тичу унутрашње организације Општег суда.⁴

Право на жалбу има свака од странака која у потпуности или делимично није успела у спору пред Општим судом. Процесно право Европске уније не познаје институт претходне оцене допуштености жалбе. Међутим, у складу са општим правним принципима, жалилац у сваком случају мора да има интерес за подношење жалбе. Стога би Суд правде могао прогласити као недопуштену жалбу уколико се после доношења пресуде Општег суда појавила чињеница која ту пресуду лишава негативног дејства по жалиоца.⁵

3 Чл. 45–48 Статута Суда правде (даље: Статут), Consolidated version, *Off. Journal EU*, L 228/2012.

4 Case C-173/95P *Hogan v Court of Justice* (1995); Case C-39/00P *SGA v Court of Justice* (2000).

5 Case C-19/93P *Rendo* (1995); Case C-111/99P *Lech-Stahlwerke* (2001).

Жалбу могу поднети и умешачи, који нису државе чланице или институције Уније, под условом да их се одлука Суда непосредно тиче. Државе чланице и органи Уније могу се, пак, жалити чак и онда када се нису умешали у поступак пред Општим судом, изузимајући радне спорове службеника. Тада су државе чланице и органи Уније у истом положају као и државе и органи који су се умешали у првом степену.

Жалба против пресуда Општег суда ограничена је на правна питања.⁶ Она се може односити како на питања процесног, тако и материјалног права. У поступку по жалби Суд правде испитује само законитост одлука Општег суда у циљу отклањања евентуалних правних недостатака и тиме обезбеђује усклађеност правног поретка Уније и једнообразност приликом његовог тумачења. Искључена је могућност подношења жалбе због неправилно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Међутим, у пракси није увек једноставно разграничити правна од чињеничних питања (Rideau, Picod, 1995: 594). Суд правде стоји на становишту да његов задатак није да поводом жалбе контролише чињенице и доказе на којима је заснована пресуда, већ је њихово утврђивање у искључивој надлежности Општег суда. То ипак не спречава Суд правде да контролише да ли су докази прибављени на исправан начин и да ли су поштована општа правила о терету доказивања и поступку извођења доказа (Schermer, Waelbroeck, 2001: 763). Суд правде, такође, може да испитује ваљаност правне квалификације утврђеног чињеничног стања, будући да је овде реч о исправном тумачењу или примени права Уније.⁷ Исто тако, Суд има право да оцењује да ли је пресуда Општег суда довољно и добро образложена, јер се и овде ради о питању примене права Уније.⁸

Основ за жалбу могу бити: ненадлежност Општег суда (његово деловање *ultra vires*), повреда правила поступка или кршење права ЕУ од стране Општег суда.⁹ У вези са првим разлогом, треба нагласити да је Суд правде овлашћен да ближе одреди надлежност Општег суда у конкретном спору. Поводом повреде правила поступка потребно је да жалилац докаже на који начин кршење процедуре негативно утиче на његове интересе. Трећи

6 Чл. 56, став 3. и чл. 58, став 1. Статута.

7 Case C-325/94P *An Taisce and WWF UK v Commission* (1996); Case C-19/95P *San Marco v Commission* (1996); Case C-278/95P *Siemens v Commission* (1997); Case C-154/99P *Politi v European Training Foundation* (2000); Joined Cases C-2/01P and C-3/01P *BAI and Commission* (2004).

8 Case C-259/96P *Council v De Nil and Impens* (1998); Case C-197/99P *Belgium v. Commission* (2003).

9 Чл. 58, став 1. Статута.

основ за жалбу је најзначанији и најшире формулисан, јер омогућава Суду правде да контролише све видове кршења права ЕУ у процесу његовог тумачења и примене од стране Општег суда (Schermers et al., 2001: 762).

У жалби се не могу износити нови захтеви или разлози за доношење одлуке у корист жалиоца. Обе странке су везане разлозима и захтевима које су већ изнеле у првостепеном поступку. На нове чињенице могле би се позвати само ако су настале после доношења пресуде Општег суда, а током поступка који се води пред Судом правде.¹⁰ Жалба не може изменити предмет спора који се водио пред Општим судом.¹¹ Ова ограничења унета су у Пословник са циљем да се жалбени поступак не користи за поновну расправу о чињеницама (Schermers et al., 2001: 765). У жалби треба прецизно навести делове пресуде који се се побијају и правне основе и аргументе због којих се она подноси. Просто понављање или репродуковање разлога и аргумената који су већ изнети пред Општим судом не сматра се довољним¹². Што се тиче садржине жалбеног предлога, жалилац може тражити потпуно или делимично укидање пресуде, односно њеног диспозитива.

Рок за подношење жалбе је два месеца од дана достављања одлуке Општег суда. Код жалбе против одлуке о одбијању мешања рок је краћи и износи две недеље од њеног достављања.¹³ Жалба се доставља осталим странакама које су учествовале у поступку пред Општим судом. Свака странка која има интерес да се жалба прихвати или одбије може поднети одговор на жалбу, такође, у року од два месеца. Ако председник дозволи, могу се након тога поднети реплика и дуплика (одговор на реплику). Том приликом може ограничити број страница и предмет ових поднесака¹⁴.

Поступак по жалби састоји се из писменог и усменог дела. Усмена расправа одржава се само на изричит захтев странака. Статут допушта могућност да се усмена фаза поступка изостави. Такву одлуку Суд доноси пошто претходно саслуша општег правобраниоца и странке у спору¹⁵. У пракси се обично по окончању писменог поступка од странака тражи да се изјасне да ли желе да усмена фаза изостане,¹⁶ али став странака не обавезује Суд.

10 Case C-136/92P *Commission v Brazzelli Lualdi and Others* (1994).

11 Чл. 170, став 1 Пословника Суда правде (даље: Пословник СП), *Off. Journal EU*, L 265//2012; последња измена: *Off. Journal EU*, L 173/2013.

12 Case 244/92P *Kupka-Floridi v Economic and Social Committee* (1993); Case C-31/95P *Del Plato v Commission* (1996).

13 Чл. 56, став 1. и чл. 57, став 1. Статута.

14 Чл. 172–175. Пословника СП.

15 Члан 59. Статута.

16 Case C-310/93P *BPB Industries and British Gypsum v Commission* (1995).

Подношење жалбе спречава правоснажност пресуде Општег суда и има деволутивно дејство, јер о њој одлучује Суд правде као виши суд (Meškić et al., 2012: 452). Међутим, жалба нема суспензивно дејство у односу на оспорену пресуду. Изузетно, Суд може на захтев жалиоца одлучити да покретање поступка по жалби одлаже извршење првостепене пресуде. Оснивачки уговори дозвољавају странкама да траже обуставу извршења одлуке којом је регулатива оглашена ништавом.¹⁷ Статут Суда, пак, предвиђа да одлука Општег суда о проглашењу регулативе ништавом ступа на снагу од дана истека рока за подношење жалбе или, ако је жалба уложена, од дана када је она одбијена.¹⁸

Поводом жалбе Суд правде може одлуку Општег суда потврдити ако нађе да жалба није основана. Уколико прихвати наводе жалбе, он укида одлуку Општег суда. У овом случају Суд правде има могућност да сам донесе коначну одлуку ако стање поступка то дозвољава. Уколико то није случај, предмет се враћа Општем суду на поновно решавање, уз обавезујуће упутство за одлучивање. У том случају Општи суд је везан правним схватањем које је садржано у одлуци Суда правде.¹⁹ Када жалбу поднесу државе чланице или институције Уније које се нису умешале у спор пред Општим судом, Суд правде може, ако је жалба основана и ако оцени да је то неопходно, навести која ће се дејства укинуте одлуке Општег суда сматрати коначним за странке у спору.

2.2. Жалба против одлука Службеничког трибунала

Уговором из Нице Првостепеном суду први пут дата је надлежност да одлучује о жалбама против одлука које су донели судски панели у првом степену. Тако се овај суд, упркос свом називу, појављивао у улози другостепене инстанце. Лисабонски уговор, такође, овлашћује Општи суд да решава по жалбама поднетим против одлука специјализованих судова.²⁰ Детаљна правила о овој врсти жалбе садржана су Анексу Статута Суда правде и Пословнику Општег суда.

Жалба се подноси против коначних одлука Службеничког трибунала. Предвиђена је могућност да се жалба уложи и против делимичних одлука којима се решава у меритуму. Жалба се, такође, може поднети против одлука којима Службенички трибунал решава о процесним питањима, као

17 Чл.278-279 Уговора о функционисању Европске уније (даље: УФЕУ), *Off. Journal EU*, C 326/2012.

18 Чл. 60. Статута.

19 Чл. 61, ставови 1. и 2. Статута.

20 Чл. 257. УФЕУ.

што су приговор ненадлежности или недопуштености тужбе. Право жалбе допуштено је и против одлуке којим се одбија захтев лица за мешање. Међутим, жалба само на одлуку о износу трошкова поступка и страни која је дужна да их плати није допуштена.

Право на жалбу има свака од странака која у потпуности или делимично није успела у спору пред Службеничким трибуналом. Жалбу могу поднети и сви умешачи, који нису државе чланице или институције Уније, под условом да одлука Службеничког трибунала непосредно на њих утиче.²¹

Новину представља одредба оснивачког уговора која предвиђа да се регулативом о оснивању специјализованог суда може допустити жалба Општем суду не само због правних питања, већ и из разлога везаних за чињенично стање.²² Упркос овој могућности, према Анексу Статута Суда правде ЕУ жалбе Општем суду против одлука Службеничког трибунала ограничене су само на правна питања.²³

Основи за ову врсту жалбе су исти и своде се на ненадлежност Трибунала, повреду правила поступка на штету жалиоца и кршење права Уније од стране Службеничког трибунала. Рок за подношење жалбе, такође, износи два месеца од пријема одлуке Трибунала. Код жалбе против одлуке о одбијању мешања рок је краћи и износи две недеље од њеног достављања.

Жалба не одлаже извршење оспорене одлуке Службеничког трибунала. Поступак по жалби састоји се из писменог и усменог дела и у основи се одвија на исти начин као и поступак по жалби пред Судом правде. Усмена расправа одржава се само на изричит захтев странака. Пословник допушта могућност да се усмена фаза поступка потпуно изостави.²⁴

Уколико утврди да је жалба основана, Општи суд ће укинути одлуку Службеничког трибунала и сам донети коначну пресуду. Предмет се може вратити Трибуналу на поновно решавање ако стање поступка не дозвољава Општем суду да коначно пресуди спор. У том случају Трибунал је везан одлуком Општег суда о правним питањима.²⁵

Одлуке које донесе Општи суд по жалбама су коначне. Изузетно, оне могу бити предмет преиспитивања од стране Суда правде. Услов за то је

21 Чл. 9–11 Анекса I Статута који носи наслов „Службенички трибунал Европске уније“ (даље: Анекс I), *Off. Journal EU*, L 228/ 2012.

22 Чл. 257, став 3. УФЕУ.

23 Чл. 11. Анекса I.

24 Чл. 137–143 Пословника Општег суда (даље: Пословник ОС), *Off. Journal EU*, L 92/2010; последња измена: *Off. Journal EU*, L 173/2013.

25 Чл. 13. Анекса I.

постојање озбиљне опасности за јединство или усклађеност права Уније.²⁶ Право да предложи преиспитивање одлуке Општег суда има само први општи правобранилац. По томе се ово правно средство разликује од жалбе коју, по правилу, подносе незадовољне странке у поступку (Lenaerts et al., 2006: 472).

Предлог за преиспитивање први општи правобранилац мора поднети у року од месец дана од датума објављивања одлуке Општег суда, док Суд правде у даљем року од месец дана од пријема предлога одлучује да ли треба преиспитати ову одлуку. Том приликом Суд одлучује у хитном поступку на основу списка које му је доставио Општи суд. Предлози за преиспитивање и одлуке да се покрене поступак преиспитивања немају суспензивно дејство.²⁷

Суд правде одлуку о преиспитивању одлуке Општег суда доноси на предлог судије известиоца. У тој одлуци наводе се само она питања која су предмет преиспитивања. Уколико Суд правде утврди да одлука Општег суда утиче на јединство или усклађеност права Уније, предмет се враћа овом суду. Тада је Општи суд везан одлуком Суда о правним питањима. У случају потребе, Суд може навести која се дејства одлуке Општег суда имају сматрати коначним за стране у спору. Међутим, Суд правде може сам донети коначну одлуку ако исход поступка очигледно произилази из чињеничног стања на коме се заснива одлука Општег суда. Када се утврди да одлука Општег суда утиче на јединство и усклађеност права Уније, одлука Суда о питању које је подвргнуто преиспитивању замењује одлуку Општег суда²⁸.

3. Други правни лекови

Иако нема права жалбе на одлуке Суда правде, постоје други правни лекови који се могу поднети Суду управо поводом његових коначних пресуда, а чији је значај пре теоријски него практични. Поред тога, против коначних одлука Општег суда и Службеничког трибуна предвиђени су, такође, правни лекови о којима одлучују исти ови судови. Према слову судских пословника, неки од њих су квалификовани као ванредна правна средства, док други имају изузетан и процесни карактер. У прву категорију спадају приговор трећег који није био страна у спору против пресуде и захтев за ревизију пресуде. Друга група правних лекова обухвата приговор туженог против пресуде због изостанка и захтеве страна у спору за тумачење, исправку и допуну пресуде.

26 Чл. 256, став 2. УФЕУ.

27 Чл. 62–62.б Статута.

28 Чл. 62,а и 62,б Статута.

3.1. Приговор трећег против пресуде

Прво средство које по тексту пословника има карактер ванредног правног лека је поступак по приговору трећег лица које није учествовало у поступку (third party proceedings; tierce opposition), а која сматра да је пресуда донета на штету његових права, односно да их прејудицира. Овај правни лек има доста сличности са тужбом главног мешања која постоји у националним процесним правима (Čavoški, Кнежевић-Војовић, Поповић, 2006: 59).

У улози трећег може се појавити физичко и правно лице, орган Уније или држава чланица. Да би могло да поднесе приговор, трећи мора да докаже штетан утицај пресуде на његова права, као и да наведе разлоге због којих није учествовао у основном поступку.²⁹ Будући да се овим приговором доводи у питање ауторитет већ донете пресуде, процедуралне захтеве за његово подношење треба ценити строго (Vukadinović, 1991: 94).

Први услов који се односи на прејудицијелни утицај пресуде задовољен је ако је она штетна по права трећег лица. Сама штета може бити материјалне или моралне природе.³⁰ Суд сматра да за подношење приговора није довољно да трећи има само легитимни интерес који треба заштитити.³¹ Уз то, потребно је да права трећег лица буду доведена у питање диспозитивом пресуде која се оспорава или разлозима који су наведени у њеном образложењу.

Други услов тиче се разлога којима треће лице оправдава своје неучествовање у поступку у коме је донета оспорена одлука. Испуњеност овог услова Суд цени у сваком конкретном случају водећи рачуна о дужном степену пажње коју је трећи морао да испољи у вези са обавештењем о покретању поступка које се објављује у Службеном листу ЕУ.³² Зато подносилац приговора мора навести уверљиве разлоге због којих није био у стању да учествује у основном поступку у својству умешача.³³

Поступак по приговору се покреће захтевом у истом облику као и тужба код уобичајене процедуре. Приговор се подноси против свих странака у поступку из кога проистиче оспорена пресуда. Рок за покретање поступка је два месеца од дана објављивања пресуде у Службеном листу Уније.

29 Чл. 42, Статута.

30 *Joined Cases 9 and 12/60 Belgium v Vloeberghs and High Authority* (1962).

31 *Case 292/84TO Bolognese and Others v Scharf and Commission* (1987).

32 *Case T-35/89TO 1 Ascasibar Zubizarreta and Others v Albani* (1992).

33 *Joined Cases 42 and 59/59 Breadbrand v Société des Acéries du Temple and Others* (1962).

Док траје поступак по приговору трећег, Суд може на захтев тог лица обуставити извршење оспорене пресуде или одредити друге одговарајуће привремене мере.³⁴ Уколико је пак истовремено са приговором трећег лица којим се оспорава пресуда Општег суда или Службеничког трибунала поднета жалба против исте пресуде, овај суд, односно Трибунал може после саслушања странака одлучити да застане са поступком по приговору док виши суд не донесе пресуду по жалби.³⁵

У случају да прихвати приговор, Суд ће новом пресудом изменити пресуду у оним тачкама у којима је усвојио захтеве трећег лица. Оригинал преиначене пресуде прикључује се изворнику првобитне пресуде и на њој се о томе саставља одговарајућа белешка.³⁶

3.2. Ревизија

Друго правно средство које је у судским пословницима изричито предвиђено као ванредни правни лек је захтев за ревизију пресуду. Може се поднети само ако се открије нова чињеница од одлучујућег значаја која у време доношења пресуде није била позната ни Суду ни странци која тражи обнову поступка.³⁷ Ревизија није замишљена као замена за жалбу, већ представља ванредно правно средство које омогућава странама у основном спору да доведу у питање ауторитет коначне одлуке и пресуђене ствари (*res iudicata*) под строгим условима.

Пре свега, незнање подносиоца захтева да постоји одређена чињеница не сме бити последица његове немарности. Суд стоји на становишту да откривање новог документа или непознавање његове садржине не представља нову чињеницу уколико је странка која тражи ревизију могла или морала да зна да он постоји или да се са њим упозн³⁸ Поред тога, потребно је да та чињеница већ постојала у време доношења пресуде без обзира што је она била непозната странкама и Суду.³⁹ Каснија судска

34 Чл. 157. Пословника СП; чл. 123. Пословника ОС; чл. 117. Пословника Службеничког трибунала (даље: Пословник СТ), *Off. Journal EU*, L 225/2007; последња измена: *Off. Journal EU*, L 162/2011.

35 Чл. 123, став 4. Пословника ОС; Чл. 117, став 4. Пословника СТ.

36 Чл. 157, ставови 5. и 6. Пословника СП; Чл. 123, став 3. Пословника ОС; Чл. 117, став 3. Пословника СТ.

37 Чл. 44. Статута.

38 Case 56/70Rev. *Mandelli v Commission* (1971).

39 Case C-130/91Rev.II *ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996).

пракса не може се сматрати новом чињеницом која оправдава захтев за ревизију пресуде.⁴⁰

Новооткривена чињеница мора бити такве природе да би одлучујуће утицала на пресуду. Практично то значи да би Суд донео суштински другачију одлуку да му је ова чињеница била предочена у време изрицања пресуде. Са становишта овог услова од значаја је потенцијални утицај нове чињенице на диспозитив пресуде, али не и на одлуку о трошковима или мерама ради њеног извршења.⁴¹ Исто тако, Суд сматра да тај услов за ревизију неће бити испуњен уколико је нова чињеница релевантна само у погледу допунских разлога за доношење оспорене пресуде.⁴²

Захтев за ревизију подноси се у року од три месеца од дана када је подносилац сазнао за чињеницу на којој занима свој захтев за ревизију (субјективни рок). По протеклу десет година од дана доношења пресуде не може се захтевати обнова поступка (објективни рок).⁴³ Право да траже ревизију имају странке у поступку који је окончан пресудом. Поред њих, исто право дато је умешачима независно од тога да ли је страна којој су се придружили тражила ревизију пресуде.

Ревизија се подноси у истом облику као и тужба. Захтев за ревизију се подноси против свих странака на које се односи пресуда донета у поступку чија се обнова тражи.⁴⁴ Поступак по захтеву за ревизију има две фазе (Schermers et al., 2001: 748–749). Када се захтев поднесе, Суд или Трибунал прво одлучују о допуштености ревизије на затвореној седници узимајући у обзир мишљења странака достављена у писменом облику. Суд правде и Општи суд пре доношења одлуке морају да саслушају и мишљење општег правобраниоца.⁴⁵

Ако усвоји позитивну одлуку, која се такође доноси у облику пресуде, Суд у другој фази прелази на мериторно одлучивање. Уколико је пак истовремено са захтевом за ревизију против пресуде Општег суда или Службеничког трибунала поднета жалба, овај суд, односно Трибунал може после саслушања странака одлучити да застане са поступком ревизије

40 Case C-403/85Rev. *Ferrandi v Commission* (1991); Case T-4/89 Rev. *BASF v Commission* (1992).

41 Case 235/82Rev. *Ferriere San Carlo v Commission* (1986).

42 Case 40/71 *Richez-Parise v Commission* (1972); Case T-106/89Rev. *Norsk Hydro v Commission* (1994).

43 Чл. 44, став 3. Статута.

44 Чл.159 Пословника СП; чл.125–126 Пословника ОС; чл. 119. Пословника СТ.

45 Чл. 159, став 5. Пословника СП; Чл. 127, став 2. Пословника ОС.

док виши суд не донесе пресуду по жалби.⁴⁶ После спроведеног поступка доноси се нова пресуда која се прикључује изворнику оспорене пресуде. На маргину те пресуде мора се ставити белешка да је донета пресуда по захтеву за ревизију.⁴⁷

3.3. Приговор туженог против пресуде због изостанка

Приговор против пресуде због изостанка подноси се у року од месец дана од дана пријема пресуде. Улагањем приговора тужени заправо тражи од Суда или Трибунала да укине донету пресуду. Приговор се подноси у истом облику као и тужба у редовном поступку. По пријему приговора председник већа одређује рок у коме супротна страна може да поднесе своје писмене примедбе.⁴⁸

Даљи поступак по приговору одвија се у складу са правилима која регулишу ток поступка по директним тужбама након окончања иницијалне фазе у оквиру његовог писменог дела. То практично значи да Суд или Трибунал могу одлучити да се спроведе припремно истраживање ради прикупљања чињеничне и правне грађе и извођења доказа, као да се одржи усмена расправа.

Након тога, Суд или Трибунал о приговору одлучују пресудом против које није допуштен приговор. Уколико је приговор туженог одбијен пресуда због изостанка остаје на снази. У супротном доноси се пресуда којом се укида пресуда због изостанка.⁴⁹ Оригинал ове пресуде додаје се изворној пресуди донетој због изостанка. На маргину те пресуде ставља се белешка о пресуди донетој поводом приговора туженика.

3.4. Тумачење, исправка и допуна пресуде

Посебно правно средство процесног карактера представља захтев за тумачење пресуде. Овај захтев подноси се уколико није јасан смисао или домашај донете пресуде или евентуално неког решења. Сматра се довољним да у том погледу између страна постоје различита мишљења.⁵⁰ Захтев за тумачење ограничен је на утврђивање тачног значења или домашаја пресуде. Питања која нису решена пресудом не могу бити

46 Чл. 128. Пословника ОС; Чл. 119, став 4. Пословника СТ.

47 Чл. 159, став 7. Пословника СП; Чл. 127, став 4. Пословника ОС; Чл. 119, став 3. Пословника СТ.

48 Чл. 41. Статута; чл. 152. Пословника СП; чл. 122. Пословника ОС; чл. 116. Пословника СТ.

49 Case C-172/97OP *SIVU v Commission* (2001); Case T-85/94OPPO *Commission v Branco* (1995).

50 Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954–1956).

предмет овог захтева. Тако се, рецимо, од Суда не може тражити да тумачи утицај пресуде не друге случајеве или садржину мера које су потребне да би она произвела дејство.⁵¹

Право да поднесу захтев за тумачење имају стране у спору који је окончан пресудом. Исто право имају умешачи независно од става странке у поступку којој су се придружили. Органи Уније могу да поднесу захтев за тумачење чак и у случају да сами нису учествовали у поступку, ако докажу оправдан интерес за тумачење значења и домашаја пресуде.⁵² У случају више паралелних поступака заснованих на истим тужбеним захтевима у којима се пресуда у једном спору позива на претходно донету пресуду, Суд је све стране у овим споровима сматрао овлашћеним да затраже тумачење пресуде чак иако нису странке у конкретном поступку⁵³.

Захтев за тумачење се може односити само на диспозитив пресуде или њено образложење. Од Суда се не може тражити да тумачи споредна питања којима се само допуњавају или објашњавају основни разлози за доношење пресуде. Захтев се подноси у истом облику као и тужба. Захтев се подноси против свих страна у поступку у коме је донета пресуда чије се тумачење тражи (нужни супарничари).

Тумачење пресуде Суда правде може се тражити у року од две године од дана објављивања пресуде или достављања решења.⁵⁴ Међутим, пословницима Општег суда и Службеничког трибунала није прописан посебан рок у коме се захтев за тумачење њихових пресуда мора поднети. Уколико је пак истовремено са захтевом за тумачење против пресуде Општег суда или Службеничког трибунала поднета жалба, овај суд, односно Трибунал може после саслушања странака одлучити да застане са поступком тумачења док виши суд не донесе пресуду по жалби.

Пре доношења одлуке странкама се мора омогућити да поднесу своја мишљења о захтеву за тумачење, док ће Суд правде претходно саслушати мишљење општег правобраниоца. Одлуку о тумачењу Суд или Трибунал доноси у форми пресуде (интерпретативна пресуда). Она се прилаже оригиналу пресуде чије се тумачење тражило и на њој се о томе сачињава одговарајућа белешка.⁵⁵

51 *Case 70/63 High Authority v Clotti and Court of Justice (1965); Case 9/81 Interpretation Court of Auditors v Williams (1983); Joined Cases 146 and 431/85 Interpretation Maindiaux and Others v ESC (1988).*

52 Чл. 43. Статута.

53 *Case 5/55 Assider v High Authority (1954–1956).*

54 Чл. 158. Пословника СП.

55 Чл. 129. Пословника ОС; чл. 118. Пословника СТ.

Друго процесно правно средство које се може користити пред истим судом који је донео одлуку је исправка његове пресуде. Исправка је могућа само уколико пресуда садржи грешке у писању, рачунању или друге очигледне омашке. Пресуду исправља Суд или Трибунал на сопствену иницијативу или на захтев странака, укључујући и умешаче. Рок за тражење исправке је краћи и износи две недеље од доношења пресуде или достављања решења. Оригинал решења о исправци прилаже се изворнику исправљене пресуде. Белешка о том решењу ставља се на маргину изворника пресуде која је исправљена.⁵⁶

Допуна пресуде представља последње правно средство које се понекад сматра само посебним обликом захтева за исправку пресуде (Schermers et al., 2001: 744). Она се тражи у случају када је Суд или Трибунал пропустио да одлучи о одређеном делу захтева или о трошковима поступка. У том случају свака страна може у року од месец дана од датума достављања пресуде затражити да Суд или Трибунал допуни пресуду.

Приликом допуне пресуде спроводи се исти поступак као и за њену исправку. Захтев за допуну пресуде доставља се другој страни и председник одређује рок у коме она може поднети своје писмене примедбе. После достављања писмених примедба, Суд или Трибунал одлучују истовремено о допуштености и основаности захтева за допуну пресуде. Пре доношења такве одлуке Суд правде има обавезу да саслуша мишљење општег правобраниоца.⁵⁷

Литература

Blumann, C., Dubouis L. (2010). *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris: Lexis Nexis Litec

Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954–1956) ECR 175

Case 70/63 *High Authority v Clotti and Court of Justice* (1965) ECR 275

Case 56/70 Rev. *Mandelli v Commission* (1971) ECR 1

Case 40/71 *Richez-Parise v Commission* (1972) ECR 73

Case 9/81 *Interpretation Court of Auditors v Williams* (1983) ECR 2859

Case 235/82 Rev. *Ferriere San Carlo v Commission* (1986) ECR 1799

Case 292/84 TO *Bolognese and Others v Scharf and Commission* (1987) ECR 3563

Case C-403/85 Rev. *Ferrandi v Commission* (1991) ECR I-1215

Case T-4/89 Rev. *BASF v Commission* (1992) ECR II-1523

56 Чл. 154. Пословника СП; чл. 84. Пословника ОС; чл. 84. Пословника СТ.

57 Чл. 155. Пословника СП; чл. 85. Пословника ОС; чл. 85. Пословника СТ.

- Case T-35/89TO 1 *Ascasibar Zubizarreta and Others v Albani* (1992) ECR II-1599
- Case T-106/89Rev. *Norsk Hydro v Commission* (1994) ECR II-419
- Case C-130/91Rev.II *ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996) ECR I-65
- Case C-136/92P *Commission v Brazzelli Lualdi and Others* (1994) ECR I-1981
- Case C-244/92P *Kupka-Floridi v Economic and Social Committee* (1993) ECR I-2041
- Case C-19/93P *Rendo* (1995) ECR I-3319
- Case C-310/93P *BPB Industries and British Gypsum v Commission* (1995) ECR I-865
- Case T-85/94OPPO *Commission v Branco* (1995) ECR II-2993
- Case C-325/94P *An Taisce and WWF UK v Commission* (1996) ECR I-3727
- Case C-19/95P *San Marco v Commission* (1996) ECR I-4435
- Case C-31/95P *Del Plato v Commission* (1996) ECR I-1443
- Case C-173/95P *Hogan v Court of Justice* (1995) ECR I-4905
- Case C-278/95P *Siemens v Commission* (1997) ECR I-2507
- Case C-259/96P *Council v De Nil and Impens* (1998) ECR I-2915
- Case C-172/97OP *SIVU v Commission* (2001) ECR I-6699
- Case C-111/99P *Lech-Stahlwerke* (2001) ECR I-727
- Case C-154/99P *Politi v European Training Foundation* (2000) ECR I-5019
- Case C-197/99P *Belgium v. Commission* (2003) ECR I-8461
- Case C-39/00P *SGA v Court of Justice* (2000) ECR I-11201
- Consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal of the European Union* C 326 (26 October 2012)
- Consolidated version of the Statute of the Court of Justice of the European Union. *Official Journal of the European Union*. L 228 (23 August 2012)
- Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice, *Official Journal of the European Union*. L 265 (29 September 2012)
- Čavoški, A., Knežević-Bojović, A., Popović, D. (2006). *Evropski sud pravde*. Beograd: Institut za uporedno pravo
- Joined Cases 42 and 59/59 *Breadbrand v Société des Acéries du Temple and Others* (1962) ECR 145
- Joined Cases 9 and 12/60 *Belgium v Vloeberghs and High Authority* (1962) ECR 171
- Joined Cases 146 and 431/85 *Interpretation Maindiaux and Others v ESC* (1988) ECR 2003
- Joined Cases C-2/01P and C-3/01P *BAI and Commission* (2004) ECR I-23

Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. (2006). *Procedural Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell

Manin, Ph. (2005). *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*. Paris: Pedone

Meškić, Z., Samardžić, D. (2012). *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo: TDP, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Misita, N. (2009). *Evropska unija: institucije*. Sarajevo: Revicon

Radivojević, Z. (2009). Organizacija pravosudnog sistema Evropske unije prema Lisabonskom ugovoru. *Izazovi evropskih integracija*. 4. 117-129.

Radivojević, Z., Knežević-Predić, V. (2008). *Institucije Evropske unije*. Niš: Sven Rideau, J., Picod, F. (1995). Le pourvoi sur les questions de droit. *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*. 4. 584–601

Rules of Procedure of the General Court. *Official Journal of the European Union*. L 92 (13 April 2010)

Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal. *Official Journal of the European Union*. L 225 (29 August 2007)

Schermer, H.G., Waelbroek, D.F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International

Vukadinović, R. (1991). *Evropska ekonomska zajednica*. Beograd: Nova

Zoran Radivojević, LL.D

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Vesna Knežević-Predić, LL.D

Full Professor,
Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

**Legal Remedies in the Proceedings Before the
Court of Justice of the European Union**

Summary

Legal remedies applied in the proceedings before the Court of Justice of the European Union have some distinctive features as compared to the legal remedies used in the national judicial systems. At first, the communitarian justice system originally did not envisage the possibility of filing an appeal with

this Court as a regular legal remedy but there were other remedies that could be pursued in respect of the judgments issued by the Court.

After the establishment of the Court of First Instance, the Procedural Law of the European Union introduced the possibility of filing an appeal with the Court of Justice against the judgments of the Court of First Instance. Later, the Court of First Instance became competent to decide on appeals against the judgments rendered by the judicial panels, which were established in the meantime. The Court of First Instance and judicial panels reserved the possibility of using other legal remedies against the final decisions rendered by these judicial authorities. In this respect, the Lisbon Treaty did not bring any significant changes, except that the Court of First Instance was renamed into the General Court whereas the judicial panels were designated as specialized courts.

Taking into account the system of legal remedies recognized by the Procedural Law of the European Union, the first part of the paper deals with appeals as a regular legal instrument for bringing the case before a higher instance court which is to review the judgment of a lower instance court, including appeals against the decisions of the General Court and specialized courts. In the second part of the paper, the authors focus on the legal remedies which are awarded by the same court that issued the judgment. This category includes the application of a third party and revision, which may be considered as extraordinary legal remedies, as well as the objection against the judgment by default, judgment interpretation, judgment rectification and supplementing the judgment, which are considered to be extraordinary procedural remedies.

Keywords: legal remedy, appeal, review, revision, third-party application, default judgment, judgment interpretation, judgment rectification, supplementing the judgment.

Др Небојша Раичевић*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.645(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ДЕЈСТВО ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ О ПРЕТХОДНОМ ПИТАЊУ**

Апстракт: Интерпретативна пресуда Суда правде је обавезна за национални суд који је поставио претходно питање, као и за судове надлежне да у главном предмету одлучују по правним лековима. Када је у питању дејство интерпретативне пресуде на остале националне судове, ту још увек постоје извесна неслагања. Пресуде којима се тумачи право ЕУ, по правилу, имају ретроактивно дејство, с тим што Суд правде то дејство може ограничити само на будуће ситуације. И пресуда о оцени ваљаности аката донета у претходном поступку везује национални суд који је поставио питање, као и судове који одлучују по правним лековима. Тој пресуди се не оспорава ни *erga omnes* дејство. Пресуда о оцени ваљаности, такође, има ретроактивно дејство које из оправданих разлога може бити ограничено.

Кључне речи: Суд правде, претходно питање, национални судови, дејство пресуде у главном поступку, дејство пресуде *erga omnes*, временско дејство пресуде.

1. Увод

Право Европске уније примењују судови те организације, али и сви национални судови држава чланица. Заправо, национални судови су примарни заштитници правног поретка Европске уније. Како би им се олакшало вршење те функције, оснивачки уговори су овластили националне судове да од судских органа ЕУ траже помоћ приликом примене права ЕУ. Та сарадња националних судова и судских органа

*raicko@prafak.ni.ac.rs

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

ЕУ одвија се кроз поступак одлучивања о претходним питањима, тј. претходни поступак (енг. *preliminary ruling procedure*).

Поступак одлучивања о претходним питањима иницијално је био предвиђен чл. 177. (који је касније постао чл. 234) Уговора о оснивању ЕЕЗ.¹ Данас је та надлежност Суда правде регулисана чл. 267. Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ). Иако постоји више од шест деценија, поступак одлучивања о претходним питањима није битније мењан. У суштини, он омогућава судовима држава чланица да приликом примене права ЕУ затраже од Суда правде помоћ око тумачења тог права или његово изјашњење о ваљаности неког акта усвојеног од стране европских институција.

Уколико национални суд има нејасноће поводом примене и тумачења права ЕУ, он ће застати са поступком и обратити се Суду у Луксембургу како би од њега добио разјашњење тих спорних правних питања. Према слову оснивачких уговора, постоје две врсте претходних питања: питање тумачења и питање ваљаности. Код прве врсте питања, национални суд се обраћа Суду правде и од њега тражи да утврди значење неке одредбе оснивачког уговора или секундарног акта. Када је, пак, у питању оцена ваљаности, национални судови од Суда у Луксембургу захтевају да оцени правну ваљаност акта усвојеног од стране институција или тела ЕУ.

Врло важан проблем код претходног поступка јесте утврђивање правног дејства пресуде донете у том поступку. Први сегмент тог проблема тиче се дејства пресуде у главном поступку у којем је иницирано претходно питање, други се односи на учинак те пресуде на остале националне судове, док се последњи сегмент тиче временског дејства такве пресуде. У овом раду се разматрају сва три сегмента тог проблема, при чему се они сагледавају посебно за сваку од две врсте одлука о претходном питању (тумачење права и оцена ваљаности аката).

2. Дејство одлуке о тумачењу

Уколико имају недоумице у погледу значења неке одредбе права ЕУ, национални судови су овлашћени да од Суда правде затраже њено тумачење. Према чл. 267. УФЕУ, национални судови могу затражити тумачење одредби оснивачких уговора и аката донетих од стране институција, органа или тела ЕУ. Одлуку о тумачењу Суд правде доноси, по правилу, у форми пресуде (интерпретативна пресуда). Изузетно, одлука

¹ Та врста надлежности била је предвиђена и чл. 41. Уговора о оснивању Европске заједнице за угаљ и челик и чл. 150. Уговора о оснивању ЕВРОАТОМ-а.

се доноси у форми образложеног решења, и то онда уколико је питање постављено у претходном поступку идентично питању о којем је Суд већ одлучивао, када се одговор на постављено питање може јасно извести из постојеће судске праксе, или када не постоји разумна сумња о томе какав ће одговор Суда бити.²

Оснивачки уговори не садрже изричита правила која регулишу правно дејство одлуке донете у претходном поступку по захтеву за тумачење права ЕУ. Зато се одговор о дејству те одлуке, пре свега, мора потражити у судској пракси и доктрини.

2.1. Дејство у главном поступку пред националним судом

Интерпретативна пресуда Суда правде је обавезна за национални суд који је упутио претходно питање.³ Обавезност интерпретативне пресуде у главном поступку значи да национални суд мора пресудити главни спор примењујући право ЕУ на начин на који га је Суд правде протумачио. То је и разумљиво, јер спремност националног суда да се обрати Суду правде подразумева и његову спремност да касније примени добијено тумачење (Schermers, Waelbroeck, 2001: 304).

Одлуком о претходном питању није обавезан сам суд који је питање упутио, већ су њоме везани и сви национални судови који буду одлучивали у каснијим фазама у том предмету (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 193). То могу бити судови који одлучују по жалби, када је претходно питање упутио суд који је одлучивао у првој инстанци. Такође, то могу бити и нижи судови уколико се предмет враћа њима на поновно одлучивање, без обзира да ли је претходно питање упутио жалбени суд или нижи суд на чију одлуку је уложена жалба.

За националне судове није обавезна само изрека пресуде о тумачењу, већ и њено образложење (Thomas, 2001: 110). Суд правде је истакао да оперативни део пресуде мора бити тумачен у складу са релевантним деловима образложења.⁴

Међутим, чињеница да је национални суд упутио претходно питање и добио одговор не значи да он има апсолутну обавезу да примени право ЕУ, чије је тумачење затражио. Уколико национални суд касније (можда баш

2 Чл. 99. Пословника Суда правде.

3 Case 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v. Hauptzollamt Saarbrücken, para. 3; Case 69/85, Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v. Federal Republic of Germany, para. 13; Case 52/76, Luigi Benedetti v. Munari F.lli s.a.s., para. 26.

4 Case 135/77, Robert Bosch GmbH v. Hauptzollamt Hildesheim, para. 4.

захваљујући одговору Суда правде) дође до закључка да треба применити унутрашњи пропис, а не право ЕУ, он је слободан да тако и поступи јер о томе које ће право применити одлучује самостално национални суд применом правила домаћег права.⁵

Такође, национални суд који је поставио претходно питање не мора применити интерпретативну пресуду Суда правде уколико има потребу да постави ново претходно питање.⁶ У тој ситуацији он ће поново упутити питање Суду правде и сачекати његов нови одговор. Ту могућност могу користити и судови који одлучују у каснијим фазама поступка у датом предмету. Међутим, странке у главном поступку пред националним судом немају право да траже тумачење пресуде о претходном питању или њену ревизију.⁷ Дакле, једино национални судови могу Суду правде упутити ново претходно питање. То ће бити оправдано уколико национални суд „наиђе на тешкоће у разумевању или примени пресуде, када упутити ново правно питање Суду или када упутити нове аргументе који могу довести до тога да Суд да различит одговор на раније упућено питање“.⁸

Уколико национални суд не поступи ни на један од два напред наведена начина, већ одлучи да примени право ЕУ, он то право мора применити на начин интерпретиран од стране Суда правде.

Уколико не поступи у складу са интерпретативном пресудом Суда правде, то може бити разлог за укидање или преиначење одлуке националног суда у поступку по интерним правним лековима. Поред тога, такав поступак

5 Case 29-68, *Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v Hauptzollamt Saarbrücken*, para. 3. Као пример за ситуацију где је национални суд након добијања одговора на постављено претходно питање, ипак, одлучио да примени домаће право, можемо навести понашање Касационог суда Француске у предмету *Vito Inzirillo*. Поступајући по захтеву Касационог суда Француске, Суд правде је закључио да „национално право које у држави чланици даје право на новчани додаток хендикепираним малолетним особама држављанима те државе чланице који ту имају пребивалиште, примењује се такође и на хендикепирану малолетну особу држављанина друге државе чланице иако оно никад није радила у држави која је усвојила ту легислативу, али која живи у тој држави чланици и зависно је од свог оца који је ту запошљен као радник у смислу поменуте регулативе“ (Регулатива бр. 1408-71) - Case 63-76, *Vito Inzirillo v Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, para. 22. Након тога, француски суд је одлучио да у датој ситуацији није примењиво комунитарно право, већ домаће право према којем је новчани додаток за малолетне особе са хендикепом припадао само француским држављанима (Nyikos, 2003: 401).

6 Case 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v. Hauptzollamt Saarbrücken*, para. 3; Case 40/70, *Sirena Srl v Eda Srl and others*, Order of the Court.

7 Case 40/70, *Sirena Srl v Eda Srl and others*, Order of the Court; Case C-116/96 REV, *Reisebüro Binder GmbH*, Order of the Court, paras. 8–9;

8 Case C-466/00, *Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department*, para. 39.

националног суда представља и повреду права ЕУ, што може довести до покретања поступка против државе чланице због непоштовања обавеза (чл. 258–260 УФЕУ).

2.2. Дејство *erga omnes*

Као што је напред речено, национални суд је обавезан да у предмету у којем се поставило претходно питање поступи у складу са тумачењем садржаним у пресуди Суда правде. Поставља се питање да ли интерпретативна пресуда везује тај и остале националне судове и у свим сродним будућим случајевима. Суд правде се до сада о томе није изричито изјашњавао, док је доктрина по том питању подељена.

Ни у једној одлуци Суда правде није експлицитно апострофирано *erga omnes* дејство интерпретативних пресуда. Ипак, постоје неке његове пресуде које садрже одређена појашњења која се тичу домаћаја тумачења датих приликом одлучивања о претходном питању. У првој од њих, Суд правде је одбио да пружи тражено тумачење у вези са директном применом чл. 12. Уговора о ЕЕЗ, са образложењем да се о том питању већ изјаснио у раније вођеном поступку. У образложењу те пресуде, Суд правде је национални орган који је поставио претходно питање упутио на тај ранији случај.⁹ У предмету *CILFIT*, Суд правде је поновио своје становиште из предмета *Da Costa*, додавши да је такво поступање нарочито оправдано када је „постављено питање суштински идентично са питањем које је већ било предмет претходног одлучивања у сличном случају“. Међутим, Суд из Луксембурга је сада отишао корак даље, истакавши да се национални судови могу ослонити на ранија тумачења, чак и када је претходно питање постављено у другој врсти правног поступка, па и онда када постављена питања нису потпуно идентична.¹⁰ Међутим, у обе ове пресуде потврђено је да и у таквим ситуацијама национални судови имају пуну слободу да Суду правде упуте ново претходно питање.¹¹

Из наведене судске праксе може се закључити да национални судови имају две опције на располагању: да поступе по ранијем тумачењу Суда правде, или да му упуте ново претходно питање. Дакле, национални судови не могу протумачити право ЕУ ни на један други начин осим онако како га

9 Joined cases 28 to 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration*.

10 Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, paras. 13–14.

11 Joined cases 28 to 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration*; Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, para. 15.

је протумачио Суд правде. Уколико не желе да примене раније тумачење, они морају затражити ново тумачење Суда правде.

У доктрини су мишљења подељена око *erga omnes* дејства интерпретативних пресуда. Једна део доктрине сматра да ове пресуде немају опште дејство, већ стварају обавезу једино за национални суд који је упутио претходно питање. Међутим, број присталица таквог схватања је све мањи.

Друга група теоретичара сматра да пресуде о тумачењу донете у претходном поступку имају *erga omnes* учинак (Hartley, 1998: 277). Као један од аргумената за такво схватање наводи се декларативни карактер датог тумачења. Тумачење Суда правде не установљава никакво ново правило, већ само појашњава како постојећа правила треба схватити (Lang, 2011: 93). На тај начин тумачење Суда правде постаје интегрални део тих правила, и то од њиховог ступања на снагу (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 195; Broberg, Fenger, 2014: 451). Поред тога, наводи се да и јединствена примена права ЕУ, као циљ претходног поступка, потврђује тезу о *erga omnes* дејству интерпретативних пресуда. Да би се тај циљ постигао, тумачење права ЕУ дато у претходном поступку мора имати опште дејство и везивати све судове који примењују право ЕУ (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 195–196; Broberg, Fenger, 2014: 452). Могућност субјекта који нису учесници у главном поступку (државе чланице, Комисија, Савет, Европски парламент или друга тела ЕУ) да у претходном поступку изнесу своја ставове наводи се као још један доказ да интерпретативна пресуда треба имати опште дејство, јер мора постојати логична веза између процедуре у претходном поступку и домашаја пресуде која је у том поступку донета (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 195).

У оквиру овог доктринарног правца може се издвојити и схватање према којем интерпретативне пресуде имају фактичко *erga omnes* дејство, које се може упоредити са *erga omnes* дејством пресуда највиших националних судова у континенталним правним системима (Broberg, Fenger, 2014: 452; Dausies, 1986: 574; Meškić, Samardžić, 2012: 451). Иако оне нису формално правно обавезујуће за националне судове, они их поштују имајући у виду ауторитет суда који их је донео и уважавајући реалност да он од њих неће лако одступити. Национални судови, по правилу, узимају у обзир ранија тумачења Суда правде која су им путем интерпретативних пресуда наметнута на посредан начин и тако постају саставни део принципа права ЕУ (Кнежевић Предић, Радивојевић, 2009: 178).

Чини се да је најприхватљивије становиште према којем пресуда о тумачењу има фактичко *erga omnes* дејство. Национални судови не могу једноставно занемарити ранија тумачења Суда правде. Они морају поступити према

ранијој интерпретативној пресуди или упутити ново претходно питање. Национални судови су аутономни у оцени да ли је претходно питање које се пред њима појавило идентично (слично) ранијем претходном питању или је пак сасвим ново, па самим тим имају и пуну слободу да одлуче да ће се обратити Суду правде. Тиме је обавеза националних судова да у сличним случајевима следе раније интерпретативне пресуде у одређеној мери девалвирана (Schermers, Waelbroeck, 2001: 305). Ипак, то никако не значи да ће национални судови отклонити примену ранијих тумачења Суда правде, већ је само одложити. Иако пресуде Суда правде немају карактер прецедената, мала је вероватноћа да ће он изменити своја ранија схватања.

2.3. Временско дејство

Оснивачки уговори не садрже ниједно правило које на експлицитан начин регулише временско дејство интерпретативних пресуда донетих у претходном поступку. Због тога је временско дејство тих пресуда разрешено кроз јудикатуру Суда из Луксембурга.

Пракса Суда правде по питању временског дејства интерпретативних пресуда је недвосмислена. У већем броју пресуда је истакнуто да тумачење правила која Суд даје „објашњавају и одређују значење и домашај тог правила онако како се оно мора или је морало бити схваћено и примењено од момента његовог ступања на снагу. Дакле, протумачено правило може, и мора, бити примењено од судова чак и на односе који су настали и успостављени пре доношења пресуде којом је одговорено на захтев за тумачење“.¹² Из овога се јасно може закључити да тумачења дата у претходном поступку имају ретроактивно дејство (*ex tunc*), што значи да се примењују на све ситуације настале након усвајања тумаченог правила. Дакле, интерпретативне пресуде не стварају обавезе само за убудуће (*ex nunc*), већ се њихово дејство проширује и на односе настале пре доношења пресуде.

Ипак, ретроактивно дејство пресуда донетих у претходном поступку нема апсолутни учинак. Тумачења права ЕУ немају утицај на оне одлуке националних органа које су већ постале правоснажне пре усвајања пресуде Суда правде.¹³ Тиме је у потпуности очувано начело правне сигурности

12 Case 24/86, Vincent Blaziot v University of Liège and others, para. 27; Case C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, para. 107; Case C-347/00, Ángel Barreira Pérez v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), para. 44.

13 Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, para. 46; Case C-224/01, Gerhard Köbler v Republik Österreich, para. 38; Case C-234/04, Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH, para. 20.

и правило *res judicata* као важна манифестација тог начела. Ако пак национално право допушта могућност да се поново покрене поступак који је већ окончан правоснажном одлуком, национални орган је обавезан да то учини уколико је та одлука заснована на тумачењу права ЕУ које није у складу са тумачењем датим у интерпретативној пресуди Суда правде, под условом да се тиме не штети интересима трећих субјеката.¹⁴

Поред искључења дејства у односу на правоснажно окончане националне поступке, постоји још један вид лимитирања ретроактивног дејства интерпретативних пресуда. Због штетних последица које њихово ретроактивно дејство може имати на поједине субјекте, Суд правде је у одређеним ситуацијама на *ad hoc* основи ограничавао *ex tunc* учинак својих пресуда. Суд је први пут тако поступио 1976. године у случају *Defrenne*. У том предмету стјуардеса Дефрен се обратила белгијском суду због тога што је примала мању зараду од својих колега стјуарта. Белгијски суд је упутио претходно питање Суду правде како би добио појашњење да ли тадашњи чл. 119. Уговора о ЕЕЗ производи директно дејство. Суд правде је одговорио позитивно, што је имплицирало да мушкарци и жене треба да примају исту зараду за исти рад. С обзиром на то да би ретрокативна примена тог тумачења наметнула обавезу свим послодавцима који су другачије обрачунавали зараду да својим радницама исплате целокупну закинуту разлику, Суд правде је искључио примену тог тумачења за период пре усвајања пресуде.¹⁵

Ограничење временског дејства интерпретативне пресуде може одредити само Суд и то истом пресудом којом даје тумачење. Национални судови нису овлашћени да уводе временска ограничења, јер би то нарушило једнообразну примену права ЕУ.¹⁶ Ограничење *ratione temporis* дејства интерпретативне пресуде не може извршити ни национални законодавац (Lenaerts, Arts, Maselis, 2006: 197). Уколико национални суд има нејасноће око домашаја временског ограничења дејства пресуде, он може покренути нови претходни поступак како би од Суда правде добио појашњење тог домашаја.¹⁷

Треба рећи да је ограничење временског дејства интерпретативних пресуда редак изузетак у пракси Суда. Такав карактер временског ограничења

14 Case C-453/00, Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, paras. 25–27.

15 Case 43/75, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.

16 Joined cases 66, 127 and 128/79, Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, para. 11.

17 Case C-109/91, Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, paras. 15-20; Case C-110/91, Michael Moroni v Collo GmbH, paras. 27–33.

Суд је нагласио у већем броју пресуда, истичући да „једино изузетно, примењујући опште начело правне сигурности уграђено у комунитарни правни поредак, Суд може ограничити могућност сваког заинтересованог лица да се позове на одредбу онако како је она протумачена ради довођења у питање правног односа успостављеног у доброј вери“.¹⁸ Приликом одлучивања о ограничењу временског дејства пресуде, Суд правде је опрезно вагао „практичне последице“ њене ретроактивне примене и очување „објективности права“.¹⁹

Чак и у ситуацијама када је Суд правде начелно искључио ретроактивно дејство пресуде, он је допуштао да се субјекти који су пре њеног доношења покренули релевантне националне правне поступке могу позвати на тумачења садржана у пресуди. Изузимање ових субјеката од временског ограничења дејства пресуде врши се како им се не би угрозила заштита права загрантованих правом ЕУ.²⁰

3. Дејство одлуке о оцени ваљаности акта

Претпоставка је да су секундарни акти усвојени од стране институција ЕУ ваљани, те их органи држава чланица као такве морају примењивати. Уколико неки учесник у поступку пред националним судом оспори ваљаност секундарног акта, тај суд може одбацити те тврдње, тј. утврдити ваљаност оспореног акта, и применити га у том конкретном спору. Међутим, национални суд никако нема овлашћење да самостално утврди неваљаност неког секундарног акта из домена права ЕУ. Уколико постоји сумња у правну ваљаност неког акта, национални суд је дужан да се претходним питањем обрати Суду правде и од њега затражи коначано разрешење тог проблема.²¹ Суд правде у претходном поступку доноси одлуку у којој даје оцену ваљаности оспореног акта.

18 Case 24/86, Vincent Blaziot v University of Liège and others, para. 28; Case C-163/90, Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others, para. 30; Case C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman, para. 142; Case C-228/05, Stradasfalti Srl v Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento, para. 72.

19 Case 24/86, Vincent Blaziot v University of Liège and others, para. 30; Case C-163/90, Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others, para. 30; Case C-228/05, Stradasfalti Srl v Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento, para. 72.

20 Case 43/75, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, para. 75; Case C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, para. 112.

21 Тај принцип је утврђен у познатом случају Foto-Frost, када је Суд правде истакао да национални судови нису овлашћени да самостално утврде да је неки акт усвојен

3.1. Дејство у главном поступку пред националним судом

Када је национални суд затражио оцену ваљаности неког акта, Суд правде у претходном поступку може оценити да нема разлога да акт прогласи неваљаним или, пак, прихватити наведне аргументе и акт оценити као неваљан. За национални суд који је упутио претходно питање, пресуда Суда правде је и у једној и у другој ситуацији обавезујућа.

У првој ситуацији, када сматра да ни један од наведених разлога²² не доводи у питање ваљаност оспораваног акта, Суд правде у својој пресуди не користи позитивну констатацију да је акт правно ваљан, већ, употребљава негативну формулацију, истичући да током преиспитвања он није нашао ништа што би утицало на ваљаност тог акта.²³ С обзиром на то да није утврђена неваљаност акта, национални суд који је поставио претходно питање мора у том конкретном предмету испоштовати такву одлуку Суда и применити оспоравани акт. И сам Суд правде је својим пресудама потврдио такву обавезу националних судова, истакавши да „пресуда којом Суд одлучује у претходном поступку... о ваљаности неког акта институције Заједнице... обавезује национални суд приликом доношења одлуке у главном поступку“.²⁴

Међутим, уколико национални суд сматра да постоји још неки разлог за неваљаност акта изван оних које је навео у свом претходном питању, он може, пре него што донесе пресуду, покренути нови претходни поступак пред Судом правде и новим аргументима оспоравати ваљаност истог акта. У тој ситуацији национални суд неће применити првобитну пресуду Суда правде, већ ће сачекати нову оцену ваљаности. Међутим, мора се нагласити

од стране ЕУ (ЕЗ) неваљан; Case 314/85, *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost.*, paras. 17–20.

22 Оснивачки уговори нити било који други акт не прописују да ли се Суд правде приликом оцене ваљаности акта мора држати искључиво оних разлога које је навео национални суд, или је овлашћен да по сопственој иницијативи испита и друге разлоге неваљаности. У пракси, Суд правде, углавном, испитује само разлоге наведене од стране националног суда; (Сарета, 2011: 69).

23 Видети пресуде у следећим предметима: Case C-323/88, *SA Sermes v Directeur des services des douanes de Strasbourg*; Joined Cases C-362/07 and C-363/07, *Kip Europe SA and Others and Hewlett Packard International SARL v Administration des douanes - Direction générale des douanes et droits indirects*; Case C-14/10, *Nickel Institute v Secretary of State for Work and Pensions*. Одлука Суда правде у овој ситуацији нема последице *res iudicata* да је испитивани акт правно ваљан. Употребом наведне формулације, Суд себи оставља отворена врата да у неком новом поступку (који може покренути чак и исти национални суд) утврди неваљаност тог акта; (Broberg, Fenger, 2014: 449).

24 Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany*, para. 13.

да национални суд том приликом нема право да на било који начин оспорава пресуду Суда правде донету у првобитном претходном поступку. У предмету *Wünsche II* се јасно истиче да „није допуштено користити право упућивања новог претходног питања Суду као средство оспоравања ваљаности претходно донете пресуде, јер би то довело у питање поделу надлежности између националних судова и Суда правде установљену чл. 177. Уговора. ...одлука Суда о претходном питању не потпада под акте институција Заједнице чија се ваљаност може испитивати у поступку према члану 177“.²⁵

И у другој ситуацији, када Суд правде неки акт прогласи неваљаним, његова пресуда је обавезна за национални суд. Он је дужан да приликом решавања спора поводом којег се појавило претходно питање не примени оспоравани акт. Треба рећи да тај суд (а и сваки други национални суд) може пред Судом правде покренути нови предходни поступак „уколико се појаве питања која се тичу основа, домашаја и могућих последица раније утврђене неваљаности“.²⁶ Наравно, ни у тој ситуацији национални суд не може оспоравати саму пресуду Суда правде којом је акт проглашен неваљаним, већ само тражити њено појашњење. Дакле од Суда правде се не може тражити да акт који је већ прогласио неваљаним сада новом пресудом прогласи ваљаним.

Као и пресуда о тумачењу, и пресуда Суда правде о оцени ваљаности аката, везује и све националне судове који у том предмету поступају у наредним фазама поступка. Ово правило се примењује без обзира да ли је Суд правде утврдио ваљаност или неваљаност оспораваног акта.

3.2. Дејство *erga omnes*

Какво ће бити дејство пресуде о оцени ваљаности аката према осталим судовима, зависи од исхода те оцене. То дејство се разликује у зависности од тога да ли је Суд правде оценио акт ваљаним или неваљаним.

Уколико је Суд правде оспоравни акт оценио ваљаним, таква пресуда је обавезна само у предмету пред националним судом у којем је иницирана

²⁵ Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany*, paras. 15–16.

²⁶ Case C-66/80, *SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, para. 14. Као пример за ту ситуацију можемо навести случај *Pinna II*, када је од Суда правде тражено да појасни домашај и последице ранијег проглашења чл. 73.(2) Регулative бр. 1408/71 неваљаним у пресуди донетој у претходном поступку у предмету *Pinna*; Case 359/87, *Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie* и Case 41/84, *Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie*.

оцена ваљаности, а не и у осталим случајевима. Национални судови у својим будућим предметима могу поново поставити питање ваљаности тог акта, наводећи неке друге аргументе за његову неваљаност. Суд правде је приликом нове оцене ваљаности потпуно слободан, тако да он сада тај акт може прогласити и неваљаним, уколико новонаведени аргументи поткрепљују такав закључак.

Када је у питању *erga omnes* дејство пресуде којом је неки акт оцењен као неваљан, чини се да је ту став Суда правде јасан. У предмету *International Chemical Corporation* он је истакао да „иако је пресуда Суда, донета у поступку према члану 234 Уговора о ЕЗ којом се поништава акт органа Заједнице... упућена непосредно националном суду који је поставио питање Суду правде, таква пресуда је довољан разлог за сваки други национални суд да те акте сматра ништавим приликом доношења своје пресуде“.²⁷ Хартли сматра да наведена пресуда садржи у себи снажан наговештај да је одлука о неваљаности обавезујућа и за остале националне судове, изузев уколико Суд правде, поступајући по неком каснијем захтеву, не укине одлуку о претходном питању, што је мало вероватно да ће се десити (Hartley, 1998: 393). Уколико неки национални суд, ипак, затражи оцену ваљаности акта који у ранијем претходном поступку проглашен неваљаним, Суд правде одбија да одговори на такво претходно питање.²⁸

У поменутом предмету, Суд правде је навео два аргумента за апсолутно дејство својих пресуда о оцени ваљаности аката.²⁹ Најпре, Суд је такво дејство правдао сврхом претходног поступка која се огледа у осигурању једнообразне примене права ЕУ од стране националних судова. Уколико би након утврђивања неваљаности неког акта остали национални судови њега и даље сматрали правом које производи правне учинке, онда би право ЕУ имало различите последице за различите субјекте (Ћарета, 2011: 71). Други аргумент на којем је Суд базирао *erga omnes* дејство пресуде јесте поштовање начела правне сигурности. Уколико би остали национални судови наставили да примењују акт који је оглашен неваљаним, то би довело до озбиљне правне несигурности.

Из напред наведеног се може закључити да онда, када Суд правде у претходном поступку оцени да неки правни акт није ваљан, тај акт више

27 Case C-66/80, SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, para. 13.

28 C-74/99, The Queen v. Secretary of State for Health and Others (ex parte: Imperial Tobacco Ltd and Others).

29 Case C-66/80, SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, paras. 11–12.

није примењив, што значи да се постиже иста правна последица као и код поништаја акта (Mathijssen, 2004: 125).

На крају, треба појаснити још једну ситуацију. Уколико Суд правде прогласи неку одредбу права ЕУ неваљаном, то не даје право националним судовима да самостално прогласе неваљаном аналогну одредбу другог акта. У предмету *Schul* холандски суд последње инстанце је упитао Суд правде да ли национални суд може самостално огласити неку одредбу неваљаном по основу аналогије са сличном одредбом коју је Суд правде раније огласио неваљаном, или се за то, ипак, мора обратити Суду у Луксембургу. У том предмету се пред холандским судом поставило питање на коју цену треба зарачунати порез за увоз шећера из Бразила (да ли на CIF увозну цену или репрезентативну цену). Регулative Савета бр. 1785/81 из 1981. године и 3290/94 из 1994. године прописивале су да се тај порез треба платити на CIF увозну цену, док је имплементирајућа Регулative Комисије бр. 1423/95 из 1995. године, пак, предвидела да се увозни порез обрачунава на репрезентативну цену. Суд правде је исти такав проблем већ разматрао у вези са начином обрачуна пореза на увоз живинског меса. И у тој области су постојале регулативе Савета и Комисије које су садржале истоветна правила као и регулативе које су регулисале увоз шећера. Решавајући претходно питање, Суд правде је прогласио одредбе о начину обрачуна пореза за увоз живинског меса садржане у имплементирајућој регулативи Комисије неваљаним.³⁰ Због тога је холандски суд који је одлучивао о начину опорезивања увозног шећера затражио мишљење да ли он, по аналогији, може одбити да примени одредбе Регулative бр. 1423/95 о начину обрачуна пореза на увезени шећер. Међутим, Суд правде је истакао да због једнообразне примене комунитарног права и поштовања начела правне сигурности само он може прогласити комунитарне акте неваљаним, упркос чињеници да би та процедура пред националним судовима била краћа.³¹

3.3. Временско дејство

Захваљујући Суду правде, постоје прилично јасна правила о временском дејству пресуде о оцени ваљаности аката. Суд је та правила изложио у пресуди донетој у предмету *Roquette Frères SA* из 1994. године.³² Пошто су та

30 Case C-317/99, *Kloosterboer Rotterdam BV v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

31 Case C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, paras. 15-25.

32 Case C-228/92, *Roquette Frères SA v Hauptzollamt Geldern*, paras. 17-30.

правила скоро идентична онима која се примењују код временског дејства интерпретативних пресуда, она неће бити понављана на овом месту.

Из досадашње праксе Суд правде може се приметити да је лакше прибегавао искључењу ретроактивног дејства пресуда о оцени ваљаности аката, него што је то чинио код пресуда о тумачењу. Разлог за то је чињеница што су се субјекти легитимно уздали у важеће правне норме (Steiner, Woods, 2003: 571), па је Суд настојао да одржи на снази односе који су произашли из тих правних норми које су тек касније проглашене неваљаним.

4. Закључак

Претходни поступак представља врло важан инструмент у процесу примене права ЕУ. Пресуде Суда правде донете приликом решавања претходних питања представљају драгоцену помоћ националним судовима за правилну примену права ЕУ. Оснивачки уговори, као ни општи акти који уређују функционисање Суда правде, не садрже правила која регулишу дејство пресуда донетих у претходном поступку. Суд правде је својом праксом изградио нека правила која уређују дејство пресуда донетих у претходном поступку. Та правила омогућавају спровођење донетих пресуда, али још увек постоје одређене дилеме, нарочито у погледу *erga omnes* дејства пресуда.

Због далекосежних практичних последица које одлуке донете у претходном поступку имају за функционисање правног поретка ЕУ, чини се да је питање њиховог дејства требало регулисати оснивачким уговорима, или макар интерним актима Суда правде. Можда је у почетним деценијама функционисања овог механизма било тешко општим актима створити прецизна и трајна правила о дејству пресуда донетих у претходном поступку. Због тога је разумљиво што је у том периоду остављено Суду правде да самостално изгради та правила, јер је то флексибилнији начин који је више одговарао том периоду. Међутим, мало изненађује што ниједна од бројних реформи оснивачких уговора и интерних аката Суда правде, нарочито оне најновије, није посветила пажњу регулисању дејства одлука донетих у претходном поступку. Чини се да то питање заслужује да буде обухваћено будућим реформама поменутих општих аката.

Литература

Broberg M., Fenger N. (2014). *Preliminary References to the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press

Case 135/77, Robert Bosch GmbH v Hauptzollamt Hildesheim, ECR [1978], p. I-855

Case 24/86, Vincent Blaizot v University of Liège and others, ECR [1988], p. I-379

Case 283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, ECR [1982], p. I-3415

Case 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v Hauptzollamt Saarbrücken, ECR [1969], p. I-165

Case 314/85, Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost., ECR [1987], p. I-4199

Case 359/87, Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie, ECR [1989], p. I-585

Case 40/70, Sirena Srl v Eda Srl and others, Order of 18 October 1979, ECR [1979], p. I-3169

Case 41/84, Pietro Pinna v Caisse d'allocations familiales de la Savoie, ECR [1986], p. I-1

Case 43/75, Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECR [1976], I-455

Case 52-76, Luigi Benedetti v Munari F.lli s.a.s., ECR [1977], p. I-163

Case 63-76, Vito Inzirillo v Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon, ECR [1976], p. I-2057

Case 69/85, Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v Federal Republic of Germany, ECR [1986], p. I-947

Case C-109/91, Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf, ECR [1993], p. I-4879

Case C-110/91, Michael Moroni v Collo GmbH, ECR [1993], p. I-6591

Case C-116/96 REV, Reisebüro Binder GmbH, Order of 28 April 1998, ECR [1998], p. I-1889

Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, ECR [1999], p. I-3055

Case C-14/10, Nickel Institute v Secretary of State for Work and Pensions, ECR [2011], p. I-6609

Case C-163/90, Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others, ECR [1992], p. I-4625

Case C-224/01, Gerhard Köbler v Republik Österreich, ECR [2003], p. I-10239

Case C-228/05, Stradasfalti Srl v Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento, ECR [2006], p. I-8391

Case C-228/92, Roquette Frères SA v Hauptzollamt Geldern, ECR [1994], p. I-1445

Case C-234/04, Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH, ECR [2006], p. I-2585

Case C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, ECR [1999], p. I-2685

Case C-317/99, Kloosterboer Rotterdam BV v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, ECR [2001], p. I-09863

Case C-323/88, SA Sermes v Directeur des services des douanes de Strasbourg, ECR [1990], p. I-3027

Case C-347/00, Ángel Barreira Pérez v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ECR [2000], p. I-8191

Case C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman, ECR [1995], p. I-4921

Case C-453/00, Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren, ECR [2004], p. I-837

Case C-461/03, Gaston Schul Douane-expediteur BV v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, ECR [2005], p. I-10513

Case C-466/00, Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department, ECR [2003], p. I-2219

Case C-66/80, SpA International Chemical Corporation, Rome v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, ECR [1983], p. I-1191

Case C-74/99, The Queen v. Secretary of State for Health and Others (ex parte: Imperial Tobacco Ltd and Others), ECR [2000], p. I-8599

Ćapeta, T. (2011). Prethodni postupak za ocjenu valjanosti kao dio mehanizma sudskog nadzora nad pravom Europske unije, u: U: T. Ćapeta i ostali (ur.), *Prethodni postupak u pravu Europske unije – suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom* (str. 49–81). Zagreb: Narodne novine

Dauses, A. M. (1986). Practical Considerations Regarding the Preliminary Ruling Procedure Under Article 177 of the EEC Treaty. *Fordham International Law Journal*. 3(X). 538–577

Hartley, T. C. (1998). *Основи права Европске Заједнице (превод)*. Београд: Институт за уставну и правну политику и Београдски центар за људска права

Joined cases 28 to 30/62, Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration, ECR [1963], p. I-31

Joined cases 66, 127 and 128/79, Amministrazione delle Finanze v Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi, ECR [1980], p. I-1237

Joined cases C-362/07 and C-363/07, Kip Europe SA and Others and Hewlett Packard International SARL v Administration des douanes - Direction générale des douanes et droits indirects, ECR [2008], p. I-9489

Кнежевић-Предић В., Радивојевић, З. (2009). *Како настаје и делује право Европске уније*. Београд: Службени гласник

Lang, G. (2011). Učinci presude Europskog suda u prethodnom postupku. U: T. Čareta i ostali (ur.), *Prethodni postupak u pravu Europske unije – suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom* (str. 83–101). Zagreb: Narodne novine

Lenaerts K., Arts D., Maselis I. (2006). *Procedural Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell

Mathijsen, P.S. (2004). *A Guide to European Union Law*. London: Sweet & Maxwell

Meškić, Z., Samardžić D. (2012). *Pravo Evropske unije*. Sarajevo

Nyikos, S.A. (2003). The Preliminary Reference Process: National court Implementation, Changing Opportunity Structures and Litigant Desistment. *European Union Politics*. 4(IV). 397–419

Schermers, H.G., Waelbroeck D.F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International

Steiner, J., Woods, L. (2003). *Textbook on EC Law*. Oxford: Oxford University Press

Tuomas, O. (2001). Between Precedent and the Present. *Turku Law Journal*. 1(III). 105–118

Nebojša Raičević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Effects of a Preliminary Ruling of the European Court of Justice

Summary

One of the significant competences of the European Court of Justice is to issue a preliminary ruling on an issue which has been referred to this Court by the national courts of the EU Member States. In this procedure, the national courts are provided the necessary explanation on the applicable EU law, either through by interpreting some legal provisions or by assessing the validity of a legal act adopted by the EU institutions. The preliminary ruling of the Court of Justice is binding for the national court which referred the issue to the Court. The decision is also binding for all national courts which have jurisdiction to decide on legal remedies in this matter. On the other hand, the effect of the preliminary ruling on other national courts is not quite clear. In other words, there is a dilemma as to whether the preliminary ruling on a disputed issue posed in one proceeding is binding for all other courts, which have not been actually involved in this particular proceeding. As for the temporal effect of a preliminary ruling, there is a general rule that the Court's preliminary ruling has a retroactive effect. However, in some situation, the Court of Justice may limit the retroactive effect of its rulings if their *ex tunc* application is incompatible with the principle of legal certainty.

Key words: Court of Justice, preliminary ruling, national courts, effect of a preliminary ruling in main proceedings, *erga omnes* effect of a preliminary ruling, temporal effect of a preliminary ruling.

Др Татјана Јованић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Београду

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 34(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ОСМИШЉАВАЊЕ И КООРДИНАЦИЈА ЈАВНИХ ПОЛИТИКА КАО ПОЛАЗНИ ОСНОВ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ДОМАЋИХ ПРОПИСА СА ЗАХТЕВИМА ПРАВНЕ ТЕКОВИНЕ ЕУ**

Апстракт: Један од најважнијих аспеката хармонизације нашег права са правом ЕУ, још увек занемарен у Србији, је међусобна веза између осмишљавања и координације јавних политика, са једне стране, и усаглашавања прописа у току преговора за приступање ЕУ, са друге стране. Овај аспект је у великој мери занемарен како због хитног поступка доношења прописа ради усклађивања са правом ЕУ, тако и због неразвијености регулаторне политике, која се у великој мери свела на гиљотину прописа, уместо да се развије циклус јавних политика и аналитичка фаза која претходи изради прописа. Иако је дошло до унапређења преговарачке структуре европских интеграција, Преговарачки тим и Координационо тело свакако не могу да замене улогу носилаца јавних политика у њиховом настанку. Обзиром да је новим Законом о министарствима предвиђено стварање Републичког секретаријата за координацију јавних политика, створен је институционални предуслов за спровођење функције усклађивања предлога јавних политика, али се још увек не назире какве ће ингеренције у самом циклусу јавне политике имати ова институција. У сваком случају, овакав орган ће употпунити координациону структуру Србије у преговарачком процесу.

Кључне речи: право ЕУ, усклађивање законодавства, координација, јавне политике.

* jovanictatjana@gmail.com

** Аутор је написао овај рад у току 2014. године у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: правни, економски, политички и социолошки аспект“, на Правном факултету Универзитета у Београду, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Увод

Трансформација привреде Србије и одговарајућа реформа правног система нису само предуслов конкурентности домаће привреде, већ и европских интеграција. Поред спровођења макроекономских реформи, и институционалне реформе један су од предуслова за ЕУ интеграције. Обавезе које се намећу Критеријумима из Копенхагена из 1993. су тројаке: политички критеријум као стабилност институција; економски критеријуми: постојање функционалне тржишне привреде као и капацитета да се одоли притисцима конкуренције и тржишним снагама унутар ЕУ; као и прихватање правних тековина Заједнице.¹ Европске интеграције подразумевају усклађивање са правом ЕУ, али и побољшања законодавног поступка у Србији да би то усклађивање било што једноставније и ефикасније, а прописи квалитетнији.

Један од најважнијих аспеката хармонизације нашег права са правом ЕУ, још увек занемарен у Србији, је међусобна веза између осмишљавања и координације јавних политика, са једне стране, и усаглашавања прописа што је обавеза у току преговора за приступање ЕУ, са друге стране. Један од најбитнијих разлога због чега је томе потребно посветити посебну пажњу је пракса Европске комисије према државама Западног Балкана, односно инсистирање на реформи јавне управе и спровођењу јавних политика, као и доношењу квалитетних и образложених закона као инструмената њиховог спровођења. У процесу приступања од држава кандидата се очекује успостављање оквира за планирање, развијање и координацију политика како би се омогућило доследно планирање политика и координација активности Владе, укључујући и постављање приоритета, предлагање конзистентних и одрживих политика, које би поставиле основе за ефикасно функционисање државне управе по пријему у чланство у ЕУ. Суштинско питање у овој фази је како обезбедити координацију различитих интереса ресорних министарстава и других организација како би се заступала јединствена национална позиција у преговорима, што се одражава на законодавни поступак. Процес приступања могао би да буде катализатор, подстицај јавној управи да унапреди своје административне капацитете, како би се на време припремила за део европског административног простора, скупа заједничких принципа и стандарда о организацији и функционисању администрације у сложенем систему управљања унутар ЕУ, „европском управном простору”, (Olsen, 2003: 506-531).

1 European Council in Copenhagen, Conclusions of the Presidency, (21-22 June 1993, SN 180/1/93) 12.

2. Општа оцена домаћег законодавног система у контексту европских интеграција

После убрзаних реформи које су уследиле од 2000. године, као и релативно нестабилних политичких односа који утичу на неконзистентност јавних политика, не може се порећи да је не само економија, већ и правни систем наше земље у транзицији. На снази су неки прописи који су и сами настајали у различитим фазама транзиције, често и међусобно контрадикторни, а законодавна активност је интензивирана отпочињањем реформи и потребом за усклађивањем прописа са захтевима европских правних тековина. Истиче се да политичко-административни миље у Србији превише инсистира на усвајању нових закона, који се често доносе у журби, без узимања у обзир постојећег правног система и важећих правила, што је довело до неусклађених закона, тешкоћа око тумачења и спровођења истих и правне несигурности (OECD/SIGMA, 2011: 5).

Процес стабилизације и придруживања и усклађивање прописа са правом ЕУ један је од најбитнијих разлога спровођења регулаторне реформе у Србији. Са друге стране, то представља и изазов реформи, јер је потребно усвојити огроман број прописа, што подразумева да се законодавни поступак побољша. Усклађивање са правом ЕУ уз наставак регулаторне реформе представља и један од облика смањивања трансакционих трошкова пословања страним улагачима (Penev, Marušić, 2009: 61). *EU acquis* представља регулаторни режим који подразумева високе трошкове, али носи са собом низак ризик. Иако се повећавају трошкови домаћег регулаторног оквира увођењем разних инструмената и захтева, стварањем тржишно оријентисаног регулаторног режима већ на средњи рок може стимулисати привредни раст (Jacobs, 2010; Penev, Marušić 2011: 103). Међутим, са техничке стране, пракса у процесу хармонизације указује да није посвећено довољно пажње квалитету прописа, већ се дала предност квантитету, брзом усвајању ради формалног задовољавања критеријума усклађености прописа. Прописи су стога често усвајани механички, без адекватне анализе утицаја, и често по хитном поступку, па су се грешке увиделе тек по њиховом доношењу и исправљале „у ходу“ (Миловановић, Ненадић, Тодорић, 2012: 247).

Иако се приликом припреме нацрта прописа органи државне управе држе Јединствених методолошких правила за израду прописа, односно Методологије за израду подзаконских прописа,² ова правила се тичу израде, измене и допуне прописа, али не задиру суштински у питање планирања

² Јединствена методолошка правила за израду прописа, *Службени гласник РС*, бр. 21/10; Методологија за израду подзаконских прописа, *Службени гласник РС*, бр. 75/10 и 81/10.

јавних политика. Штавише, у пракси се може уочити проблем одсуства координације који свој основ има још у настанку прописа. Било је случајева и да се законом чија је израда у надлежности једног министарства ставе ван снаге одредбе закона који је у надлежности другог органа управе.

Један од великих проблема домаћег законодавног поступка у контексту европских интеграција је и злоупотреба хитности поступка. Сходно чл. 167. Пословника Народне скупштине, хитан поступак предвиђен је за доношење закона у случајевима околности које се нису могле предвидети, а недоношење закона могло би да проузрокује штетне последице, као и да би се испуниле међународне обавезе, укључујући и усклађивање са прописима ЕУ. То није карактеристично само за Србију, већ и земље нове чланице ЕУ, као и кандидате за пријем, где је такође ова пракса била позната у предприступном периоду хармонизације са прописима ЕУ (John Bates Consultancy, 2009).

3. Основни недостаци законодавне политике и домашај регулаторне реформе

Посматрано на техничком нивоу, у нашем институционалном систему државне управе нејасна је разлика између регулаторне политике и израде закона и других прописа, обзиром да је регулаторна политика шири оквир, а фаза израде закона и других прописа заправо један технички састојак овог ширег процеса, који пак чини елемент *процеса регулације* (Јованић, 2014: 97-103). Ваља напоменути да је у Резолуцији Народне скупштине о законодавној политици, усвојеној јула 2013. године, истакнута разлика између законодавне политике и фазе израде прописа.³ Исто тако, важно је указати и на потребу за раздвајањем нормативног уређења тока кретања нацрта прописа, од јединствених методолошких правила којима се уређују карактеристике и садржај текста нацрта прописа, што је дакле техничка компонента и фаза која следи после аналитичке фазе осмишљавања јавне политике.

Законодавни поступак мора се интегрисати у процес стратешког планирања јавних политика. То у Србији није лако, због тога што нашу економску и политичку транзицију карактерише уплив променљивих политичких интереса и краткорочних циљева, али и захтеви међународних организација, као што је то Међународни монетарни фонд. Посебно је важно нагласити захтеве усклађивања права са правним тековинама Европске уније, што представља изазов и оправдава потребу за унапређењем система законодавне политике.

³ *Службени гласник РС*, бр. 55/13.

Формулисање политике и њено спровођење подразумева прво одређивање циљева закона, коме претходи уочавање и анализа проблема и могућих решења. Основни елементи су заправо стратешка опредељења која носилац политичке одговорности мора дефинисати у оквиру полазних основа, како би се пружила почетна информација и иницирао први круг консултативног процеса, првобитно на нивоу међуресорне координације, а потом и шире јавности (Протић, 2009: 63-75). Полазним основама требало би утврдити концепт закона, пре израде текста закона. У неким областима Влада је усвојила стратегије, документе којима би на системски начин требало да буде сагледано стање, дефинисани основни принципи и предложене мере.⁴ Стратегије су често праћене акционим плановима којима се утврђују очекивани резултати, рокови, носиоци активности и циљеви. У том смислу, стратешким документима се често дефинишу проблеми и битни елементи политике, што представља и дефинисање полазних основа закона.

Законодавни процес, односно регулаторна реформа, има и своју динамичку страну, чији је битан елемент анализа ефеката прописа. У Србији је ова анализа строго формализована, заснована доминантно на економским и квантитативним критеријумима. Пословник Владе ограничава спровођење анализе само на законе, јер предлагач прилог који садржи извештај о спроведеној анализи ефеката прописа доставља искључиво уз нацрт закона, а не и у случају подзаконских аката.⁵ Даље, није прописана форма у којој се извештај доставља Канцеларији за регулаторну реформу, нити критеријуми на основу којих би се утврдило да ли треба спровести детаљну или основну анализу ефеката прописа и који би био њихов обухват. Рационализацији регулативе би свакако допринела и обавеза да се Народној скупштини уз предлоге закона доставе и извештаји о извршеним анализама ефеката прописа и мишљењима Канцеларије за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа.⁶

Законом о државној управи предвиђена је обавеза министарстава и посебних организација да „у припреми закона којим се битно мења правни режим у једној области или којим се уређују питања која посебно занимају јавност спроведу јавну расправу“.⁷ Међутим, није прописан начин утврђивања када се неким законом битно мења правни режим у једној области, нити начин да се утврди да ли се законом уређују питања

4 <http://www.gs.gov.rs/lat/strategije-vs.html>

5 Чл. 40. ст. 2. Пословника Владе.

6 Наиме, чл. 151. Пословника Народне скупштине садржи формулацију да се посланицима 'могу' доставити и извештаји о спроведеној анализи ефеката прописа.

7 Чл. 77. Закона о државној управи (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07 и 95/10-исправка).

која посебно занимају јавност, као ни транспарентност јавне расправе. Такође, није регулисано шта се подразумева под јавном расправом, па је обавеза спровођења, време и начин одржавања јавне расправе препуштен дискреционој оцени овлашћених предлагача.⁸

Унапређење законодавног процеса један је од кључних елемената свеобухватног процеса реформи привредних система земаља у транзицији, који би требало да допринесе инвестицијама и привредном расту (World Bank, 2006: 10). Обично се у том смислу говори о рационализацији регулативе као регулаторној реформи, најужем схватању концепта регулаторне реформе, али је битно нагласити да је регулаторна реформа вишедимензионалан концепт и део ширег програма управљања јавним пословима, као и макроекономских и микроекономских промена. Регулаторна реформа суштински представља систематизовани скуп мера усмерен ка повећању квалитета прописа, тј. ка унапређењу учинка и реализације, правног квалитета прописа и са њима повезаних процедура које спроводе државни органи (Milovanović et al. 2012: 140). То је процес у којем је фокус стављен на побољшање квалитета регулативе, њеног бољег спровођења, ефикасности, квалитета и спровођења прописа (OECD, 1997: 6).⁹

У привредама у транзицији реформе носе са собом значајан ризик јер се због потребе усаглашавања правног система са правом ЕУ приступа интензивној легислативној активности у кратком року. У том смислу корисно је да се донесе стратегија регулаторне реформе и планирају активности усклађивања прописа. Стратегија регулаторне реформе Србије за период 2008-2011 године имала је значајан ефекат на регулаторну активност, како у поступку спровођења реформи у легислативном оквиру различитих области, тако и на плану хармонизације домаћег законодавства са прописима Европске уније (*acquis communautaire*), што је и Европска комисија означила као напредак (European Commission, 2007: 75).

Међутим, ефекти регулаторне реформе су се разводнили због усвајања великог броја нових прописа и одсуства координације у њиховом доношењу и примени. Лоших прописа било би мање да је законодавна политика јасно дефинисана, унапређен капацитет Секретаријата за законодавство и када би постојала боља координација јавних политика на централном нивоу. Основни разлог за координацију јавних политика

8 Спровођење јавне расправе нормирано је у чл. 41. Пословника Владе који уређује јавну расправу у припреми закона.

9 OECD, *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis, Organization for Economic Cooperation and Development*, OECD, Paris, 1997, стр. 6.

на том централном нивоу, нивоу Владе, лежи у чињеници да министарства у својим областима располажу стручним капацитетима за припрему предлога програмских политика у одређеним секторима, али је неопходно да се систем у целини координира из центра како би се обезбедила обухваћеност система у целини, и постигло следеће: стварање политика које немају материјалне и формалне недостатке, и усклађене су једне са другима, а не намећу непотребна оптерећења; стварање политика које су у складу са приоритетима владе и одрживе у смислу буџетских издвајања; пружање могућности да се имплементирају одлуке и др. У таквом систему министарства једно друго консултују, како би се решили проблеми сукоба циљева, размењују се информације, Владина агенда се планира и одлуке доносе према приоритетима које поставља Влада, а евентуални сукоби и несугласице решавају тако да се само изузетно износе пред Владу (Ben-Gera, 2009: 5-6).

4. Координациона структура у процесу европских интеграција

Процес усклађивања домаћег законодавства са правом ЕУ се обично приказује кроз његову нормативну делатност, доношење закона и пратећих подзаконских аката, чиме се своди на законодавни поступак. Међутим, оно што овај процес чини захтевним је стварање институционалног оквира и интеракције институција које су носиоци јавне политике, којима је неопходно време и подршка за прилагођавање (Међак, 2011: 94).

Приликом усклађивања прописа долази до промене домаћег система. До потпуног усклађивања са правом ЕУ делови домаћег система међусобно могу бити неусклађени не само са правом ЕУ, већ и другим прописима, што може довести до правне несигурности. Ова опасност се донекле избегава и смањује стратешким планирањем, односно доношењем вишегодишњих планова усклађивања као што су национални програми за усвајање правних тековина ЕУ. Национални програм у процесу усклађивања домаћег законодавства са *acquis communautaire* је обавеза свих држава кандидата за чланство у ЕУ, то је стратешки документ којим су идентификовани прописи са којима се врши усклађивање. Први Национални програм за усклађивање домаћих закона са прописима ЕУ усвојен је када Србија није имала статус кандидата за чланство у ЕУ (2003. године), да би овај инструмент 2008. године био дефинисан као Национални програм интеграције Србије у ЕУ или Национални програм интеграције (НПИ). Реч је документу који утврђује детаљни план, временски оквир и приоритете усвајања законодавства усклађеног са прописима ЕУ и одређује органе одговорне за његову припрему. НПИ је подложен једногодишњим ревизијама, примарно

због усвајања нових прописа ЕУ и нових процена у његовој реализацији. Координација овог поступка је надлежност Канцеларије за европске интеграције. Одмах по усвајању првог акционог плана 2003. године, у законодавни процес уведена је Изјава о усклађености нацрта закона.

У фази припреме закона и других општих аката, органи државне управе су сходно чл. 65. Закона о државној управи дужни да прибаве мишљења органа државне управе у чијем делокругу је, непосредно или посредно, питање које се уређује. Уз нацрт закона предлагач доставља као прилог и изјаву о томе са којим је стратешким документом владе нацрт усклађен, односно да ли је планиран годишњим планом рада Владе, као прилоге и Изјаву о усклађености прописа са прописима ЕУ (укључујући и Табелу усклађености прописа, према обрасцу утврђеним посебним актом владе). Уз предлог се као прилог доставља и анализа ефеката закона.¹⁰

Успостављање координационе структуре за европске интеграције обухватило је и оснивање неколико ресорних тела са циљем побољшања комуникације и координације у процесу усклађивања права са правом ЕУ.¹¹ Приликом конципирања нове координационе структуре која ће учествовати у преговорима о приступању РС у ЕУ, Влада РС се руководила принципом да је најцелисходније да се постојећа координациона структура ажурира тј. прилагоди потребама процеса преговора и допуни новим телима чији ће састав одражавати избалансиран однос стручног и политичког нивоа уз јасну поделу одговорности између различитих институција.

Координационо тело за процес приступања ЕУ разматра сва питања у вези са европским интеграцијама, и координира рад органа државне управе. На његовом челу је председник Владе. Стручна група Координационог тела, којом је руководио директор Канцеларије за европске интеграције, била је састављена од шефова радних група, поменутих тридесет и пет подгрупа. Стручне групе су доношењем нове Одлуке о оснивању Координационог тела за процес приступања ЕУ образоване као преговарачке групе за преговоре о приступању Републике Србије Европској унији.¹² На нивоу већег броја

¹⁰ Чл. 40. Пословника Владе.

¹¹ Одлука о оснивању Координационог тела за процес приступања Републике Србије Европској унији, *Службени гласник РС*, бр. 95/07, 5/10, 42/11.. 93/12. У склопу успостављања структура и процедура за преговоре и побољшању координације, Влада Србије је усвојила низ закључака: <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/nacionalna-dokumenta.748.html>

¹² Одлука Владе Републике Србије, 05 број 02-8060/2013 од 23. септембра 2013. Одлука о изменама Одлуке о оснивању Координационог тела за процес приступања Републике Србије Европској унији, *Службени гласник РС*, бр. 86/2013.

органа државне управе успостављене су јединице за европске интеграције, које се састоје од координатора за послове ЕУ у министарствима и другим органима управе.

Према новим решењима Координационо тело за процес приступања Европској унији ће разматрати најважнија питања и усмеравати послове из делокруга органа државне управе у вези са процесом приступања Републике Србије Европској унији. Савет Координационог тела ће обављати стручне послове у вези са текућим питањима у процесу приступања Републике Србије Европској унији. Преговарачке групе за припрему и преговоре у оквиру 35 преговарачких поглавља ће учествовати у процесу аналитичког прегледа законодавства (скрининг), припреми предлога преговарачких позиција за одговарајућа поглавља преговора о приступању Европској унији, изради, ревизији и праћењу спровођења Националног програма за усвајање правних тековина Европске уније и подели надлежности за праћење прописа Европске уније.

Одлуком Владе о образовању преговарачког тима за вођење преговора о приступању Републике Србије Европској унији усвојене 3. септембра 2013. године, постављен је основ да преговарачки тим преузме хоризонталну координацију националних институција укључених у преговоре о приступању, чија је улога и да учествује у формулисању преговарачких позиција. Дакле, национални координациони систем Србије за преговоре о чланству се превасходно ослања на Преговарачки тим, преговарачке групе и Канцеларију за европске интеграције. Канцеларија за европске интеграције ће бити централна институција са највећим одговорностима у припремању и координацији преговора, укључујући и међуминистарску координацију. Значајну улогу у процесу преговора са Европском унијом имаће и Народна скупштина РС, Владина Канцеларија за европске интеграције и Стална мисија Републике Србије при Европској унији, као саставни део Министарства спољних послова.

(Предлог) закључка којим се усмерава и усклађује рад органа државне управе у процесу спровођења аналитичког прегледа и оцене усклађености прописа Републике Србије са правним тековинама ЕУ и њихове имплементације,¹³ истиче значај руководства (председника и секретара) преговарачких група, као и шефа и чланова преговарачког тима. Важно је нагласити да се у закључку истиче да о отвореним питањима у току скрининга преговарачка група и Преговарачки тим по потреби обавештавају ресорног министра, члана Владе задуженог за европске

13 http://www.seio.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/pregovori_sa_eu/skrining_zakljucak.pdf

интеграције или Координационо тело за процес приступања Европској унији.¹⁴ Међутим, координација преговора као активност хоризонталне природе, усаглашавања и усклађивања, поразумева да постоји адекватни ток формулисања јавних политика пре него што се оне усагласе или поједина питања ускладе. Због тога је важно да се посебно укаже на значај фазе која претходи изради усклађивању прописа.

5. Циклус јавне политике и значај фазе која претходи изради прописа

Регулаторна реформа представља шири концепт; не само побољшање квалитета прописа, већ и настанка и спровођења јавних политика. Квалитет прописа директно је условљен квалитетом правних система, односно постоји међусобна спрега квалитета правних система и квалитета прописа. Квалитет законодавног поступка, односно квалитет регулативе, заснива се на одређеним препорукама стандарда квалитета прописа (OECD, 1995). Изразом „боља регулатива“ (*better regulation*) се означава „настојање државе да унапреди квалитет прописа у смислу, нпр. процеса дефинисања јавне политике, израде закона и унапређења опште делотворности и усклађености прописа“ (Миловановић et al. 140-141). Када се говори о „регулаторној политици“, често се истиче да је њен основни циљ да се обезбеди да прописи и правни оквир буду у јавном интересу. У ужем смислу своди се на реформу правног система, пре свега законодавног поступка (OECD, 2002). Међутим, регулаторна политика не тиче се само настанка и примене закона, већ и формулисања и спровођења јавних политика, као намерног деловања институција власти којима се утиче на друштво, као одговор на друштвене проблеме. Решавање таквих проблема одвија се путем јавних политика, које представљају ток или план деловања којим се на рационалан начин настоје постићи циљеви, уз употребу јавних средстава и различитих инструмената којима се политике спроводе у дело, а правна норма један је од таквих инструмената. Међутим, пре него што се приступи усклађивању прописа, важно је идентификовати проблем или захтев за хармонизацијом, јер је то први корак.

Неопходно је направити разлику између анализе и формулисања јавних политика, са једне стране, и израде прописа, као одвојених фаза у циклусу регулаторне политике. Адекватна регулаторна политика подразумева систем у коме свака јавна политика која се формулише кроз процес настанка прописа (законодавна политика) мора бити поткрепљена јаком аналитичком основом и чињеницама, дакле чињенично заснованом

14 Тачка 8.5. Закључка.

анализом јавне политике која претходи настанку прописа као инструмената за њено спровођење. У том смислу, један од најбољих примера односа регулаторне политике и законодавне политике представља Велика Британија (ОЕСД, 2010: 85-130). У модерним регулаторним системима, анализа проблема јавне политике неопходан је предуслов за решавање истих. Постоји низ питања која су од користи за анализу карактеристика проблема који се постављају пред регулаторе. Потребно је размотрити све расположиве опције, а истовремено одредити и очекивани утицај сваке опције, пре свега трошкове и користи, на грађане, привреду, а у ширем смислу друштво у целини. То је критичка фаза одлучивања: доношење одлуке шта би надлежни орган требало да уради и спровођење предложеног приступа у дело. Доношење прописа односно било која радња коју спроводи надлежни орган у примени прописа представља 'активну' фазу регулације, односно срж законодавног поступка. У крајњој линији, циклус се може евентуално окончати проценом ефикасности прописа и њиховог спровођења, и оценом да ли су неопходне мере усмерене на њихово побољшање или укидање (Jones, 1984).

6. Домашај анализе јавних политика у Србији

Фаза осмишљавања политика је најмање развијена од свих фаза циклуса јавне политике у Србији, а представља прелиминарно питање законодавне политике и рационализације регулативе. Предмет посебних јавних политика су различите друштвене делатности, док је предмет законодавне политике организација и усмеравање законодавног процеса. У поређењу са фазом осмишљавања политике, велики акценат је у Србији стављен на фазу израде нацрта закона, а без довољне претходне анализе и процене утицаја.

Доношење закона и спровођење добре законодавне (регулативне) политике представља само једну од опција. Основни елемент фазе осмишљавања јавне политике представља дакле анализу политике, инструмент који подразумева не само прикупљање истраживања, већ и систематично поређење и евалуацију алтернатива, како би се одлука о решавању одређеног проблема поткрепила чињеницама и „стил вршења избора“ од стране политичких институција (Scharpf, 1991: 53-86). Процес формулисања јавних политика у Србији је углавном оријентисан ка изради нацрта закона, али недостатак претходне анализе доводи до честе потребе да се усвајају измене или допуне, или нови закони, да би се решили проблеми у примени прописа. То је индикатор недовољне техничке анализе проблема јавних политика и недостатака капацитета за анализе

политика. Израда анализа политика требало би да буде основа за циклус политика, где закон представља један од потенцијалних инструмената за имплементацију, уместо постојећег приступа где је правна регулација правило, а све анализе и образложења се додају уз процес израде нацрта прописа само као формални захтев који мора да се испуни, па чак и као терет (Лазаревић, Марић, Орза, 2013: 116-119).

Питање осмишљавања јавних политика и инструмената регулације нарочито постаје актуелно у процесу приступања Србије ЕУ, у контексту осмишљавања и координације политика, са једне стране, и преговора о приступању, са друге стране. Након лошег искуства са системским реформама јавне управе у новим земљама чланицама ЕУ, које су показале низак степен ефикасности и одрживости, Европска комисија све више намеће земљама Западног Балкана захтеве у погледу реформи административних система, стварања и имплементације јавних политика и унапређења „хоризонталне“ управне структуре земаља кандидата.¹⁵ Управо због значаја анализе јавних политика, у новије време велики акценат је стављен на планирање, развој и координацију политика (SIGMA/EU, 2013).

Недоследности и проблеми у осмишљавању јавних политика у Србији могу се анализирати са аспекта процеса планирања јавних политика Владе и процедура за развијање политика у оквиру ресорних министарстава. Правни оквир анализе и формулисања јавних политика је утврђен Уставом, којим је прописано да Влада, између осталог, утврђује и води политику, предлаже Народној скупштини законе и остале опште акте, усмерава и усклађује рад органа државне управе и врши надзор над њиховим радом.¹⁶ Иако није прецизирано како Влада утврђује и води политику, Закон о Влади садржи одредбе којима је предвиђено да Влада утврђује и води политику у оквиру Устава и закона, и омогућава министрима да поднесу Влади предлоге за уређивање питања из надлежности Владе и Народне скупштине, као и да захтевају да Влада заузме став о неком питању из њихове надлежности.¹⁷ Према закону о државној управи, поред тога што прате и утврђују стање ствари у областима из свог делокруга, проучавају последице утврђеног стања и предузимају мере или предлажу Влади доношење прописа и предузимање мера, органи државне управе

15 У сарадњи са ОЕЦД, кроз тзв. SIGMA иницијативу (*Support for Improvement in Governance and Management*). Видети.: <http://www.oecd.org/site/sigma>

16 Чл. 123. Устава Републике Србије.

17 Чл. 2. и чл. 14. Закона о Влади Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 55/2005, 71/2005 - испр., 101/2007, 65/2008, 16/2011, 68/2012 – одлука УС, 72/2012, 7/2014 – одлука УС и 44/2014).

такође подстичу и усмеравају развој у областима из свог делокруга, према политици Владе, прикупљају и проучавају податке у областима из свог делокруга, сачињавају анализе, извештаје, информације и друге материјале, и врше друге стручне послове.¹⁸ Управо овај пропис поставља основ међуминистарских консултација, истичући неопходност да министарства и посебне организације прибављају мишљења оних министарстава и посебних организација са чијим је делокругом повезано питање које се уређује.¹⁹ Међутим, закон је неодређен по питању различитих послова у процесу формулисања политика, дакле мерама, не обезбеђује правни основ Влади да додатно уреди поступке и процесе за ове послове и не садржи јасне одредбе у вези са „обликовањем“ или „утврђивањем“ политика Владе. Већина одредби овог закона усмерена је на припрему закона, а не на друге фазе процеса формулисања политика (Лазаревић et al., 33-34). На значај фазе у којој се врши анализа политика, односно опција, указује Пословник Владе, који у чл. 39. наглашава да образложење мора да садржи и разлоге за доношење акта, проблеме, циљеве, разматране могућности, као и да пружи одговор на питање зашто је доношење акта најбољи начин решавања проблема. Ипак, Пословник је ограничен на нацрте прописа, али не и стратегија и других аката попут стратегија и планова.

У законодавном поступку, важна је транспарентност планова активности и благовремена информација о прописима, јер је то претпоставка системског побољшања његовог квалитета и стварања предуслова да потенцијални учесници у консултативним процесима припреме квалитетне предлоге. Дугорочнији планови регулаторних активности требало би да омогуће координацију јавних политика и спровођења закона, као и ефикаснију израду анализе ефеката прописа.

Министарства и посебне организације имају обавезу да сачине годишње планове рада који представљају основ за израду годишњег плана рада Владе, сходно Закону о државној управи.²⁰ Пословником Владе уређено је питање садржаја и поступка доношења програма рада и извештаја о раду који Влада усваја и који садржи циљеве, послове и очекиване резултате. Пословником Владе одређено је да Генерални секретар доноси инструкције којима се утврђује методологија, поступак и структура за израду годишњег плана владе, који се заснива на годишњим плановима органа државне управе.²¹ У домену нормативних активности органи управе

18 Чл. 12-13, 20-21 Закона о државној управи.

19 Чл. 65. Закона о државној управи.

20 Чл. 63. ст. 1. Закона о државној управи.

21 Чл. 77. Пословника Владе.

учествују у припреми аката које Влада предлаже Народној скупштини, аката које Влада доноси, али и израђују прописе односно подзаконске акте када су законом овлашћени. Планови нормативних активности сачињавају се у складу са обавезама преузетим на основу Националног програма интеграције (НПИ), стратешких докумената, акционих планова и преузетих обавеза. Због тога је потребно да се изради методологија интегрисаног система планирања јавних политика у Републици Србији, повећају одговорности министарстава у вези са реализацијом усвојеног плана, и појача улога Генералног секретаријата Владе.

Основни елементи система планирања јавних политика на макро нивоу су годишњи план рада Владе, годишњи извештај, стратегије развоја и средњорочни оперативни планови министарстава. Међутим, овај систем још увек није консолидован, не постоји кохерентан и обједињен плански оквир нити хијерархија планских докумената. Недостаје системски оквир и методологија којом се успоставља хијерархијски систем планирања јавних политика, смерница или метода за централно и секторско стратешко планирање. У недостатку обједињеног планског оквира и хијерархије, ресорна министарства предлажу стратегије чији се квалитет и временски оквир разликује, а приоритети националних секторских јавних политика нису усклађени. Реалност формулисања политика показује неуједначену праксу – у недостатку правног и институционалног оквира (неразвијеност функције координације политика у саставу Генералног секретаријата Владе) актери јавних политика функцији анализе политика приступају на различите начине. Због тога је неопходно да се обезбеди конзистентност квалитета, структуре и приоритета стратешких докумената Владе, усагласи методологија интегрисаног стратешког планирања и побољша функција централне координације (Ven-Gera, 2004).

У законодавном поступку у нашој земљи уочени су следећи проблеми у међуинституционаним односима и координацији: недовољно развијени механизми и правила сарадње између органа државне управе међусобно и са другим органима и службама, као и сукоб надлежности у поступку припреме закона и других прописа; недовољно развијени механизми односно правила сарадње између Народне скупштине и Владе, односно органа државне управе у поступку доношења и спровођења закона; недовољно развијени механизми односно правила сарадње Владе и Народне скупштине са другим надлежним државним институцијама. На координацију законодавних активности утиче политичка расподела ресора, утврђена коалиционим споразумом (Миловановић et al. 198-199, 211). То често отежава комуникацију која је неопходна приликом израде закона.

7. Уместо закључка: У сусрет новом органу управе надлежном за координацију јавних политика

Крајем априла 2014. године донет је нови Закон о министарствима, који у чл. 23. наводи да постоји десет посебних организација, а у чл. 33. детаљно описује једну од њих, Републички секретаријат за јавне политике. Предвиђено је да Секретаријат стручне послове који се односе на: анализу, идентификовање потреба и достављање иницијатива за израду стратешких докумената којима се утврђују јавне политике; обезбеђивање усклађености предлога стратешких докумената којима се утврђују јавне политике и нацрта закона са усвојеним стратешким документима којима се утврђују јавне политике, у поступку њиховог доношења; давање иницијатива за унапређење процедура за израду стратешких докумената којима се утврђују јавне политике; припремање предлога стратешких докумената којима се утврђују јавне политике из делокруга свих органа државне управе, као и друге послове одређене законом. У чл. 33. ст. 2. посебно се истиче да ће Републички секретаријат за јавне политике обављати и стручне послове који се односе на спровођење регулаторне реформе и анализу ефеката прописа, што практично значи да ће у његовом саставу бити Канцеларија за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа, што је и предвиђено прелазним и завршним одредбама. У том смислу, анализа ефеката прописа препозната је као један од сегмената спровођења јавних политика. Из дикције овог члана може се закључити да „обезбеђивање усклађености предлога стратешких докумената“ представља нуклеус функције координације, али се из овог прописа јасно не види да ли ће овај орган усмеравати и учествовати у спровођењу свеобухватне анализе јавних политика која претходи фази израде прописа, као и које ће бити његове ингеренције у самом циклусу јавне политике.

Литература

Ben-Gera, M. (2004). Co-ordination at the Centre of Government: The Functions and Organisation of the Government Office; Comparative Analysis of OECD Countries, CEECs and Western Balkan Countries, *Sigma Papers* No. 35, Paris: OECD Publications

Ben-Gera, M. (2009). Координација на нивоу централе Владе за потребе боље израде програмских политика. *Конференција о реформи јавне управе и европских интеграција*, Будва 26-27 март 2009., доступно на: <http://www.sigmaxweb.org/publications/43812744.pdf>. Приступљено 2. јуна 2014

European Commission. 2007. *Report on the implementation of the European Charter for Small Enterprises in the Western Balkans*, доступно на: http://www.europa.rs/upload/documents/key_documents/2007/2007_western_balkans.pdf. Приступ 21. маја 2014

Jacobs, S. (2010). *Economic Recovery and Regulatory Reform in Southeast Europe*. Paper presented at the Regulatory Reform Conference in Belgrade, 13-14 September, 2010. цит према: Penev, S., Marušić, A. (2011). *Progress in Transition and Reform Implementation in Serbia, Comparing to Other Western Balkan Countries, with the Main Focus on Regulatory Reform*. Washington: International Finance Corporation, 103

John Bates Consultancy. (2009). *Preliminary Assessment of the Legislative Process in the Republic of Serbia*, Report prepared for the OSCE Office of Democratic Institutions and Human Rights, доступно на: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.legislationline.org%2Fdocuments%2Fid%2F15763&ei=yIUwVODWB9PlaKvEgOAH&usq=AFQjCNEA0vOoTfNTsLYP7ANixPi_QB2_Ow&sig2=ePI8D720lZEfgn4DHeQD9Q&bvm=bv.76802529,d.d2s. Приступљено 28. маја 2014

Jones, C. (1984). *An Introduction to the Study of Public Policy*. Belmont, CA: Wadsworth

Јованић, Т. (2014). *Процес регулације*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Krievins, M. *Concept Document on the Improvement of the Planning Framework in the Republic of Serbia*, Super Final Version for Consultations with Political Decision Makers and Ministries, Riga, Belgrade, July 201 – документ припремљен у оквиру пројекта „Supporting the Development of the Policy Planning System within the Government of Serbia“, финансиран од стране DFID (UK).

Лазаревић, М. Марић, С. Орза, А. (2013). *Креирање политике и преговори за приступање ЕУ – Како до резултата за Србију*, Београд: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH

Међак, В. (2011). Усклађивање домаћег законодавства с правним тековинама ЕУ (*acquis*) стање и изазови. *Изазови европских интеграција*, 18. 93

Миловановић, Д. Ненадић, Н. Тодорић В. (2007). *Студија о унапређењу законодавног процеса у Републици Србији*, Београд: GIZ

OECD. (1995). *Recommendations of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris: OECD Publications

- OECD. (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis, Organization for Economic Cooperation and Development*. Paris: OECD Publications
- OECD. (2002). *Regulatory Policies in OECD Countries: From interventionism to regulatory governance*. Paris: OECD Publications
- OECD. (2010). *Better Regulation in Europe – United Kingdom*. Paris: OECD Publications
- OECD/SIGMA. (2011). *Assessment Serbia 2011*. OECD/Support for Improvement of Governance and Management, доступно на: <http://www.sigmaweb.org/publications/48970654.pdf>. Приступљено 25. маја 2014.
- Olsen, J. (2003). Towards a European Administrative Space. *Journal of European Public Policy*. 10 (4). 506-531
- Penev, S. Marušić, A. (2009). Improving the Process of Economic Reform Legislation in Serbia. In Penev (ed.), *Improving the Process of Economic Reform Legislation in Western Balkan Countries*, Belgrade: OECD Investment Compact for South East Europe, GTZ and Economics Institute
- Penev, S. Marušić, A. (2011). *Progress in Transition and Reform Implementation in Serbia, Comparing to Other Western Balkan Countries, with the Main Focus on Regulatory Reform*. Washington: International Finance Corporation
- Протић, Д. (2009). Изазов унапређења квалитета националног законодавства. *Изазови европских интеграција*, 2 (3). 63-75
- Scharpf, F. (1991). Political institutions, decision styles and policy choices. In Czada, R. Windhoff-Héritier A. (eds), *Political Choice: Institutions, Rules and the Limits of Rationality*, Frankfurt a .M., 53-86
- SIGMA/EU. (2013). *Policy Making and Co-ordination Baseline, Extended Version 2013*.
- World Bank. (2006). *World Development Report: A Better Investment Climate for Everyone*. Washington DC and New York: World Bank

Tatjana Jovanić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Belgrade

Planned Development and Coordination of Public Policies as a Starting Point in the Harmonization of National Regulations with the EU Aquis

Summary

One of the most important aspects of harmonizing Serbian legislation with the EU law, however still neglected in Serbia, is the mutual relationship between the design and coordination of public policies on the one hand, and the harmonization of legislation in the course of negotiations for EU accession, on the other hand. This aspect has been largely neglected because of the misuse of emergency procedure for adopting legislation in order to assure compatibility with the EU law, but also due to underdeveloped regulatory policies, which has been reduced to the guillotine of legislation, instead of developing a cycle of policy and analytical phase that precedes the drafting of legislation. Although the negotiating structure of European integration has been improved, the Negotiation Team and Coordination Body certainly can not replace the role of policy makers in their creation. Since the new Law on Ministries envisaged the creation of the Secretariat for the coordination of public policies, an institutional prerequisite for the implementation of the function of harmonizing public policy proposals has been put forward, but is not yet clear what powers in the policy cycle this institution would have. In any case, this administrative body will certainly complement Serbian coordination structure in the negotiation process.

Keywords: EU law, law harmonisation, coordination, public policies.

Др Славиша Ковачевић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 34(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

НАСЛЕЂЕ ПРАВНЕ КУЛТУРЕ И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: Овај рад преиспитује не само нормативну већ и фактичку инкомпатибилност правне традиције Србије са правним тековинама ЕУ. Аутор анализира природу Европске уније као „нове заједнице народа“ која није сагласна са већ практикованим облицима права и државности. Тако карактеристична заједница европских народа, са наслеђеним карактером државе и права у Србији и њеном традиционалном правном културом, представља, у функционалном и темпоралном погледу, отежавајући чинилац интеграције.

Нови тип заједнице европских народа у емпиријском лику Европске уније изазива појмовне и концептуалне научне недоумице. Као нови тип политичке и правне интеграције, Европска унија изазива и недоумице око процеса прилагођавања и изгледа интеграције Србије у њене оквире. Правна хармонизација претходно подразумева минимални степен друштвене, културне и вредносне усаглашености између узора-модела хармонизације и друштва које се хармонизује. Превазилажење доминантне ауторитарне друштвене и политичке оријентације, као и стварање уређеног друштва представља приоритет за делотворну интеграцију. Ова задатост обликује контрадикције и поларизује у правној култури и правној социјализацији и потребу стварања новог модела правног и политичког субјективитета појединаца, група и народа.

Кључне речи: Европска унија, Србија, ауторитарна правна култура, дисконтинуитет, инконгруенција, друштвени оквири права.

*slavisa@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Није довољно само ускладити формално право и нормативни склоп институција. Да би такво право било примењено и применљиво, мора постојати политичка и правна култура конгруентна правној традицији Европске уније. Помодни тренд “имплантације” правних установа, који је толико карактеристичан за све транзиционе земље, губи из вида једну важну и незаобилазну компоненту. Наиме, право настаје и делује у одређеним традиционалним, културним и друштвеним условима, а применљивост таквог права зависи од друштвених могућности и реалних околности друштва. Правне норме испуњавају своје улоге и функције само када их подржава низ других – моралних, традиционалних, културних, политичких, економских, друштвених, идеолошких и ситуационих услова. Стога се право и друштвена култура налазе у нарочитој врсти функционалне и структурне релације: право је истовремено, с једне стране, производ друштва колико, с друге стране, нормативни творац тог друштва. Није, дакле, довољно само „преписати“ норме Европске уније, потребно је створити друштвени и културни оквир за применљиво, делотворно и правично право ЕУ.

Научно истраживање хармонизације нашег права са правом Европске уније претпоставља, поред позитивно-правног и номотехничког, укључивањеу истраживање и других фактора и чиниоца који су само привидно ван ужег правног оквира, али су значајни за базични процес усаглашавања и генерални исход овог процеса.

2. Природа Европске уније

Најважније питање које се поставља везано за државно-правни концепт Европске уније јесте питање природе такве заједнице у односу на класичне концепте права и државности. После Римског царства, на европском тлу није забележена слична историјска творевина. Наслеђе политичке и правне културе не познаје ни у емпиријско-историјском ни у значењском смислу сличну заједницу, сем што се по селективним аналогијама може извести привидна или скривена сличност са појединим политичким и правним обележјима. Таква „заједница у настајању“ изазива дилеме, недоумице и конфузије за сваку чланицу а посебно за будуће чланице. Европска унија јесте заједница *sui generis* и има специфичан корпус карактеристичних црта које је разликују од било које историјски опредељене заједнице народа.

Прво, она је велика и комплексна политичка заједница која обухвата велику територију и многе народе различитог економског, културног и традиционалног хабитуса са тенденцијом даљег ширења. Друго, њена ин-

ституционална еволуција одвијала се под доминантним утицајем њених оснивача – најразвијенијих и најмоћнијих земаља ове творевине које су и обликовале институционални дизајн и начин њеног функционисања. Треће, она је сложена заједница заснована на консензусу националних политичких елита, односно елитарна је творевина која има јак бирократски апарат уз демократски дефицит у процесу одлучивања. Четврто, националне државе Европе које су је формирале и чине „интегративно језгро“ ове заједнице поседују рационалну традицију модерне државе са рационалним политичким искуством и традицијом владавине права и правне државе: рационално језгро у лику Немачке и Француске представља „локомотиву“ Европске уније. Пето, Европска унија је творевина која је настала на дефициту класичне државности под утицајем глобалних технолошких, економских и политичких токова и потребе наднационалног политичког дискурса. Шесто, процеси одлучивања и правне регулативе заснивају се на принципима плурализма и реализма којима се изражава сложена интересна структура њених чланица, а процес репрезентације интереса је комплексан консоцијативни процес нормирања и обликовања јавних политика. Седмо, и као посебна карактеристика ЕУ, јесте њена дивергентна структура која се састоји од различитих националних и регионалних идентитета са различитим традиционалним наносима и оквирима. Осма специфичност односи се на њену недовршену природу. Наиме, она је у сталном процесу степеневане интеграције и федерализације која се репродукује контекстуално интересним дискурсом њених кључних актера.

Девето, критеријуми за чланство у ЕУ су се мењали, што је условљено са два доминантна разлога: један је критеријум диверсификације а други је интересно-геостратешки. Што се тиче прве одреднице критеријума, треба рећи је он постао значајан са извесношћу чланства бивших комунистичких друштава које имају другачије и неповољније стартне позиције у погледу испуњавања услова јер им је другачија друштвено-економска, идеолошка и правна традиција у односу на земље западне Европе. Што је већа разлика у друштвеном, економском, политичком и правном смислу, и што су потенцијалне чланице неразвијеније, што су мање демократски консолидоване а више нестабилне, то су и критеријуми строжи, а потребно време хармонизације дуже.

Што се тиче другог разлога који је интересно-геостратешки, треба рећи да је Европска унија спустила условни праг чланства и селективно одредила њихов интегративни капацитет. То је посебно дошло до изражаја у случајевима Бугарске и Румуније, а најновије и интегративне

кораке Украјине. Њихов привилеговани статус доминантно је одређен геостратешким, безбедносним и економским претензијама ка Истоку.

Не само услове за интеграцију у ЕУ, већ и укупну унутрашњу и спољну политику Европске уније одређују њене најразвијеније и најмоћније чланице. Неједнака дистрибуција моћи, утицаја и интереса њених чланица – то је битна карактеристика Европске уније. Не треба изгубити из вида да је, поред процеса придруживања, и чланство у ЕУ условног карактера јер свака чланица мора континуирано испуњавати одређене услове, стандарде, мора се усаглашавати и у политичком и правном смислу. Свака дисфункционалност чланице претпоставља кориговање према јединственој политици.

Десета и најзначајнија карактеристика јесте научни дисензус око њене правне и политичке природе. Чак и научници, а да не говоримо о политичким акерима, нису сагласни о природи ове политичке формације, јер се заиста се ради о творевини и појави без преседана која не личи ни на једну досадашњу правну и политичку категорију. Стога су правна и политичка наука суочене са новим типом ентитета који је не само тешко дефинисати на основу познатих концепата и категорија науке, већ му је тешко и наћи, односно изумети име са уобличеним појмовним значењем и јасним типолошким местом у класификацији политичких облика.

Ако се Европска унија одреди као компилација различитих политичких облика, онда је њена појмовна природа контрадикторна. Није чиста федерална творевина, без обзира што има политичке, а мање правне обресе федерализације и искључиве надлежности, јер су националне државе још значајан вето чинилац са надлежностима које нису типично федералне. Такође, можемо рећи да није ни чиста конфедерална творевина јер има елементе федерализма преко обавезујућег правног оквира, јединствене надлежности функција, карактеристично учесталих федералистичких процеса и консесуалних одлука које су све чешће обавезујуће за чланице. Са друге стране, процес доношења одлука и правних оквира има више нивоа, од локалног, националног, међувладиног и наднационалног; њена надлежност је колико искључива, толико и подељена, компетитивна и комплементарна, дакле није дефинисана у познатим категоријама суверене надлежности или аутономно креиране децентрализоване аутономије функција.

Данас је снажно раширена арканска политичка пракса у којој се политички процес одвија иза институционалних кулиса. Што се тиче ЕУ, чини се да процес доношења политичких и правних одлука није транспарентан, па се стога данас све више говори о „скривеној политици“ која није

манифестна и доступна валоризацији јавног мњења. Суочен са таквом природом заједнице, Б. Ковачевић политичке процесе Европске уније назива „скривени федерализам“ имајући у виду више њену политичку, арканску, а мање институционално-правну процедуру (Б. Ковачевић, 2013).

Што се тиче кованица „екстрадржава“, „супердржава“, „надржава“, треба рећи да оне нису објективизоване конструкције, без обзира што сложена и контингентна природа Европе привидно наговештава такву категоризацију, без обзира што процеси ширења њених граница наговештавају територијалну конгломерацију, без обзира на то што је моћан субјект у међународним односима и што има империјалне глобалне претензије. Са друге стране, њена будућа, претпостављена функционална уобличеност и пун суверенитет само наговештавају њену супериорност и етатолошку надмоћност.

Државотворност Европске уније у класичном поимању суверености је значајно окрњена непостојањем јединствене европске правне и политичке културе, односно јединственог европског држављанског, грађанског идентитета. Систем идентификација њених становника још увек је примарно национални, обликован процесима националне и патриотске социјализације. Ступар сматра да је суштински дефицит Европске уније непостојање „европског грађанина“ (Ступар, 2006). Ако се и траже обриси европског идентитета, он је изразито посредован националним институцијама, и делегативан националним репрезентативним елитама. Са друге стране, процес стварања европског идентитета је значајно омеђен отуђеним и далеким централним европским институцијама јер, што је више посредован однос између грађана и врховне институционалне власти, то је и идентитет мањи. Дакле, вишестепена вертикална институционална структура отежава процес идентификације грађана са централним европским институцијама власти и моћи.

Ако има у виду сам назив Европска *унија*, онда треба поћи од тога да досадашњи појам унија, без обзира да ли је у питању персонализован или реални облик, у нормативном смислу далеко ужи, јер је у емпиријском облику Европска унија по опсегу далеко интегрисанија и чвршће структурирана творевина у односу на лабави савез класично суверених држава. Она личи на персонални савез националних елита, али по обухватности интегративних сфера она превазилази парцијалну и персоналну раван.

Реални културни, економски и политички процеси глобалне повезаности држава и народа својим емпиријским својствима надилазе класичне политичке и правне концепте и представљају научни изазов за стварање

нових појмова или пак придавање другачијих и нових значења постојећим. Свака нова формација ствара неизвесност очекивања њених актера.

Стога бисмо, користећи се методским синдромом дескриптивних карактеристика, ЕУ могли дефинисати као мешовити правно-политички облик заједнице, хетерогену, комплексну, контингентну, постмодерну, геостратешку, мултикултуралну, глобалну творевину, елитарну консоцијацију, са неједнаком дистрибуцијом политичке и економске моћи њених чланица, која функционише контекстуалним консензусом политичких елита. Може се дефинисати и као развојна заједница идентитетски различитих националних државица која је у процесу сталног тражења институционално-интегративног оквира, „недовршена заједница“ без дефинитивног, релативно трајног, кохерентног облика, са елементима различитих облика уређења, власти и режима. Као сурогат државне и политичке заједнице она нема довољно преовлађујућих и битних карактеристика својствених једном типу – моделу политичке формације, већ је контекстуално-ситуациона заједница у настајању која своју контрадикторну природу обезбеђује функционалним консензусом националних политичких елита. Дакле, рађа се, без обзира на њену полувековну историју, нови друштвени, институционални, идеолошки, територијални, процесно-развојни, правни и политички облик заједнице коме је тешко дати име – појам. Што процес стварања друштвене, институционалне, идентитетске структуре буде добијао значајније и јасније формативне и супстанцијалне контуре ове заједнице, то ће бити и мање апорија око њене појмовне природе.

Творевина са оваквим карактеристикама представља изазов за сваку потенцијалну чланицу а процес појединачне интеграције сваке потенцијалне чланице представља велики изазов у процесу усаглашавања друштвених система. Стога је когнитивни и институционални капацитет Србије у старту дефицитан, смањен а тиме и отежан, не само у процесу усаглашавања до пуноправног чланства, већ и смислу прилагођавања Србије као будуће чланице, која ће у тој сложености и разноврсности успети да изрази, репрезентује и оствари посебне сопствене националне интересе и интересе/потребе њених грађана.

Србију оптерећују традиционални премодерни легати, неизграђена државна структура, непостојање диференциране јавне одговорности, правне државе, ауторитарни карактер државе и права, партијско-елитистички, бирократски клијентелизам, економски неразвијено друштво и неконкуретна привреда, премодерне политичке и друге идентификације људи, полупериферни положај, неизграђена конкуритивна и плуралистичка структура друштва.

Проблематизујући противречност између српског друштва и европских императива интеграције, уз наведене спорове у науци око природе европског пројекта, овде ћемо се усмерити на оне фрагменте наше правне и политичке традиције који се односе на ауторитарност права, правни дисконтинуитет, питање применљивости права и динстинтивне карактеристике српског друштва.

3. Карактер државе и права

Нашу државно-правну традицију карактерише ауторитарност, патримонијални етатизам, персонализовани карактер институција и дефицит владавине права. Наслеђе ауторитарног права одређује се не само као неизвесност успостављања конституционализма већ и спознаја права и његова функција у друштву. Право социјалистичких и комунистичких режима било је ауторитарно право, с обзиром на његово стварање и материјалне изворе и на његов карактер и делотворност у пракси. Октроисана, арбитрерна истина друштва транспонована је у апстрактан правни текст. Монопол тумачења интереса и циљева друштва био је у рукама једнопартијског врха. Социјалистичка уставност је била карактеристична по фактичкој немоћи устава и закона. Моћ бирократизованог партијског лидерства, које је уживало некритичку подршку народа, довела је до практичне девалвације устава и закона. „Револуционарна правда“ као апстракција била је реконструисана воља владајуће партијско-бирократске класе и радничких очекивања. Сви социјалистички уставни су били својеврсни „каталог“ права и слобода који је био у великој дискрепанци са реалним степеном њиховог остварења.

Ауторитарна партијска анестезија права протегла се и у посткомунизам и учинила зависним правни, а нарочито правосудни систем, у односу на извршну и законодавну власт (легислативу и егzekутиву). Преваленција партијске моћи у односу на право, преваленција извршне власти над законом и зависност институција уопште је битна значајка посткомунистичког уставног и правног поретка. Функционисање правног система није подразумевана, сама по себи, аутоматизована примена права, већ је увек потребан неки спољашњи, хетерогени „фактор“ који утиче на правне процесе било да их охрабрује или осујећује. То је суштина ауторитарне примене права, наиме увек је потребан „миг одозго“, повољан политички контекст или тренутна констелација интереса.

Правна култура у транзицији има и популистички карактер и огледа се у правној квалификацији без легитимног правног основа. Такви популистички манири имају добру проходност у друштву кога раздире

„осећање неправде“ и незадовољство постигнућима транзиционе политике. Демагошко истеривање правде ван и насупрот надлежних институција, у условима обесправљености појединаца, постаје „уверљиво“ као начин борбе против криминала и корупције. Тако, дакле, ауторитарни популисти поентирају у друштву без правне културе.

Наслеђе фактичке немоћи устава и закона било је нарочито видљиво и времену тзв. конституционализације револуције (Подунавац, 2006), када је потребно створити правне претпоставке демократске транзиције. Устав није заживео као основни облик нормативне интеграције новог политичког система после промене старог система, а сагласност око основних вредности и добара или „уставни уговор“ није значио почетак обликовања новог колективног и политичког идентитета. Моћ устава у посткомунизму означава немоћ обликовања и имплементације новог поретка, немоћ креације институционалних услова за демократско политичко понашање. Претпоставка правне транзиције је аутономија правног система, док је партијска хетерономија правног система главно обележје. Онај ко је колонизовао право, и друштво у целини, тај га мора и ослободити. Зато је еманципација правног система у односу на друге утицајне и моћне подсистеме и структуре неопходна претпоставка и за европске интеграције.

Конституционализација транзиције и демократске консолидације је саставни и најважнији део сваке нормативне стратегије друштва. Она не сме да буде само апстрактна нормативност, већ мора уважити стање спремности друштва и пројектовати пожељна друштвена и политичка понашања. Устав обликује и утемељује опредељен вредносни и интересни систем друштва. Уставна политичка култура се односи и на конституционализацију политичког понашања и владања и на уставну културу људских права и слобода.

Схваћен као инструмент владања и нормативне стабилизације власти у променљивим политичким односима снага, устав је постао мера политичког интереса а изборно законодавство ауторитарни легализам за освајање, стабилизовање и учвршћење власти и моћи. Већина посткомунистичких устава су краткорочне нормативне тактичке калкулације интереса елита и криминализованих тржишних монополиста, без дугорочних антиципација, јасних, реалних и рационалних визија развоја.

Моћ устава и законодавства омеђена је фактичким односима који су често изнад или изван његове регулативне функције. Тако је уставна политичка култура формирана изван основних принципа владавине права. Свест о људским правима и слободама и свест о потреби уставно-правног

лимитирања власти и моћи је саставни део правне, односно уставне културе. Политички и партијски ауторитаризам уз одсуство либерално-индивидуалне демократске традиције представља велики легат социјализма који омета излазак из владавине самовоље и прелазак у владавину права (S. Kovacevic, 2014).

4. Правни дисконтинуитет

Новију државотворну правну историју карактерише изразити правни дисконтинуитет који се изражава на два начина: у првом, дисконтинуитет се изражава у смени различитих и супротних, међусобно искључивих друштвено-политичких система које је пратило њима саобразно позитивно право, и, у другом, у оквиру једног типа система јављају се веома честе промене законских прописа. Овај први начин можемо назвати и лонгитудинални правни дисконтинуитет који је створио различите и сепаратне праксе у схватању и практиковању права. У тој смени различитих политичких и правних облика установила се појава тзв. негативне правне традиције. Свака наредна друштвено-политичка формација настајала је на рушевинама и радикалним променама претходне формације и почињала изградњу заједнице па и правну интеграцију заједнице из почетка. Сваки период, преткомунистички, комунистички и посткомунистички наше правне традиције, селективно је перципиран и опредељен како у лаичкој тако и професионалној правној свести и остао недвршен у својој схватљивости и применљивости.

Честа промена устава и закона унутар једне политичке и правне формације резултат је дефицита нормативног процеса тако карактеристичног за нашу правну културу. Сваки процес нормативно-правне креације мора полазити од постојеће интересно-вредносне структуре друштва, али и од телеологије нормирања.

Веома честе промене устава и закона резултат су, како већ наведеног и анализираног ауторитарног карактера права и потребе стабилности власти, тако и саме филозофије нормативног процеса. Процес нормирања друштвене стварности заснива се на неколико темељних претпоставки: прво, онај ко нормира мора познавати природу стварности коју нормира, а посебно интересно-вредносну структуру и структуру потреба друштва; друго – мора познавати базичне и карактеристичне конфликтне линије друштва.

Трећа претпоставка нормирања односи се на антиципативну природу права која је условљена са прве две претпоставке: без познавања основних, карактеристичних, базичних, конфликтних и развојних линија друштва,

право не може пратити реалност и бити рефлексивни пратилац друштвених закономерности. Традиција наше нормативне праксе је управо другачија и изражава се у двоструком и противречном смислу: са једне стране, право је увек каснило за друштвеном динамиком, а са друге стране, оно је увек наилазило на отпоре наслеђених навика.

Тако је створена једна дихотомна врста дисконтинуитета: вертикална кроз правне генерације и хоризонтална унутар једне правне генерације стварања и примене права.

5. Стварање и примена права

Схватање и практиковање права у српској и европској перспективи треба анализирати са становишта пренормативног, материјалног, интересно задатог процеса нормирања. Као што смо видели, стварање права у Србији увек је било ауторитарно, догматско и монополизовано, за разлику од европске праксе, у којој је снажно практикована емпиријско-консесуална, плуралистичка, дискурзивна и интерпретативна димензија стварања па и примене права. Родин долази до налаза да европска и посткомунистичка Европа имају различите правне традиције: прва се заснива на дискурсу, а друга на ауторитарности (С. Родин, 2005).

Актери стварања и интерпретације европског права су по обухвату бројнији, по интересној датости репрезентативнији, по консесуалном капацитету делотворнији. Посебно водеће државе Европске уније имају већ репрезентативну тековину и стандард развијености модерне државности и јавно-правне одговорности. Већ створено и делујуће право Европске уније је по својој природи контекстуално интерпретативно. Без обзира на то да ли се ради о стварању или примени права, европско право је флексибилно и применљиво, односно примењено.

Карактеристика свих досадашњих правних система Србије (парламентарна монархија, социјал-комунизам, транзиционо право) јесте питање примењености, односно применљивости права. Нормативна правна традиција није праћена и фактичком правном традицијом која је саобразна норми. Између онога што „треба“ и онога што „јесте“ увек је постојала учестала и претежна неподударност. Проблем правне имплементације као традиционално задат огледа се посебно у историјској чињеници да је Србија имала највише устава у својој историји, а никад није била уставна правна држава. Ова појава девалвира значај и функцију права и, истовремено, показује преминацију традиционално наслеђених друштвених односа који су далеко од претпостављене правне телеологије

уставног оквира. Шта више, ова појава је супротна и претпостављеном императиву имплементације права, као европске правне тековине.

Између нормативног и стварног постоји неколико нивоа конгруенције: први је појединачно учестала неподударност која је својствена сваком правном систему без које би правни систем био излишан; други ниво инконгруенције везан је за одређени аспект стварности која је ван регулативног домаћаја права; трећи се односи на претежно учесталу и карактеристичну неподударност везану за многе аспекте друштвеног живота; и четврти ниво инконгруенције је потпуна неподударност између норме и стварности која је увод у револуционарне промене. У правној традицији Србије, у зависности од стабилности политичког режима, увек смо имали на делу други, трећи и четврти степен инконгруенције. Имајући у виду више емпијску, а мање нормативну страну усаглашавања, конгруенција правне традиције Србије са правним тековинама Европске уније, говори да је присутна сферна и учестала неподударност у погледу извесности примене права. Наиме, у западној традицији право има значај, смисао и функцију само ако је право примењено и применљиво, а процес нормирања се схвата као одговоран процес који треба да изражава с једне стране интересне позиције друштвених актера, а са друге стране мора да буде довољно флексибилан и антиципативан да би пратио развој друштвених односа. Наведени нивои инконгруенције норме и стварности говоре нам да наше право није интегрисана целина јер право има значај и функцију само ако је примењено односно применљиво.

6. Друштво и правна култура

Политика и право Европске уније постоје насупрот дивергентним и хетерогеним националним државним друштвима. Ауторитативна политичка и правна реинтеграција посткомунистичког европског друштвеног простора је посебно индикативна јер су бивше комунистичке земље, а посебно Србија, оптерећене другачијим културним, економским, наравно правним, идеолошким и другим карактеристикама које су прилично удаљене од очекиваног модела европског друштва.

У односу на досадашња транзициона друштва која су интегрисана у европску заједницу народа, српско друштво је изразито сиромашно, економски неразвијено, слабо интересно структурирано, неуправљиво, нормативно и вредностно запуштено, тешко прилагодљиво у односу на нужне промене. Наслеђе социјално-економских права успорава усвајање либерално-демократске оријентације и прилагођавање моделу тржишне конкуренције. Усвојен модел персонализованог ауторитета и једнопартијске

државе, данас преображен у систем партијске државе, односно систем ауторитарног партијског лидерства, успорава изградњу самосталних, независних и функционалних институција државе.

Стање спремности за европске интеграције можемо посматрати и у односу на правну културу српског друштва. Она је по развојности прелазна правна култура између поданичко-ауторитарне и демократске културе људских права. Према критеријуму извесности и антиципативности не обезбеђује правну сигурност и предвидљивост интересног деловања. С обзиром на аксиолошки критеријум, она је изразито инконгруентна са нормативно-вредносном традицијом модерних друштава. Узимајући у обзир значај права као регулативног система друштва, она је више окренута традиционалним и анонимним процесима који су често у супротности са важећим нормама. Норме које прописују индивидуална права, поделу власти, независност институција, постале су неукорењене у друштву са антилибералном, органском, колективистичком традицијом. С обзиром на политичко-партијску одређеност права, правна култура у Србији је популистичка, клијентелистичка, са видљивом праксом манипулације појмовима, интересима и потребама друштва.

Правна култура, посебно уставна правна култура Србије, не само да је инконгруентна са њеним важећим, кодификованим правом, већ и са европском друштвеном правном културом. Правна култура, са становишта интегративног капацитета Србије, мора се посматрати са неколико значајних становишта: лингвистике права, херменеутике права, социологије права и политикологије права. Оваква слојевитост правне културе (S. Kovacevic, 2014), наводи нас на обухватно, интегралистичко поимање процеса хармонизације. Транзициони процеси европских интеграција морају обезбедити потребан и довољан степен друштвеног консензуса базичних структура. Вредности и норме којима се тежи морају бити утемељене у друштвеној, политичкој и правној култури друштва а писана норма бити примењена и применљива. Ако лингвистички и херменеутички аспект важећег права нема довољно друштвених, економских, културних, политичких и других могућности за примену, онда право није функционални и делотворни регулативни систем заједнице.

Литература

Ковачевић, Б. (2013). *Скривени федерализам*. Београд: Албатрос

Kovacevic, S. (2014). Reflections on Constitutional Culture of Transitional Societies. *Iustinianus Primus Law Review*. 9. 1-13

Подунавац, М. (2006). *Поредак, конституционализам, демократија*. Београд: Чигоја

Родин, С. (2005). *Дискурс и ауторитарност у европској и посткомунистичкој правној култури*. *Политичка мисао*. 3. 41-64

Ступар, М. (2006). *Појам европског грађанина*. *Филозофија и друштво*. 3. 9-27

Slaviša Kovačević, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Legacy of Legal Culture and Serbia's European Integration

Summary

In the context of the EU integration, it is certainly insufficient to harmonize only the positive law and the institutional regulatory framework. In order to provide for the implementation and application of the positive law, the political and legal culture must be congruent with the legal tradition of the European Union. The "implantation" of legal institutes is a fashionable trend common to all transition countries, which fail to recognize a significant and inevitable fact that law is created and applied in the country-specific traditional, cultural and social context. Legal norms achieve their intended purpose only when they are reinforced by a number of other traditional, cultural, political, economic, and social circumstances. Hence, there is a specific functional and structural relation between law and social culture: on the one hand, law is the product of society; on the other hand, law is also the creator of social norms. Consequently, instead of "copying" the legal norms of the European Union, it is necessary to create a social framework for the implementation of applicable, effective and equitable EU law.

In addition to nomotechnics, scientific research on the "harmonization of Serbian law with the EU law shall include the analysis of other factors, which are only apparently outside the legal framework but which are important for the general outcome of this process.

(1) Our legal culture is largely authoritarian, which is evident in the prevalence of power in the process of making and applying the law and in the dependence of the judicial system from the executive branch of government. Law is an instrument of political power of the legally unaccountable executive branch of government. The authoritarian legal rules are not an expression of reason, prudence, wisdom and general public interest but a temporary constellation of

interests of power-holders while the normative activity is a short-term tactics for accomplishing these interests. As the public interest is defined and normatively framed in line with these interests, there are diverse quasi-techniques which reflect the arbitrary application of law.

(2) The recent state-building legal history is characterized by a prominent legal discontinuity, which has two forms of expression: first, legal discontinuity is a result of frequent changes of different and often conflicting socio-political systems of government, which are necessarily accompanied by respective changes in the positive legislation; second, discontinuity may also be a result of frequent legislative changes within a specific type of legal system. Such practices give rise to contradictions and polarizations in the legal culture and legal socialization.

(3) The common feature of all legal systems (thus far) is the problem of applying the law, or the applicability of the normative framework. The normative legal tradition is not accompanied by the consistent factual application of the envisaged norms. Frequently, there is a prominent incongruity between the norm and the actual state of affairs. In addition to undermining the important function of law, this phenomenon shows the prevalence of traditional legal heritage in Serbian social relations.

(4) In comparison to transition countries which have meanwhile been integrated into the European Union, the Serbian society is poverty-stricken, economically devastated, inadequately structured in terms of public/private interests, normatively underdeveloped and value-barren; as such, it is difficult to administer and hard to change. The heritage of socio-economic relations slows down the reception of the liberal-democratic system and the adjustment to the model of competitive market economy. The former model of irrational authority of a powerful leader and a single-party system has been transformed into the party-state system (partocracy) involving the dominant role of the authoritarian party leadership, which slows down the development of independent, autonomous and fully functional state institutions.

All these developments undermine the harmonization process which presumes the minimum level of social compatibility between the harmonization model and the society which is being harmonized.

Key words: European Union, Serbia, authoritarian legal culture, discontinuity, incongruency, social legal framework.

Сања Марјановић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.9(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

УТИЦАЈ ХАШКИХ КОНВЕНЦИЈА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ НА УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ У МАТЕРИЈИ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ**

Апстракт: Променом Статута Хашке конференције за међународно приватно право (2007. године) дозвољено је и регионалним економским организацијама да постану чланице ове престижне светске организације (нови члан 3 Статута). ЕУ је искористила ову могућност и 2007. године постала прва међународна организација, чланица Хашке конференције. Посматрано из угла ЕУ, ова промена је означила нову еру у њеном раду на пољу међународног приватног права. Наиме, процес настанка међународног приватног права ЕУ у одређеној мери је заснован на прилагођеној рецепцији појединих конвенција донетих у окриљу Хашке конференције. У материји заштите деце то се испољава у два вида. Први подразумева директни утицај хашких конвенција јер ЕУ преузима конвенцијска „хашка решења“ или врши њихово прилагођавање (европеизацију) за сопствене потребе. Други вид је индиректни и он се заснива на подстицању држава чланица ЕУ да ратификују оне хашке конвенције којима се ЕУ не може непосредно обавезати. Поред тога, у раду аутор анализира и значај који би за Србију имала ратификација Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996) и Хашке конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања (2007).

Кључне речи: Хашка конференција за међународно приватно право, међународно приватно право ЕУ, Хашка конвенција 1980, Хашка конвенција 1996, Хашка конвенција 2007, Хашки Протокол, Регулатива Брисел Ibis, Регулатива Издржавање.

* sanja@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Хашка конференција за међународно приватно право је променом свог Статута (2007. године) дозволила и регионалним економским организацијама да постану чланице ове престижне светске организације (нови члан 3). Европска унија је искористила ову могућност и исте године постала прва међународна организација - чланица Хашке конференције. Тиме су створене претпоставке за будућу сарадњу двеју организација. Посматрано из угла ЕУ, ова промена је означила нову еру у њеном раду на пољу међународног приватног права. Наиме, процес настанка међународног приватног права ЕУ у одређеној мери је заснован на *прилагођеној рецепцији* појединих конвенција донетих у окриљу Хашке конференције. Тај процес се најпре уочава када је реч о хашким конвенцијама из области процесног међународног приватног права.¹ Поред тога, одредбе појединих хашких конвенција послужиле су као инспирација за формулисање одговарајућих одредаба у регулативама ЕУ.²

Међутим, још значајније, специфичан утицај *светског* међународног приватног права (које настаје у оквиру Хашке конференције) на *регионално* (који настаје у ЕУ), најизраженији је управо у материји заштите деце и испољава се у два вида. Први подразумева *директни* утицај хашких конвенција, тако што ЕУ у *неизмењеном виду* преузима конвенцијска „хашка решења“ (у материји издржавања) или врши њихово *прилагођавање*

1 Хашка конвенција о достављању судских и вансудских аката у грађанској и трговачкој материји у иностранству (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010 и 13/2013) и Хашка конвенција о извођењу доказа у грађанској и трговачкој материји у иностранству (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010 и 13/2013) послужиле су као модел за регулативе ЕУ – Регуллативу о достављању у државама чланицама судских и вансудских аката у грађанској и трговачкој материји (*Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000*, OJ L 324 of 10.12.2007) и Регуллативу о сарадњи судова држава чланица у извођењу доказа у грађанској и трговачкој материји (*Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters*, OJ L 174, 27.6.2001).

2 Иако до данас није ступила на снагу, одредбе Хашке конвенције о наслеђивању заоставштине умрлих лица (1989) које се односе на уговоре о наслеђивању (чл. 9 и 10), послужиле су као модел за одредбе чл. 25 Регуллативе о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу веродостојних исправа у материји наслеђивања и стварању Европског сертификата о наслеђивању (*Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, OJ L 201/107).

(европеизацију) за сопствене потребе (отмица деце) (2). Други вид утицаја је *индиректни* и он се заснива на подстицању држава чланица ЕУ да ратификују оне хашке конвенције којима се ЕУ не може непосредно обавезати (родитељска одговорност) (3). Оба ова процеса представљају *делимичну унификацију* или, ако унификација није жељени циљ, *делимичну хармонизацију* међународног приватног права ЕУ са оним створеним у оквиру Хашке конференције. Поред тога, корелација између хашког и европског система заштите деце има утицаја и на стварање система за заштиту деце у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda* (4).

2. Директни утицај модерног хашког система заштите деце на међународно приватно право ЕУ

Хашке конвенције о заштити деце директно утичу на регулативе ЕУ на два начина - непосредним позивањем на Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања³ (Протокол) и ослањањем на решења Хашке конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања⁴ (Конвенција 2007) у Регулативи 4/2009 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања (Регулатива Издржавање).⁵ С друге стране, европеизација решења Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце⁶ чије су уговорнице све државе ЕУ (даље Конвенција 1980) у Регулативи о надлежности, признању и извршењу пресуда у брачним стварима и материји родитељске одговорности (Брисел *Ibis*)⁷ такође представља директни утицај *хашких решења* на европски систем заштите деце. Тако је ЕУ створила двоструки колосек поводом одлучивања о повратку детета - државе ЕУ између себе примењују *европеизована* решења Брисел *Ibis*, а Конвенцију 1980 (у изворном облику) у односу према свим другим државама уговорницама. У случају Регулативе Издржавање, реч је ономе што је *Beaumont* назвао принципом „обрнуте

3 Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2013.

4 *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.*

5 *Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, OJ L 7, 10.1.2009.

6 Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/91.

7 *Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, OJ L 338, 23.12.2003.

супсидијарности“ (Beaumont, 2009: 510-513), док је у погледу Брисел *Ibis* приметна специфична *регионализација* Конвенције 1980 (прилагођавање за потребе држава ЕУ). Размотримо ближе ова становишта.

2.1. Регулатива Издржавање и Протокол

Регулатива Издржавање један је од ретких инструмената међународног приватног права ЕУ који обједињује све његове целине – надлежност, меродавно право, признање и извршење одлука. Специфична је по томе што је по први пут као директни извор међународног приватног права ЕУ преузета конвенција Хашке конференције. Реч је о Протоколу, на чију примену упућује члан 15 Регулативе Издржавање. Идеја о оваквој синергији између ЕУ и Хашке конференције није постојала од самог почетка. Својевремено су у Предлогу Регулативе о издржавању⁸ биле садржане и колизионе норме, а уобичајено боравиште повериоца је било доминантна тачка везивања. Будући да је рад на Протоколу и Регулативи Издржавање текао скоро паралелно (Borrás, 2012: 111), унификација колизионих норми у оквиру ЕУ није се чинила посебно корисном будући да се решења нису битно разликовала од оних садржаних у Протоколу. Дакле, од одвојеног регулисања не би било нарочите користи. Поред тога, уколико би се рад на меродавном праву за обавезе издржавања сконцентрисао у оквирима Хашке конференције, онда би таква универзална конвенција могла да привуче и друге државе које имају интереса да унификују своје колизине норме са колизионим нормама ЕУ (Beaumont, 2009: 521).⁹ Стога се ЕУ окренула Протоколу и интензивно учествовала у његовом доношењу (Dechamps, 2011: 803). Као последица тога, уношење одредбе која упућује управо на примену Протокола и успостављање два механизма признања страних одлука (у зависности од тога да ли је држава ЕУ обавезана Протоколом), представља највећу промену након расправе о Предлогу Регулативе Издржавање.¹⁰

8 *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations* {SEC(2005) 1629}, COM/2005/0649 final - CNS 2005/0259.

9 На крају се то и десило, иако су ван ЕУ само малобројне државе биле заинтересоване за унификацију колизионих норми о обавезама издржавања (посебно Јапан, Швајцарска и Кина (Макао). Ипак, Протокол је, поред ЕУ, ратификовала за сада само Република Србија. Разлог за ратификацију је у нашем случају била управо тежња да своје колизионе норме у овој материји унификујемо са ЕУ. Додуше, ми нисмо једина држава која је преузела Протокол. Наиме, Црна Гора се, уместо ратификације, одлучила да директно преузме његова основна решења у својој новој националној кодификацији међународног приватног права. Видети чл. 90-98 Закона о међународном приватном праву, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2014.

10 Протоколом нису обавезани Уједињено Краљевство и Данска.

Штавише, то је први пут да се у међународном приватном праву ЕУ уводи двоструки колосек признања и извршења одлука између држава чланица ЕУ. Наиме, *европски* систем признања представља камен темељац судске сарадње у европском процесном праву. Међутим, у материји издржавања долази до одступања од уобичајених решења у претходним регулативама.¹¹ У том смислу, Регулатива Идржавање предвиђа да се одлуке о издржавању које потичу из држава обавезаних Протоколом аутоматски признају, док су могућности за одбијање извршења незнатне.¹² Насупрот томе, поступак признања и извршења одлука које потичу из држава које нису обавезане Протоколом враћен је у оквир уведен Регулативом Брисел I,¹³ при чему правило о аутоматском признању остаје да важи и даље. Но, суд може одбити признање одлуке из традиционалних разлога.¹⁴ Поред тога, да би одлука донета у држави чланица, која није обавезана Протоколом, била извршена у другој држави ЕУ, она мора бити проглашена извршном, с тим што постоји и право жалбе.¹⁵ Надлежни суд може поништити или одбити проглашење стране одлуке извршном само из оних истих разлога којима је условљено признање.¹⁶

Удвајање колосека признања и извршења је утолико више необично јер је критеријум *порекло* колизионе норме. Наиме, до сада је укидање егзекватуре било условљено само унификованим нормама о директној надлежности. Другим речима, процесне гаранције у погледу правичности поступка биле су довољне за укидање егзекватуре (Ancel, Muir-Watt, 2010: 479). Међутим, сада је степен слободне циркулације одлука о издржавању унутар ЕУ у директној вези са пореклом колизионе норме. Примера ради, чак и да надлежни орган у Уједињеном Краљевству (које није обавезано Протоколом) примени исто право до кога би се дошло и на основу одговарајуће колизионе норме Протокола, таква одлука ипак мора да прође потпуну контролу приликом признања и извршења у другим државама ЕУ. Овакво решење је изазвало недоумице у европској (посебно француској) доктрини јер је укидање признања увек било везано за процесна питања

11 Печ је о *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council OF THE EUROPEAN of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1 of 20.12.2012 и Брисел *Ilbis*.

12 Члан 24. Регулативе Издржавање.

13 *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* OJ L 12, 16.1.2001.

14 Очигледна супротност јавном поретку, повреда права на одбрану, *res iudicata* (чл. 24 Регулативе Издржавање).

15 Чл. 32-34 Регулативе Издржавање.

16 Чл. 37 Регулативе Издржавање.

(Ancel, Muir-Watt, 2010: 478-480). У том смислу, сматра се да замењивање процедуралних услова усаглашеношћу у колизионој сфери подразумева да судија по службеној дужности треба да обезбеди поштовање колизионе усаглашености на основу Протокола, као и ваљану примену меродавног права (Ancel, Muir-Watt, 2010: 478-480). Ипак, колизиона усаглашеност није заменила у потпуности усаглашеност на нивоу поступка и надлежности јер је и та материја унификована. Штавише, процесна усаглашеност не обухвата само директну надлежност већ и систем процесних гаранција (испитивање надлежности, члан 10; испитивање прихватљивости, чл. 11; литиспенденција и конексни спорови, чл. 12 и 13). Узимајући све то у обзир, заиста се не би могло тврдити да процесне гаранције немају никаквог утицаја на укидање егзекватуре. Напротив, пре би се можда могло рећи да је у случају издржавања услов за несметану циркулацију судских одлука пооштрен у односу на друге материје. Тако, осим процесне усаглашености, овде је потребно да постоји и усаглашеност меродавног права. Можда је заправо главни циљ оваквог неуобичајеног решења, поред постизања резултата *in favorem creditoris*, уједно и вршење „меког“ притиска на државе обавезане Регулативом Издржавања да прихвате унификацију колизионих норми извршену Протоколом. У прилог томе говори чињеница да је то за сада једина регулатива у материји породичног међународног приватног права која садржи и норме о директној надлежности и унификоване колизионе норме.¹⁷

2.2. Регулатива Издржавања и Конвенција 2007

Други вид директне корелације Регулативе Издржавања и хашког система заштите деце односи се на Конвенцију 2007. Један од најважнијих примера корелације везан је за одредбе Регулативе Издржавања о директној надлежности и Конвенције 2007 о индиректној надлежности. У том смислу, постоји скоро потпуно поклапање критеријума из Регулативе Издржавања

17 Очигледно је да се унутар Уније лакше постижу компромиси око основа директне надлежности него о меродавном праву. Наиме, Брисел *Ibis* уређује само питања надлежности и признања и извршења одлука о разводу и родитељској одговорности. Колизионе норме за развод садржане су у посебној регулативи која није ни успела да окупи све државе ЕУ (*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*, OJ L 343/10), већ тек нешто више од половине (15 држава чланица). То су Аустрија, Белгија, Бугарска, Француска, Немачка, Мађарска, Италија, Латвија, Луксембург, Малта, Португалија, Румунија, Словенија, Шпанија и Литванија (од 21. маја 2014. године), видети European Commission, *Press Release (20 November 2012), Lithuania is the 15th EU Member State to sign up to enhanced cooperation rules to help international couples*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1231_en.htm (12.12.2013).

(уобичајено боравиште туженог, уобичајено боравиште повериоца, атракција надлежности, пророгација надлежности, прећутни пристанак туженог) са онима у Конвенцији 2007. То значи да у погледу индиректне надлежности значај Конвенције 2007 превазилази класични домашај једне *convention simple*, будући да су њеним решењима о индиректној надлежности истовремено утврђени и (скоро) опште прихватљиви основи директне надлежности у споровима о издржавању. Једина разлика европског решења у односу на Конвенцију 2007 је у примени критеријума *forum nationalis communis* (члан 6 Регулative Издржавање) и *forum necessitatis* (члан 7 Регулative Издржавање). Када је реч о *forum nationalis communis*, заједничко држављанство детета и дужника издржавања није релевантан критеријум индиректне надлежности у Конвенцији 2007, осим у случају атракције надлежности (члан 20 став 1 тач. ф Конвенције 2007). За разлику од конвенцијског решења, овај критеријум у Регулative Издржавање представља још једну прилику за заснивање надлежности суда државе ЕУ када ниједан други основ надлежности (који се поклапа са решењима Конвенције 2007) не доводи до тог резултата. Стога *forum nationalis communis* представља *европску* супсидијарну надлежност, која омогућава да у што већем броју случајева буде надлежан суд државе ЕУ, без посезања за основима (изразито) прекомерне надлежности.¹⁸ Имајући у виду *forum necessitatis* као другу разлику хашких решења и решења ЕУ, треба напоменуто да је овај критеријум значајна новина Регулative Издржавање. Њоме је промењена дотадашња спољна политика ЕУ у односу на треће државе у материји међународног приватног права (В. Ancel, Н. Muir-Watt, 2010: 480) с основним циљем спречавања ускраћивања правде (Retornaz, Volders, 2008: 226-227). Увођењем ове врсте надлежности уједно је избегнута потреба да се врши позивање на националне норме о надлежности држава ЕУ (резидуална надлежност), као што је то до тада био случај са претходним *règlements doubles* (Nuyts, 2007: 1-156). У том смислу, она означава почетак једног новог периода породичног (али и наследног) међународног приватног права који, по правилу, следе и касније донете регулативе.¹⁹

18 Не треба заборавити да и заједничко држављанство представља основ благе прекомерне надлежности који се у случају издржавања ипак толерише.

19 Изузетну надлежност предвиђају оба већ поменута предлога регулатива о брачноимовинском режиму (чл. 7) односно имовинским последицама регистрованог партнерства (чл. 7), као и нова Регулative Наслеђивање (чл. 11), али овог основа надлежности нема у новој Регулative Брисел Ibis (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351/1) у којој је остало позивање на националне норме о надлежности држава Уније (чл. 6).

2.3. Регулатива Брисел IIbis и Конвенција 1980

Када је реч о односу Регулативе *Брисел IIbis* и Конвенције 1980, требало би одмах напоменути да се чланом 11 *Брисел IIbis* уређује поступак за повратак детета чиме се модификују поједине одредбе Конвенције 1980 за потребе држава ЕУ. Ова могућност регионализације једног глобалног инструмента има свој правни основ у члану 60 тач. е) *Брисел IIbis* и члану 36 Конвенције 1980 (који дозвољава закључивање споразума о пооштравању услова за одбијање повратка детета).

2.3.1. Опште карактеристике европеизоване Конвенције 1980

Када је реч о Конвенцији 1980, хашки механизам за одбијање повратка детета у оквиру *Брисел IIbis* је значајно пооштрен. Као што је познато, Конвенција 1980 и даље се примењује између држава ЕУ, али је њен режим донекле прилагођен спречицифичним односима држава чланица заснованим на *принципу међусобног поверења*. Ово „неуобичајено партнерство међународног и регионалног инструмента“, како га сликовито описује *McElevay* (McElevay, 2005: 6), резултат је, с једне стране, чињенице да су све државе ЕУ уједно и уговорнице Конвенције 1980, а, с друге стране, околности да и Конвенција 1980 допушта могућност закључивања споразума о ограничавању изузетака за повратак детета (члан 36). У том смислу, према *Брисел IIbis* и даље остаје могућност покретања поступка сходно Конвенцији 1980, али у измењеном виду. Реч је о четири ограничења: 1) прибављање мишљења детета је обавезно, сем ако би то било непримерено његовом узрасту и зрелости (члан 11 став 2), 2) одбијање повратка на основу *изузетка опасности* није дозвољено ако су предузете мере за његову заштиту (члан 11 став 4), 3) одбијање повратка детета је могуће ако је подносиоцу захтева пружена могућност да буде саслушан (члан 11 став 5), (Schulz, 2004: 25) и 4) задржавање надлежности суда државе уобичајеног боравишта детета, као и аутоматско признање одлуке о повратку, без могућности одбијања признања (члан 11 став 8 у вези члана 42). С друге стране, аутономни појмови незаконитог одвођења и задржавања (члан 2 тач. 11) идентични су онима у Конвенцији 1980. Једина разлика је у томе што *Брисел IIbis* додаје аутономни појам заједничког вршења права на старање, које, у складу са схватањима у случају из америчке судске праксе *Abbott Vs Abbott*,²⁰ подразумева да се уобичајено боравиште детета не може променити без сагласности оба титулара права на старање (члан 2 тач. 11(б) *Брисел IIbis*). У погледу квалификације права на старање и права на виђање, европеизоване одредбе Конвенције 1980 у оквиру *Брисел IIbis* остале су верне хашком оригиналу (члан 2 тач. 9 и 10 *Брисел IIbis*).

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010).

Иако је *Брисел IIbis* постао „допуна“ Конвенције 1980 (Pataut, 2012: 128; Lowe, 2012: 49), режим који је њоме успостављен у погледу повратка детета знатно је строжи него онај који предвиђа Конвенција 1980. То се може сагледати из угла сукоба принципа најбољег интереса детета (на коме почива примена Конвенције 1980) и принципа међусобног поверења и сарадње (на коме почива *Брисел IIbis*). У том смислу, илустративна је пракса Европског суда за људска права (*ECtHR*).

2.3.2. Сукоб принципа најбољег интереса детета и принципа међусобног поверења и сарадње

Принцип најбољег интереса детета део је европског јавног поретка, будући да је садржан у члану 24 став у 1 Европске повеље о основним правима ЕУ (Европска повеља)²¹ и да се у знатној мери ослања на члан 3 Конвенције о правима детета. У том смислу, Европска повеља предвиђа да:

„Деца имају право на онакву заштиту и бригу која је неопходна за њихову добробит. Она могу да изразе своје мишљење слободно. Ова мишљења се узимају у обзир у погледу питања која се на односе на њих, у складу са њиховим узрастом и зрелашћу.“

Поред овог принципа, у ЕУ, као што је познато, доминира и принцип међусобног поверења и сарадње који је у материји међународног приватног права ЕУ највише изражен у погледу аутоматског признања одлука. У том смислу, ни *Брисел IIbis* није изузетак, али ће то у овом случају довести до сукоба ова два принципа.

Наиме, мишљење детета представља један од разлога за одбијање повратка детета према Конвенцији 1980 (члан 13 став 3), при чему је процена његовог значаја препуштена дискреционом овлашћењу суда државе уточишта. С друге стране, *Брисел IIbis* не придаје никакав значај чињеници да се дете противи повратку ако су у држави његовог уобичајеног боравишта предузете мере за заштиту (члан 11 став 4). То значи да мишљење детета нема никакав утицај у овој ситуацији, чак и када је достигло одређени узраст и степен зрелости и, самим тим, стекло право да одлучује са којим родитељем ће живети. Томе у прилог говори и једна од најновијих одлука *ECtHR*. У случају *Raw et autres c. France*,²² мајка и отац су након развода брака заједнички вршили родитељско право, с тим што су, на основу одлуке

21 *Charter of Fundamental Rights of European Union* (2010/C 83/02), OJ L C 83/389 of 30.03.2010.

22 *Affaire Raw et autres c. France*, Requête no. 10131/11, arrêt du 07/06/2013. Одлука је тренутно доступна само на француском, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116955> (21.05.2014). Даље Arrêt.

суда у Француској (*La Roche-sur-Yon*), оба детета живела са мајком у УК. Деца су рођена 1995. односно 1997. године, и у тренутку када је њихова животна прича почела да добија драматични обрт имала су 14 односно 12 година. Тада, приликом редовне посете оцу Француској, деца одбијају да се врате мајци, а старије дете је чак претило да ће наудити себи и напасти мајку ако се то догоди. Суд у Француској (*La Roche-sur-Yon*), јануара 2009. године, након што је прибавио мишљење оба детета, изриче привремену (хитну) меру сходно члану 20 *Брисел IIbis* којом отац добија право боравка са децом и налаже сачињавање извештаја о околностима под којим су деца живела у УК. На одређивање ове мере посебно је утицало мишљење оба детета која су категорично одбијала повратак. Након изрицања мере, суд је издао наредбу специјализованој установи да психолог и социјални радник сачине извештај о условима под којима деца живе у УК. Експерти су у извештају препоручили да се о деци стара отац, заснивајући своје мишљење на утврђеној чињеници да оба детета одрастају у атмосфери страха коју стварају мајка и деда деце, при чему је посебно старије дете било изложено константном насиљу. Деца су навела да је мајка склона употреби алкохола, да им свакодневно недостаје мајчинска брига и да живе у лошим хигијенским условима јер су занемарена. Услед тога, експерти су у свом извештају навели, између осталог, и да „ако су наводи о злостављању тачни, [повратак њиховој мајци] створиће неразумевање, збуњеност и психички колапс код деце; штавише, било би могуће да би деца учинила оно што су навела: (напад, С.М.) на њихову мајку (...) (претње да ће наудити, С.М.) сами себи (...), или бекства од куће (...).“²³ Но, месец дана пре овог извештаја, мајка је на основу *Child Abduction and Custody Act 1985* и *Брисел IIbis* поднела захтев суду УК да задржавање деце прогласи незаконитим, што је суд и учинио, да би убрзо након тога покренула поступак за повратак деце у УК. Суд у Француској, у првом степену и по правним лековима, одлучује да се деца врате јер је у УК предузета мера за њихову заштиту (члан 11 *Брисел IIbis*), стављањем под старатељство суда. Међутим, одлука о повратку никада није извршена, упркос покушајима и ангажовању француског централног органа.²⁴ Један од кључних разлога за то је психичко стање деце која су чак два дана хоспитализована због напада панике. Одлучујући о представци, *ECtHR* је сматрао да недовољно ангажовање француских

23 Arrêt ad 14.

24 На крају, млађе дете је контактирало пријатеља на друштвеној мрежи с молбом да пренесе мајци да дође по њега код оца наредне суботе. Потом је мајка тајно дошла у Француску и одвела дете у УК, како је договорено. Старије дете (чији је отпор повратку био драматичнији) остало је, пак, да живи са оцем у Француској јер је у међувремену напунило 16 година, те се Конвенција 1980 на њега више не може применити.

власти у поступку извршења²⁵ представља кршење члана 8 Европске конвенције, а да одбијање деце, чак и у адолесцентском добу, да се врате и успоставе било какав контакт са мајком није нужно препрека њиховом повратку ни по Конвенцији 1980 ни по Регулативи *Брисел IIbis*.²⁶

С тим у вези, могло би се поставити питање и да ли суд државе уточишта може процењивати адекватност мере за заштиту којом се гарантује безбедан повратак детета посебно у светлу принципа међусобног поверења и сарадње. Уколико је одговор потврдан, онда суд државе уточишта постаје нека врста контролног органа који просуђује о адекватности мере која треба да се примени у страниој држави. У супротном, суд би морао да нареди повратак детета и у ситуацијама када не би био уверен да су предузете мере довољне за заштиту детета. Из Коментара *Брисел IIbis* (Pataut, 2012:137) и Водича за добру праксу²⁷ може се закључити да је суд државе уточишта ипак овлашћен да размотри адекватност мере за заштиту одређене у држави уобичајеног боравишта детета.²⁸ На тај начин, принцип међусобног поверења, који је у основи члана 11 става 4 *Брисел IIbis* (Pataut, 2012: 137), ипак је, у одређеном обиму, релативизован овлашењима суда државе уточишта да процени ефикасност мере за заштиту у односу на чињеничне околности које је он сам утврдио приликом одлучивања о повратку. За разлику од материје признања и извршења у којој се међусобно поверење између судова држава ЕУ *претпоставља*, могло би се рећи да *европеизација* Конвенције 1980 захтева да се суд државе уточишта у сваком конкретном случају *увери* у подобност правосудног система друге државе ЕУ да ваљано заштити дете по његовом повратку. При томе, треба имати у виду да државе ЕУ у материји признања и извршења под веома либералним условима дозвољавају да страна одлука (друге државе ЕУ) произведе дејство у њиховом правном систему (чак и када је реч о принудном извршењу). Насупрот томе, у случају када се разматра повратак детета, суд мора да *провери* адекватност мере за заштиту која чак и не производи дејство у држави уточишта. То показује

25 Гдину дана након доношења одлуке којом је и Апелациони суд наредио повратак детета, јавни правобранилац (*le procureur général de la cour d'appel de Poitiers*) на састанку са мајком деце навео је да он неће тражити извршење одлуке с обзиром на узраст деце и њихово психичко стање. Arrêt ad 32.

26 Arrêt ad 94.

27 European Commission, *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, June 2005, pp. 32-33, доступно на http://europa.eu.int/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents.en.htm. Даље *Brussels IIbis Practice Guide*.

28 То потврђује и судска пракса, видети, на пример, *CA Paris, 15 février 2007, No de RG 06/17206*, INCADAT HC/E/FR 979; *CA Bordeaux, 19 janvier 2007, No 06/002739*, INCADAT HC/E/FR 947; *D.T. v. L.B.T.* (2010) EWHC 3177 (Fam.), INCADAT HC/E/UKe 1042.

да је по овом питању принцип најбољег интереса детета однео превагу над принципом међусобног поверења држава ЕУ. Међутим, то није довољно да би се могло закључити о коначној победи принципа најбољег интереса детета. Напротив, чињеница да се повратак не може одбити ни онда када се дете недвосмислено, упорно и озбољно противи зато што је у држави уобичајеног боравишта детета предузета мера за његову заштиту доводи нас до закључка да је *европизацијом* Конвенције 1980 коначно победио управо принцип поверења између држава ЕУ (на уштрб најбољег интереса детета). Чини се парадоксалним да цео механизам који је иначе успостављен ради заштите најбољег интереса детета у случајевима међународне отмице не оставља довољно простора за индивидуализацију овог принципа, чак ни онда када је став тог истог детета потпуно јасан. Другим речима, принцип сарадње и поверења подигнут је на изузетно висок ниво. При томе, смисао Конвенције 1980 није усмерен ка игнорисању воље детета. Напротив, изузетак мишљења детета је управо и установљен ради индивидуализације најбољег интереса детета у случајевима када се његово мишљење не може занемарити. Као што истиче *Pérez-Vera* у свом Извештају:

*„Међутим, таква одредба је апсолутно неопходна с обзиром на чињеницу да се Конвенција примењује, *ratione personae*, на сву децу млађу од шеснаест година; чињеница је да се мора признати да би било веома тешко прихватити да дете од, на пример, петнаест година, треба да се врати против своје воље.“* (*Pérez-Vera*, 1980: 433)

Другим речима, парафразирајући француског аутора *Dutoita*, може се поставити питање „оправданости ампутације када се пацијент сасвим добро држи на своје две ноге.“ (*Dutoit*, 2013: 155).

3. Индиректни утицај - Конвенција 1996 и Регулатива Брисел IIbis

Када је реч о индиректном утицају хашких конвенција о заштити деце, има се у виду корелација Конвенције 1996 и *Брисел IIbis*, која је, између осталог, условљена непостојањем колизионих норми за родитељску одговорност у *Брисел IIbis*. Ваљало би одмах напоменути да је однос ова два инструмента првобитно био ривалски (*McEleavey*, 2013: 372), с обзиром да је ЕУ у време рада на овој регулативи била окренута себи и тражењу решења „код куће“. Почетак односа ова два инструмента може се пратити још од Конвенције о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима (1998) (*Borrás*, 2008: 351; *Francq*, 2003: 54-72). Позитивни преокрет који је уследио непосредно након доношења *Брисел IIbis* донео је једну од новина у односу ЕУ према Конвенцији 1996 која се у литератури описује

као скромна (Borrás, 2008: 373), али која, чини се, има и скривени значај који се не може занемарити. Наиме, одлуком Савета из 2003. године,²⁹ државе чланице ЕУ су овлашћене да заједно потпишу Конвенцију 1996 до 1. априла 2003. године, а одлуком из 2008. године³⁰ и да, у свом интересу и интересу ЕУ, заједно ратификују Конвенцију 1996. Тиме је изузетно дозвољено приступање државама ЕУ међународним конвенцијама у области која је већ уређена законодавством ЕУ. Међутим, како до истека рока државе чланице нису заједнички ратификовале Конвенцију 1996, толерисала се појединачна ратификација.³¹ То показује колики значај Конвенција 1996 има у односу на заштиту деце у оквиру ЕУ – на основу већ помињаног принципа обрнуте супсидијарности, уместо да решава питање меродавног права (које регулативе не уређују) на домаћем терену, она се окреће међународном. Наиме, у оквиру међународног приватног права ЕУ, усвајање колизионих норми у материји породичних односа је знатно тежи проблем у поређењу са надлежношћу и признањем и извршењем. Разлог за то су значајне разлике у супстанцијалном праву, које ни *CEFL* принципи (Boele-Woelki, 2005: 160-168; Boele-Woelki, Ferrand, González Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny, Pintens: 2007:1-288) нису успели да помире, чак ни на нивоу хармонизације.³² Ратификација Конвенције 1996, стога, има два аспекта. С једне стране, Конвенцијом 1996 се директно (на основу овлашћења) унификује колизиона сфера *Брисел IIbis*. С друге стране, колизионе норме за родитељску одговорност истовремено се у потпуности унификују јер државе ЕУ, услед принципа универзалне примене, примењују ове одредбе Конвенције 1996 у односу на све друге државе света.

29 *Council Decision 2003/93/EC of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children*, OJ L 48 of 21.2.2003.

30 *Council Decision 2008/431/EC of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interests of the European Community, the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of Community law*, OJ L 151 of 11.6.2008.

31 Није је ратификовала до данас само Италија. Белгија је последња држава чланица ЕУ која је ратификовала Конвенцију 1996 – то је учинила недавно, 28. маја 2014. године.

32 То су принципи Комисије за европско породично право (*CEFL*, основана 1. септембра 2001. године) која окупља 25 еминентних стручњака из области породичног права из ЕУ али и ван држава ЕУ. Ови принципи полазе од идеје да је хармонизација неопходна за слободан проток одлука, добара и људи.

4. Значај корелације хашког и европског система за заштиту деце у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*

Унификација односно хармонизација европског система за заштиту деце са оним који је створен под окриљем Хашке конференције има утицаја и на међународно приватно право Србије које се тренутно налази у специфичној ситуацији. С једне стране, како је познато, и даље важи Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ),³³ док се, с друге, ствара нови систем будући да је Радна група Министарства правде Србије за израду Нацрта новог Закона о међународном приватном праву (Нацрт)³⁴ окончала свој посао и коначну верзију предала Министарству. У међувремену, Србија је већ ратификовала Протокол чије су колизионе норме ставиле *ad acta* колизионе норме ЗРСЗ-а. На тај начин преузет је хашки инструмент који представља *acquis communautaire* и, у исто време, извршена је унификација колизионих решења са онима која важе у ЕУ (Живковић, 2013: 79-91; Марјановић, 2013: 399-413). Када је реч о надлежности за спорове о издржавању, Нацрт уводи оне критеријуме који су у Конвенцији 2007 наведени као основи индиректне надлежности, али преузима и *forum necessitatis* (додуше, као општу одредбу) и *forum nationalis communis* (члан 109 Нацрта) из Регулative Издржавања. Међутим, преузимање решења из хашких конвенција или регулатива ЕУ није довољно да би се обезбедила заштита деце у прекограничним случајевима. Оно што недостаје је ратификација Конвенције 2007 и Конвенције 1996 од стране Србије. У случају Конвенције 2007 то је неопходно јер је њеним одобрењем од стране ЕУ она постала саставни део *acquis communautaire* који морамо преузети. Поред тога, Конвенција 2007 може да реши проблеме непостојања дипломатске узајамности у погледу признања и извршења одлука о издржавању са појединим државама (нпр. Норвешка, Permanent Bureau, 1999: 35-42). У односу на Конвенцију 1996, значај који ова конвенција има за међународно приватно право Србије, показује и захтев Европске комисије да Србија као држава кандидат ратификује Конвенцију 1996. Од тога, између осталог, зависи наш даљи статус у евроинтеграцијама. Међутим, поред тога што ратификација ових конвенција представља начин унификације међународног приватног права Србије са оним које се ствара у ЕУ, не треба заборавити њен значај с аспекта заштите деце. У том погледу, обавезивање Србије овим конвенцијама је неопходно јер се деца не могу ефикасно штитити националним изворима међународног приватног

33 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 - испр., *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 - др. закон.

34 Коначна верзија је доступна на <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrt-a-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>.

права, чак ни онда када се преузимају конвенцијска решења. Наиме, заштита деце, поред метода унификације, захтева и међународну сарадњу коју гарантују управо Конвенција 2007 и Конвенција 1996 (посредством система централних органа које су државе уговорнице дужне да формирају, а који олакшава примену унификованих решења).

Литература

Ancel, B., Muir-Watt, H. (2010). *Aliments sans frontières. Le règlement CE no 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.* *Revue critique de droit international privé.* 3 (2010). 457-484.

Beaumont, P. (2009). *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of the Reverse Subsidiarity.* *RabelsZeitschrift.* 3 (2009).509-546

Boele-Woelki, K. (2005). *The principles of European family law: its aims and prospects.* *Utrecht Law Review.* 1/2 (2005).160-168

Boele-Woelki, K., Ferrand, F., González Beilfuss, C., Jänterä-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W. (2007). *Principles of Family Law Regarding Parental Responsibilities, Netherlands: Intersentia.*

Borrás, A., (2008). *Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation.* U Basedow, J., Baum, H., Nishitani, Y. (eds). *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective.* Hamburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. 345-364

Borrás, A. (2011). *The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention.* *International Family Law.* (2011). 110-114

Dechamps, M. (2011). *Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentative de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d'obligations alimentaires.* *Revue trimestrielle de droit familial.* 4 (2011).801-833

Dutoit, B. (2013). *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant.* У Permanent Bureau of HccH (ed). *A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon.* Netherlands: Intersentia.143-157

Francq, S. (2003). Parental Responsibility under 'Brussels II'. ERA Forum, Special Issue: European Family Law. 1(2003).54-72

Gragl, P. (2013). The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. United Kingdom: Hart Publishing.

Живковић, М. (2013). О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Србије. Зборник Правног факултета у Нишу. 65(2013). 79-91

Lowe, N. (2012). A supra-national approach to interpretation the 1980 Hague Child Abduction Convention – a tale of two European courts: Part 1: setting the scene. International Family Law. March (2012).48-52

Марјановић, С. (2013). Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије, Зборник Правног факултета у Нишу. 65(2013). 399-413

McEleavy, P. (2005). The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? Journal of Private International Law. 1(2005). 5-34

McEleavy, P. (2013). The 1996 Hague Convention and the European Union. У Permanent Bureau of HcCH (ed). A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon. Netherlands: Intersentia.371-381

Nuyts A., Szychowska, K. (2007). Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), General Report (Final Version Dated 3 September 2007), (Electronic Version). Преузето 20.02.2014. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf.

Pataut, É. (2012). Brussels IIbis Regulation. У Magnus, U., Mankowski, P. (eds). European Commentaries on Private International Law. Munich: Sellier.119-175

Pérez-Vera, E. (1980). Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. Netherlands: HcCH.

Permanent Bureau of HcCH (1999). Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations (Prel. Doc. No 3 of April 1999). Преузето 27.01.2014. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>

Retornaz, V., Volders, B. (2008). Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif. Revue critique de droit international privé. 2(2008).225-261

Tenreiro, M. (2005). L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau règlement „Bruxelles II“. У Fulchiron H., Nourissat, C. (2005). Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale. France: Dalloz.39-53

Fulchiron, H. (2005). La lutte contre les enlèvements d'enfants. У Fulchiron, H., Nourissat, C (eds). Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale. France: Dalloz. 1-62

Walker, L., Beaumont, P. (2011). Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. *Journal of Private International Law*. 2 (2011).231-251

Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/91

Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања, Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2013

Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance

Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003

Нацрт Закона о међународном приватном праву <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestenje/6274/konasna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-php>

Закон о решавању сукоба закона са прописаима других земаља Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82 и 72/82 - испр., Сл. лист СРЈ, бр. 46/96 и Сл. гласник РС, бр. 46/2006 – др. закон

Sanja Marjanović, LL.B

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**The Influence of the Hague Conventions on Private
International Law on Harmonization of Serbian Law
with the EU Law in the Child Protection Matter**

Summary

The emergence and development of cross-border protection of children in the EU indicate that only the ratification of the conventions that occur under the auspices of the Hague Conference can create an effective system of children in Private International Law. In the same time, the author considers that, following the legislative activity of the EU in the framework of the Hague Conference and the ratification of the Hague conventions which has acceded to the EU, can substantially achieve unification and harmonization of our PIL with EU PIL in matters of child protection. Thus, taking into account the efforts made towards creating new Serbian Private International Law Act, inspired by the Hague and European experience, our state can create a new and modern national system of PIL.

Key words: Hague Conference on Private International Law, EU Private International Law, the 1980 Hague Convention, the 1996 Hague Convention, the 2007 Hague Convention, Hague Protocol, Regulation Brussels IIbis, Maintenance Regulation.

САВЕТОДАВНА НАДЛЕЖНОСТ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Европски суд за људска права, поред парничне, има и саветодавну надлежност. Она је успостављена још Протоколом 2, који је предвиђао да само Комитет министара Савета Европе може затражити саветодавно мишљење, и то једино по питањима која се тичу европског система заштите, а не спадају у домен тумачења, садржаја или дејства гарантованих права и слобода. Управо због овако уско постављеног решења, нимало не изненађује што је до сада свега три пута затражено мишљење. Проширивање саветодавне надлежности уследило је као последица реформе европског механизма заштите људских права. Резултат тих напора је Протокол 16, усвојен 2013. године, чије се ступање на снагу тек очекује. Њиме је предвиђено да национални судови виших инстанци имају право упућивања захтева за саветодавним мишљењем ради испуњења двоструког циља: а) смањења великог броја нагомиланих представки; као и б) интензивирања и јачања дијалога између виших националних судова и Европског суда.

Кључне речи: Протокол 2, Протокол 16, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, саветодавна надлежност, саветодавно мишљење.

1. Увод

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (надаље: Конвенција) један је од најзначајнијих међународних уговора из области људских права, којом је успостављен засад најефикаснији систем

* sanjadj@prafak.ni.ac.rs

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

њихове заштите (Tomušat, 2006: 237). Свакако да је ефикасности овог система допринело његово стално усавршавање усвајањем чак шеснаест протокола материјалне и процедуралне природе. Посебна пажња у раду биће посвећена Протоколима 2 и 16, односно оним уговорима којима је успостављена, а касније и проширена саветодавна надлежност Европског суда за људска права (надаље: Суд, Европски суд).

Централно место у европском механизму заштите људских права поверено је Европском суду са седиштем у Стразбуру. Иако је одлучивање по представкама, тј. парнична надлежност Суда основна и преовладајућа, још 1963. године, усвајањем Протокола 2, придодата је саветодавна надлежност. Међутим, уско дефинисани круг субјеката овлашћених да затраже саветодавно мишљење, као и нејасноће у вези типа правних питања о којима се може затражити мишљење, условили су да је ова могућност до сада искоришћена свега три пута (Lič, 2007: 14). Ограничења садржана у Протоколу 2, као и жеља за даљим повећањем ефикасности Суда, довели су 2013. године до усвајања Протокола 16, који је значајно проширио саветодавну надлежност Суда.

У првом делу овог рада биће приказан историјат доношења Протокола 2, анализирана његова решења и представљени малобројни случајеви у којима је примењен. У другом делу рада, након кратког приказа поступка закључења Протокола 16, пажња се усмерава на његова правна решења и однос тог уговора са Протоколом 2.

2. Протокол 2

Убрзо по ступању на снагу Конвенције 1953. године, увидела се потреба за установљавањем саветодавне надлежности Суда, што је и учињено Протоколом 2. Пре анализе усвојених решења, неопходно је појаснити процедуру усвајања Протокола, као и неслагласности које су постојале међу органима приликом сачињавања нацрта.

2.1. Поступак усвајања

Идеја о установљењу саветодавне надлежности Суда јавила се по узору на друге међународне судове. У изради нацрта Протокола 2 учествовало је више органа, и то: Комитет министара, Комитет експерата, Саветодавна скупштина, као и Суд и Европска комисија за људска права.

Саветодавна скупштина Савета Европе¹ је 1960. године иницирала увођење нове врсте надлежности,² што је наишло на одобравање Комитета министара,³ који је наложио Комитету експерата да „утврди да ли је пожељно закључивање уговора на основу...тако датих предлога“. Годину дана касније, Комитет министара је усвојио закључке из Извештаја Комитета експерата, и наложио му да настави започет рад како би сачинио нацрт заснован на тим закључцима.

Комитет експерата је први нацрт припремио на састанцима који су одржавани у три наврата,⁴ након чега је уследио заједнички састанак Комитета експерата и правног комитета Саветодавне скупштине ради размене мишљења поводом свих спорних питања. Комитет експерата је већ јуна 1962. године поднео извештај Комитету министара који је садржао нацрт будућег протокола. Међутим, истог месеца, Европска комисија упутила је генералном секретару Савета Европе писмо којим је предложила да се и њој, поред Комитета министара, да право упућивања захтева. Нацрт је враћен Комитету експерата ради поновног разматрања предлога и коментара, како Европске комисије, тако и делегација држава уговорница. Упркос томе што је председник Комисије током тзв. „другог читања“,⁵ објаснио предлоге за измену нацрта, они нису усвојени. Након „другог читања“, Комитет експерата је прво разматрао да ли би текст нацрта требало поново ревидирати у светлу најновијих предлога, овога пута упућених од стране Суда.⁶ Међутим, већина унутар Комитета

1 Пленарни орган Савета Европе носио је назив Саветодавна скупштина све до 1974. године, када је преименован у Парламентарна скупштина.

2 Препорука 232 од 22. јануара 1960. год. о „проширивању надлежности Суда у погледу тумачења Конвенције о људским правима“.

3 Резолуција (60)20 од 15.09.1960. год.

4 Од 2. до 11. октобра 1961, затим од 2. до 10. марта 1962. и од 1. до 7. јуна 1962. године.

5 Одржаног од 22. до 27. октобра 1962. године.

6 Наиме, постојао је предлог да се два нова члана, 54(bis) и 54(ter), инкорпорирају у Конвенцију. Чланом 54(bis) Суду би се дала надлежност прејудуцијелног одлучивања, по захтеву националних судова или трибунала, о било ком питању тумачења права и слобода из Конвенције и протокола, по условом да је то неопходно за решавање поступка који воде национални судови. Чланом 54(ter) била је предвиђена надлежност доношења саветодавног мишљења на захтев владе државе уговорнице, по било ком питању тумачења Конвенције, које би могле настати поводом нацрта будућих закона, уредби, прописа или других домаћих аката. Када је реч о првом предлогу, односно надлежности прејудуцијелног одлучивања, интересантно је да је дат модел управо и суштина прошлогодишње усвојеног Протокола 16, који тежи поспешивању сарадње између националних судова и Европског суда. Са друге стране, оно што је Суд 1962. године желео да дефинише као саветодавну надлежност у оквиру чл. 54(ter), није

експерата одлучила је да није потребно разматрати поменута питања. Упркос напорима Суда и Европске комисије, Комитет експерата није прешао на „треће читање“. На седници је прихваћен ревидиран текст завршних клаузула, а Комитет експерата је одмах сачинио извештај који је достављен Комитету министара. Достављени Извештај садржао је коначан текст Протокола 2 као и коментаре Комитета експерата који су се односили на: 1) предлоге Европске комисије, 2) коментаре нацрта изнетих од стране одређених заменика министара, и 3) измене у односу на првобитни нацрт из јуна 1962. године.

Такође, током израде нацрта, поставило се и питање правне технике. Тачније, разматрано је да ли одредбе нацрта треба да буду укључене у Конвенцију у виду додатних чланова, или да нацрт буде понуђен државама у форми протокола уз Конвенцију, а да након његовог ступања на снагу текст Протокола буде инкорпорисан у пречишћен текст Конвенције. Управо је тај други предлог, који је изнео Комитет експерата, прихваћен и примењен као коначно решење.

Упркос томе што није по свим питањима постојао компромис, Протокол 2 је отворен за потписивање 6. маја 1963. године, а ступио је на снагу након што су га ратификовале све државе уговорнице Конвенције, што се десило 21. септембра 1970. године. Сагласно коначно усвојеном решењу, даном ступања на снагу Протокола 2 његови чланови 1-4 постали су саставни део Конвенције. Пречишћавање текста Конвенције и нова пренумерација чланова извршени су по други пут као последица ступања на снагу Протокола 11, 1. новембра 1998. године. Стога, саветодавна надлежност према важећем тексту Конвенције регулисана је члановима 31, 47, 48 и 49. У оквиру чл. 31 дефинише се надлежност Великог већа, где се поред парничне убраја и саветодавна, чл. 47 је кључни члан о саветодавном мишљењу и представља пречишћен Протокол 2, чл. 48 дефинише се *Kompetenz-Kompetenz* Суда, док се чл. 49 регулише обавеза давања образложења саветодавних мишљења.

2.2. Усвојена решења

Протокол 2 садржи свега 5 чланова. Први члан предвиђа да Суд, на захтев Комитета министара, може да даје саветодавна мишљења о правним питањима која се тичу тумачења Конвенције и њених протокола. Термин „правна питања“ треба схватити у његовом уобичајеном значењу које има у сличним међународним конвенцијама. У пара. 7 Извештаја са објашњењима

досад остварено. Ваља истаћи да је по овом моделу влада, а не домаћи суд, био орган који би са националног нивоа упућивао захтев за саветодавним мишљењем.

уз Протокол 2, истакнуто је да већина у Комитету експерата није видела начин прецизнијег дефинисања обима примене Протокола 2. Иако се могу упутити критике да није извршено довољно прецизно „позитивно“ дефинисање, јасно је из формулације шта је „негативно“ одређено. Наиме, искључена је могућност постављања питања: 1) која би превазилазила тумачење текста Конвенције као и припадајућих протокола, односно гарантованих права и слобода; као и оних 2) чије би решење на било који начин укључивало политичке теме. Када је реч о првом ограничењу, јасна је намера да се сва питања тумачења права и слобода из Конвенције и протокола врши посредством примарне надлежности односно парничне надлежности.⁷ Тиме се ускраћује могућност постављања питања која би се тицала тумачења садржаја, обима и дејства гарантованих грађанских и политичких права. Друго ограничење, пак, забрањује постављање саветодавних питања уколико би се односила на политичку сферу или обавезе уговорница ван домена заштићених права и слобода (Пара. 11).⁸ Закључује се да је потребна „велика инвентивност“ (Dijk, Hoof, 2001: 246), како би се успела пронаћи формулација која би задовољила овако уско постављене критеријуме, а опет довела до дефинисања одговарајућег захтева за саветодавним мишљењем.

Поред типа питања, значајно је и ограничење круга субјекта овлашћених да траже саветодавно мишљење. Наиме, једино Комитет министара има право да то учини. Саветодавна скупштина, Европска комисија за људска права и генерални секретар само могу да поднесу предлоге за тражење саветодавног мишљења Комитету министара, који има искључиво право одлучивања о упућивању тог захтева Суду. Као што је већ напоменуто, напори Европске комисије да и она добије исто овлашћење нису уродили плодом. Такође, ни гласови одређених представника унутар Комитета експерата који су тврдили да је овакво решење преуско постављено, није утицало на коначно усвојен текст.⁹

Одлука Комитета министара о подношењу захтева за тражење саветодавног мишљења мора се донети двотрећинском већином представника овлашћених да учествују у раду овог органа. Како је истакнуто у пара. 8 Извештаја са објашњењима, Правни комитет је био мишљења да је боље одредити двотрећинску већину, а не једногласност, док је Комитет експерата сматрао да питање већине за доношење одлуке треба препустити самом Комитету министара, уместо да она буде одређена Протоколом

7 Поред самог текста Протокола, то је истакнуто и у пара. 9 Извештаја са објашњењима.

8 Примера ради, саветодавна надлежност се не може односити на услове прихватљивости представки.

9 Пара. 6 Извештаја са објашњењима.

2. Због прецизности и избегавања прегласавања представника држава, усвојено решење по коме је јасно дефинисана већина одлучивања самим текстом уговора чини се најадекватнијим решењем, нарочито имајући у виду да је за ступање на снагу била потребна ратификација свих држава уговорница.

Након евентуалног упућивања захтева, сам Суд одлучује о питању своје надлежности, односно Kompetenz-Kompetenz.¹⁰ Према пара. 12 Објашњења, који се ослања и на формулацију из чл. 48 Конвенције, у случају сумње у надлежност Суда, сам Суд доноси одлуку. Дакле, Суд има и право и обавезу да одбије разматрање било ког питања које не спада у његову саветодавну надлежност, што мора и образложити у одлуци.

Суд на пленарној седници разматра упућени захтев за доношење саветодавног мишљења. Као и код пресуда, обавезни део саветодавног мишљења је образложење, а такође постоји и могућност давања издвојеног мишљења.¹¹ То ће се десити у ситуацији када саветодавно мишљење не представља у целини или делимично једногласно мишљење судија, те сваки судија има право да изнесе издвојено мишљење.

Сам поступак разматрања захтева није дефинисан Протоколом 2, већ је на основу чл. 55 Конвенције то овлашћење дато Суду. Пословником Суда, тачније правилима 60-67, регулисана је процедура, која може имати писану и усмену фазу, при чему је усмена фаза факултативна и њено одржавање зависиће од одлуке председника Суда. Писана фаза започиње достављањем захтева за саветодавним мишљењем секретару. Захтев мора прецизно дефинисати питање о коме се тражи мишљење, датум усвојене одлуке од стране Комитета министара, имена и адресе лица која је Комитет министара именовано за учешће у поступку ради давања објашњења, и евентуално прилоге. Након што се захтев упути секретару, он га доставља свим члановима Суда и странама уговорницама. Председник Суда одређује рок за достављање писаних коментара и других докумената, а о њиховој садржини морају бити обавештени сви чланови Суда, уговорнице, као и Комитет министара.

О захтеву за давање саветодавног мишљења Суд одлучује у пленуму, а одлука се доноси већином гласова, при чему се у мишљењу мора навести број судија који су чинили већину. Саветодавно мишљење, или пак одлука о захтеву за мишљење садржи потписе председника Суда и секретара. Комитет министара и државе уговорнице се обавештавају о одржавању јавне седнице на којој се чита усвојено мишљење. Док се оригинална

¹⁰ Чл. Протокола 2, а сада чл. 48 Конвенције.

¹¹ Чл. Протокола 2, а сада чл. 49 Конвенције.

копија чува у архиви Суда, ауторизоване копије се достављају Комитету министара, генералном секретару Савета Европе и странама уговорницама (Етински, 2007: 363-364).

2.3. Примена и критички осврт

Иако је Протокол 2 ступио је на снагу још 1970. године, досад је примењен свега три пута, из чега проистиче његов мали практични значај (Ђајић, 2012: 172). Први пут је саветодавно мишљење затражено 2004. године и тицало се услова прихватљивости, али се Суд по овом случају огласио ненадлежним. Други захтев упућен је 2008. године, а односио се на појашњење извесних правила и недоследности приликом процедуре избора судија, у контексту родне заступљености. Најзад, 2010. године, још једном се поставило питање у вези процедуре избора судија (Сарић, 2012: 295-296). Може се закључити да је Протокол 2 примењиван једино ради разјашњења правила о избору судија.

Упркос чињеници да саветодавна надлежност може бити од велике важности за јединствено тумачење и даљи развој права, практични значај овако постављене надлежности Суда је од самог почетка био сведен на минимум. У доктрини се предлагало проширивање надлежности путем измена и допуна Протокола 2, јер је „штета да саветодавно мишљење нема шири опсег“ (Dijk, Hoof, 2001: 246). Упућени предлози тицали су се двоструког повећања опсега надлежности: 1) постављањем правног питања које би се односило на права и обавезе из Конвенције и протокола, под условом да се не односи директно на спор; 2) проширивањем круга органа који би имали право упућивања захтева (некадашња Комисија, Парламентарна скупштина, као и свака држава уговорница). Уместо измене и допуне Протокола 2, упућене критике су утицале на усвајање новог уговора који регулише ту проблематику, односно усвојен је Протокол 16.

3. Протокол 16

Протоколом 14 учињен је свакако најзначајнији и најрадикалнији корак ка повећању ефикасности европског система заштите људских права (Радивојевић, 2005: 182). Међутим, истовремено са његовим ступањем на снагу, започета је нова рунда преговора која је имала за циљ наставак започете, али недовољне реформе (Ђорђевић, 2013: 415). Наиме, само 10 дана након ступања на снагу Протокола 14, одржана је Конференција о будућности Европског суда за људска права у Интерлакену фебруара 2010. године, након које су преговори настављени у Измиру априла 2011, да би последња конференција била одржана у Брајтону, априла 2012.

године. Једна од идеја на поменутиим конференцијама, била је другачије дефинисање саветодавне надлежности путем усвајања новог протокола, којим би се: 1) проширио круг субјеката овлашћених да упуте захтев; 2) повећао број питања која се могу поставити.

3.1. Поступак усвајања

Иако је идеја усвајања Протокола 16 отелотворена на конференцији у Брајтону, мора се истаћи да је она нешто старијег датума. Таква идеја иницијално потиче из Извештаја Групе мудрих људи донетог у оквиру Савета Европе 2006. године, који је био сачињен према Акционом плану усвојеном на Трећем самиту шефова држава и влада маја 2005,¹² а који своје корене има још у предлозима Суда током припрема нацрта за усвајање Протокола 2 из 1962. године и критикама које су биле упућиване том Протоколу.

Наиме, Извештај Групе мудрих људи који се односио на даље могуће правце реформе европског система констатује да би било „корисно увођење система у којем би национални судови могли да се обраћају Суду у форми захтева за саветодавним мишљењем у вези правних питања која се односе на тумачење Конвенције и протокола, ради побољшања дијалога међу судовима и повећања тзв. „уставне“ улоге Суда“. Према мишљењу ове групе, једино би уставни судови или судови највише инстанце имали право да упућују захтев, док би само мишљење било правно необавезујуће.

На напред изнетим премисама, започети су преговори на међувладиним конференцијама, а саме предлоге је првенствено анализирао Управни комитет за људска права (Comité directeur pour les droits de l'Homme – надаље: CDDH). Након конференције у Измиру, заменици министара упутили су позив CDDH да припреми конкретне предлоге ради усвајања новог уговора. Експерти из Холандије и Норвешке сачинили су детаљан предлог који је садржан у Коначном извештају CDDH и упутили га Комитету министара. Поред њих, и Суд је припремио и поднео „Студију о предложеном проширењу саветодавне надлежности“. О свим предлозима се детаљно дискутовало током припрема, као и одржавања конференције у Брајтону. Том приликом одлучено је да се Комитет министара обавезе да сачини нацрт опционог протокола до краја 2013. године.

Убрзо по одржавању конференције у Брајтону, приступило се изради нацрта према већ установљеној процедури, по којој је неопходно да Комитет министара дâ инструкције за сачињавање текста CDDH, док је сама израда нацрта унутар овог органа била поверена радној групи ужег састава. Пошто је радна група сачинила нацрт, он је размотрен на

12 Пара. 1 Извештаја са објашњењима.

пленарној седници Комитета експерата о реформи Суда. Још једном је овај нацрт прошао процедуру анализе унутар CDDH, и као такав одобрен и поднет Комитету министара на усвајање. На позив Комитета министара, Парламентарна скупштина Савета Европе дала је своје мишљење на нацрт, како би најзад он био усвојен на 1176. састанку Комитета министара, и отворен на потписивање 02. 10. 2013. године.

За разлику од Протокола 2, чији су чланови инкорпорирани у сам текст Конвенције, Протокол 16 тако нешто не предвиђа. Он ће остати засебан уговор, за чије ступање на снагу је потребно депоновање свега 10 ратификационих инструмената. Упркос чињеници да се њиме не мења сам текст Конвенције, као и малом броју ратификационих инструмената неопходних за ступање на снагу, забрањено је стављање било какве резерве.¹³ До сада је сакупљено 15 потписа, али још увек није положен ниједан ратификациони инструмент.¹⁴

3.2. Усвојена решења

Током процеса сачињавања нацрта, полемика се водила поводом четири кључна питања: а) природи овлашћеног националног органа; б) правном дејству саветодавног мишљења; в) категорији и врсти питања поводом којих се може упутити захтев; г) поступку доношења саветодавних мишљења.¹⁵

3.2.1. Природа овлашћеног националног органа

Протокол 16 је већ у фази преговора за његово доношење прозван „протоколом дијалога“ или „комуникациони протокол“. Иако се од самог почетка тежило поспешивању сарадње између националних судова и Европског суда, јавила се дилема колико свеобухватно ићи при дефинисању категорије „овлашћеног националног суда“. Увидело се да је неопходно сужавање круга овлашћених судова, па се може рећи да је инспирација за решење уследила из права Европске уније (надаље: ЕУ), (Gragl, 2013: 230-231). Наиме, према чл. 1, наведено је да *виши* судови или трибунали могу да траже саветодавно мишљење од Европског суда. Језичким тумачењем увиђа се да ово право немају само највиши судови националне правосудне структуре, већ сви судови који за специфичну категорију случаја представљају више, односно судове друге инстанце. На тај начин и други судови, сем уставног

13 Чл. 9 Протокола 16.

14 Списак доступан на: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=7&DF=25/08/2014&CL=ENG> (20.08.2014.)

15 Пара. 9 Извештаја са објашњењима.

и врховног, могу бити у позицији да захтевају саветодавно мишљење, што је најзначајније одступање од иницијалног предлога из Извештаја Групе мудрих људи. Може се увидети да овакво решење има доста сличности са могућношћу националних судова чланица ЕУ да упућују претходна питања Суду правде у Луксембургу. Нарочито се увиђа сличност са тзв. конкретном теоријом о обавези националних судова да упуте претходно питање, по којој није битно место суда на правосудној хијерархијској лествици, већ је важно да се ради о суду против чијих одлука жалба није могућа (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2008: 182).

Ради отклањања било каквих недоумица ко од домаћих судова има право упућивања захтева, значајна улога дата је самим уговорницама. По решењу из чл. 10, све уговорнице су у обавези да, уз ратификациони инструмент, доставе генералном секретару Савета Европе и декларацију са списком свих виших судова са овим правом. Измена списка могућа је „у сваком тренутку“, сужавањем или проширивањем листе националних судова, из чега следи да је уговорницама дата прилична слобода.

3.2.2. Правно дејство саветодавног мишљења

У међународном јавном праву, саветодавна мишљења су необавезујућег карактера, што је прихваћено и код оба протокола - Протокола 2 и 16.

Будући да се доносе у контексту међусудског дијалога и сарадње, логично је решење чл. 5 Протокола 16, који предвиђа да усвојена саветодавна мишљења нису обавезна. Национални суд који је упутио захтев биће слободан да одлучи да ли ће у наставку поступка који се пред њим води поступити по добијеном мишљењу или не. Чак, усвојено мишљење не ограничава могућност субјеката да касније упуте представку Суду,¹⁶ чиме се ствара могућност два алтернативна сценарија. Уколико национални суд поштује саветодавно мишљење, за очекивати је да ће Суд одбити разматрање представке. Међутим, ако домаћи суд не поступи по саветодавном мишљењу, ствара се ризик каснијег дуплирања поступка пред Судом, уколико странка, незадовољна исходом националног поступка, упуту представку Суду.

Када је реч о територијалном дејству Протокола 16, након нове судске праксе, условљеног првенствено случајем *Ал-Скеини* (Ђорђевић, 2011: 591-593) и виши судови територија на којима држава уговорница ефективно држи власт такође могу упутити захтев. Свакако, као и до сад, уговорница може у посебној декларацији искључити примену Протокола са одређене територије која потпада под њену сувереност.

¹⁶ Сагласно чл. 34 Конвенције, о решавању случајева по парничној надлежности.

Иако саветодавна мишљења не представљају прецедентно право, она улазе у корпус праксе Суда, попут пресуда и других одлука.

3.2.3. Природа и тип питања поводом којих се може упутити захтев

Трећи кључни проблем при сачињавању нацрта био је дефинисање категорије и типа питања о којима се може тражити саветодавно мишљење. Иако је Протокол 16 покушао да што боље прецизира формалне предуслове за упућивање захтева, тип питања које се може поставити остао је донекле недоречен. Свакако да се захтев за саветодавним мишљењем мора односити на правна питања, као и на конкретне, постојеће случајеве о којима се води спор пред националним судом. На тај начин избегавају се апстрактна или хипотетичка правна питања, што представља још једну сличност са индиректном надлежношћу Суда правде (Кнежевић-Пређић, Радовијевић, 2009: 177). Такође, сам Суд неће бити у позицији да разматра или квалификује чињенично стање, већ је то у обавези да учини национални суд.

Према формулацији из Извештаја Групе мудрих људи, која је касније преузета и од стране Суда, могу се упућивати захтеви о оним питањима која су везана за тумачење или примену права и слобода из Конвенције или њених припадајућих протокола. Оваква дефиниција инспирисана је чл. 43, ставом 2 Конвенције о парничној надлежности Великог већа, чиме се и створила дилема како разликовати упућено питање за саветодавним мишљењем од истоветно дефинисаног питања код одлучивања по представкама. Поставља се питање да ли је намера твораца Протокола 16 била такав вид растерећења Суда, који би дозволио да се прво „опипа терен“ тражењем саветодавног мишљења, након чега би било могуће да се по исто дефинисаном питању упутити представка на решавање, у случају да национални суд није поступио по добијеном необавезујућем саветодавном мишљењу. Са друге стране, уколико национални суд поштује мишљење, неће доћи до потребе за поновним обраћањем Европском суду, те би се на тај начин, у значајној мери, смањила оптерећеност Суда у оквиру парничне надлежности. И заиста, може се на први поглед учинити да је реч о одличном решењу, којим се увек постиже добитна комбинација. Међутим, многи критикују овакав покушај олакшавања рада Суда, истичући да није реч о правом растерећењу, већ само подели посла на две надлежности – саветодавне и парничне.

3.2.4. Поступак доношења саветодавних мишљења

За разлику од Протокола 2, Протокол 16 садржи нека основна правила поступка. Наиме, виши национални судови могу упутити захтев за добијање саветодавног мишљења на свим службеним језицима држава уговорница. Одлучивање о испуњености услова прихватљивости разматра петочлани панел судија, пре него упутити захтев Великом већу на одлучивање о меритуму.¹⁷

Интересантно је истаћи обавезу Суда, тачније петочланог панела, да појасни разлоге одбијања да размотри захтев за саветодавним мишљењем. Протокол 14 ову обавезу не предвиђа, због чега је био мета бројних критика, те се претпоставља да је управо то допринело бољем решењу „комуникацијског протокола“. Имајући у виду циљ Протокола 16, односно успостављање боље сарадње и комуникације, решење, по коме се предвиђа давање појашњења чак и у случају одбијања захтева, је логично. Наиме, уколико је намера Протокола пружање помоћи националним судовима путем појачане сарадње и комуникације, а ради тумачења права, свако другачије решење било би неразумно.

Иако петочлани панел судија одлучује по питању „надлежности о надлежности“, само је Велико веће овлашћено да даје саветодавно мишљење. Оно може преко реда да разматра захтев за саветодавним мишљењем, дајући му на тај начин првенство. По службеној дужности у састав петочланог панела и Великог већа улази и судија из државе националног суда који је упутити захтев (чл. 2, став 3).¹⁸ Иако се правна комуникација води између судова, Европски суд треба да обавести државу уговорницу о примљеном захтеву од стране њених националних судова.

У саветодавном поступку могу учествовати и заступници државе уговорнице чији је национални суд упутити захтев,¹⁹ подношењем писаних поднесака или учешћем на усменој процедури (чл. 3).²⁰ Имајући у виду необавезност саветодавног мишљења, реч је о праву, а не и обавези учествовања. Председник суда има овлашћење да позове било коју другу уговорницу или лице да учествују у саветодавној процедури. Претпоставља се да је реч о лицима, физичким или правним, која су се нашла у улози парничних странака пред националним судом који је упутити захтев.

17 Што је идентично чл. 43 Конвенције.

18 Овакво решење идентично је оном које се односи на парничну надлежност (чл. 26 став 4 Конвенције).

19 Тиме је у потпуности имитиран поступак по чл. 36 Конвенције, по коме ови субјекти могу учествовати у парничној процедури.

20 Учесник поступка може бити и Европски комесар за људска права Савета Европе.

Поставља се питање да ли је овакво ограничавање учесника процедуре сврсисходно или би можда адекватније решење било да се могућност учествовања не условљава позивом председника суда. Уколико се зна да пред националним судом учествују углавном само физичка и правна лица, имајући у виду теорију о имунитету држава пред судовима других држава (Shaw, 2003: 638-640), поставља се питање кога би од других уговорница председник Суда могао позвати.

Саветодавно мишљење доноси се већином гласова чланова Великог већа. Према чл. 4, у случају непостојања једногласности, судије могу дати издвојено мишљење. Обавеза је Суда да мишљење достави не само суду који је упутио захтев, већ и држави уговорници чији је национални орган упутио захтев. Пара. 23 Објашњења Протокола 16 указује да „би требало да саветодавно мишљење такође буде достављено и свим учесницима поступка“. Свакако се очекује да ће сам Суд у наредном периоду регулисати детаље поступка, али употребљена синтагма „требало би“ не представља извесност да ће сви учесници заиста и добити мишљење. Међутим, чак и у случају да се то не деси, јавност ће бити упозната са усвојеним саветодавним мишљењем, будући да постоји обавеза његовог објављивања.

3.3. Ступање на снагу и дејство

Интересантно је да ће Протокол 16, за разлику од свих ранијих протокола, ступити на снагу три месеца након прикупљања 10. ратификационог инструмента, што представља значајно, и досад прво одступање од установљеног правила да је за ступање на снагу потребна ратификација свих уговорница. Овакво решење свакако је резултат компромиса, али се јавља и као последица специфичније природе самог Протокола. Када је реч о постигнутом међудржавном компромису, извесно је претпоставити да су уговорнице оваквим решењем желеле да избегну судбину Протокола 14.

Дејство и домет Протокола 16 биће ограничени, имајући у виду његов опциони карактер. Очекује се да ће се на тај начин скратити период чекања да ступи на снагу, међутим, истовремено ће се тиме створити две категорије уговорница: оне које су прихватиле Протокол 16 и оне које нису. Успех и популарност Протокола 16 зависиће од држава које га буду прихватиле, односно од искуства и корисности које буду имали њихови домаћи судови.

4. Закључна разматрања

Двоструко ограничење у давању саветодавних мишљења установљено Протоколом 2, само је делимично кориговано усвајањем Протокола 16, којим се омогућава да национални судови виших инстанци могу Суду упутити захтев за добијање саветодавног мишљења. Овакво проширење саветодавне надлежности тежи остварењу двоструког циља: а) интензивирању и ојачању дијалога између виших националних судова и Европског суда, као и б) смањењу великог броја нагомиланих представки.

Када је реч о првом циљу, он ће бити остварен уколико се Суд постави као учесник конструктивног дијалога, пружајући националним судовима помоћ при решавању проблематичних питања, или, пак, дајући детаљна и добронамерна појашњења у случају одбијања разматрања захтева. У том случају се може очекивати да ће Протокол 16 бити прихваћен и од стране преосталог дела уговорница Конвенције. Претпоставља се да ће се први случајеви из сфере саветодавне надлежности Суда односити на круцијалне теме, као што су: питање надлежности, некохерентне праксе Суда, различито поимање учења о пољу слободне процене, односно свим оним питањима која су и у прошлости била спорна у односу између националних судова и стазбуршког Суда. Са друге стране, уколико Суд буде био превише оскудан у аргументима одбијања захтева, или, као и досад, не буде имао јасну визију развоја праксе по појединим осетљивим питањима, створиће се неповерење у систем који установљава Протокол 16.

Иако се у теорији сарадња међу судовима поздравља као пример позитивне праксе, њоме се ствара ризик смањења самосталности и одговорности националних судова. Циљ Протокола 16 није стварање система доношења пресуда националних судова на основу пуког добијеног мишљења. Са друге стране, у случају да домаћи суд не поступи по мишљењу, створиће се нов проблем дуплирања процеса пред Европским судом по обеју надлежности (O'Meara, 2013).

Поред проширивања саветодавне надлежности, Протокол 16 утиче и на тзв. уставну функцију Суда, за који неки аутори сматрају да би се боље могла остварити путем одлучивања по представкама. Наиме, докази о „конструктивном дијалогу“ између националних судова највиших инстанци и Европског суда већ постоје у оквиру парничне надлежности Суда, без потребе за реформисањем система заштите у правцу проширивања саветодавне надлежности. На основу изложеног, увиђа се да се позитивни ефекти Протокола 16, који се тичу јачања сарадње и дијалога међу националним судовима и Европског суда, могу релативизовати.

Када је пак реч о другом циљу, односно повећању ефикасности Суда, уместо постизања зацртаних циљева, Протокол 16 ствара ризик погоршавања

постојеће ситуације. Наиме, не постоји логика у томе да ће се Суду, преоптерећеном заосталим и све бројнијим надолазећим случајевима, помоћи тиме што ће се проширити још једно поље деловања, нарочито узимајући у обзир чињеницу да Велико веће годишње донесе свега двадесетак пресуда. Уколико се подсетимо да највећи број упућених представки чине тзв. клонирани случајеви и неприхватљиве представке, сумња се да ће решења Протокола 16 допринети њиховом смањењу. Репетитивни случајеви најбоље се решавају доношењем тзв. пилот пресуда, док су се за прихватљивост представки временом искристалисали и построжили услови прихватљивости, као и процедура разматрања допуштености.²¹

У случају поменутих понављања процедура, односно у случају да се након добијеног саветодавног мишљења поново упуту представка, али по парничној надлежности, поново долазимо до закључка о стварању супротне ситуације од намераване. Уместо остваривања веће ефикасности Суда, доћи ће до његовог још већег оптерећења.

Водећи се логиком изложеног, долази се до закључка да би саветодавна надлежност једино била корисна при постављању нових стандарда. Међутим, истиче се да је Суд то чинио и до сада у оквиру парничне надлежности.

Стога, иако су намеравани циљеви за похвалу, остаје сумња да ће Протокол 16 успети да их оствари. У случају да поменути ризици у пракси буду били изражени, Протокол 16 остаће лишен свог пуног ефекта, попут Протокола 2. Уколико, пак, превладају позитивна решења, Протокол 16 допринеће остваривању кохерентнијег система заштите људских права. То ће утицати да Суд више не буде карактерисан као „жртва сопственог успеха“ (Helfer, 2008: 125) већ да и даље одржи статус најефикаснијег суда међународне заједнице у области заштите људских права.

21 Анализирајући статистичке податке о структури и врсти индивидуалних представки, изасланик Парламентарне скупштине Савета Европе изјавио је да Суд мора хитно да пронађе начин којим би решио три кључна проблема. Наиме, он је истакао да судије не треба да троше превише времена на очигледно неприхватљиве представке, што износи око 95% свих представки. Затим, мора се наћи ефективно решење поводом тзв. „клонираних“ случајева, односно случајева који се тичу утврђених системских недостатака унутар држава (што представља око 70% предмета код којих се решавало у меритуму). Као одговор на први проблем усвојени су Протоколи 14 и 15, који су, пре свега редефинисањем услова прихватљивости, покушали да смање број представки. Када је, пак, у питању решавање проблема тзв. „клонираних случајева“, уведене су пилот пресуде које решавају велики број случајева који потичу због истог системског проблема који постоји у једној држави.

Литература

Gragl, P. (2013). *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*. European Law Review, No. 2, 229-247

Dijk, van, P., Hoof, van, G. J. H. (2001). *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Sarajevo: Müller

Đajić, S. (2012). *Međunarodno pravosuđe*. Beograd: Službeni glasnik

Ђорђевић, С. (2013). *Протокол 15 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама*. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: Тематски зборник радова. 413-430

Ђорђевић, С. (2011). *Екстериторијална примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: Тематски зборник радова. 579-596

Етински, Р. (2007). *Међународно јавно право*. Нови Сад

Explanatory Report on Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions

Explanatory Report on Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Knežević-Predić, V., Radivojević, Z. (2009). *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik

Lič, F. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

O'Meara, N. (2013). *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, UK Const. L. Blog, Retrieved 20 August 2014, from http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/31/noreen-omeara-reforming-the-european-court-of-human-rights-through-dialogue-progress-on-protocols-15-and-16-echr/?utm_source=feedly

Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions, CETS No 044

Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No 214

Радивојевић, З., Кнежевић-Предић, В. (2008). *Институције Европске уније*. Ниш: Свен

Радивојевић, З. (2005). Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Страни правни живот. 1-2, 181-194

Shaw. M. (2003). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Томушат, К. (2006). *Људска права између идеализма и реализма*. Београд: Београдски центар за људска права

Helfer, L. R. (2008). Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, *European Journal of International Law*, 125-159

Carić, S. (2012). *Коментар Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*. Београд: Paragraf Co i Paragraf Lex

Sanja Đorđević, LL.B

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights

Summary

Although the primary jurisdiction of the European Court of Human Rights is the one relating to applications, with the adoption of Protocol 2 in 1963, the Court also has advisory jurisdiction. However, it was limited in a twofold manner: the circle of entities authorized to request an advisory opinion was very narrowly defined and there were also uncertainties as to the type of legal issues that may require review. Only the Committee of Ministers had the authority to request an advisory opinion under the condition that the decision was made by a two-thirds majority vote. Also, they could only ask questions that were not concerning rights and freedoms guaranteed under the European Convention, as well as the related protocols. This restrictive approach has resulted in the implementation of Protocol 2 in only three cases, which caused it to have little practical significance.

In the process of the reform of the Court, the old idea of expanding the advisory jurisdiction revived. It was implemented in 2013, with the adoption of Protocol 16, which aims at achieving a double objective: 1) intensifying and strengthening the dialogue between higher national courts and the European Court, as well as 2) reducing the large backlog of applications. During the drafting process, the debate was concentrated on four key issues: a) the nature of the authorized national courts; b) the legal effect of advisory opinions; c) the category and type of questions which may be referred; d) the process of adoption of advisory opinions. However, despite some good solutions there is doubt whether Protocol 16 will be able to achieve the set goals.

Key words: Protocol 2, Protocol 16, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, advisory jurisdiction, advisory opinion.