

**ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ –
ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ
ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ
СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Тематски зборник радова
књига четврта

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ (ЛОГО)
Ниш, 2008

Тематски зборник радова

ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА
ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА
У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Рецензенти:

проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић
проф. др Војислав Бурђић

Ова књига је резултат рада на пројекту Правног факултета у Нишу „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије под бројем 149043 Д

Уредник:

Проф. др Невена Петрушић, руководилац пројекта

Издавач:

Центар за публикације Правног факултета у Нишу

За издавача:

проф. др Невена Петрушић, декан

Техничка обрада:

Срђан Павловић

Дизајн корица:

Бранко Стевановић, дипл. инж. електронике

Штампа:

Пунта Ниш

Тираж:

150

ISBN 978-86-7148-087-1

ПРЕДГОВОР

Нова свеска тематског зборника радова *„Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије,”* садржи радове које су аутори припремили током 2008. године, као истраживачи на истоименом научно-истраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу. Зборник радова је четврта публикација објављена у оквиру овог пројекта, који финансијски подржава Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Највећи број радова аутора резултат је теоријских и емпиријских истраживања правозаштитних механизма и правних установа у реформисаним областима домаћег материјалног и процесног права. Аутори су анализирали и евалуирали нова законска решења у домену јавног, грађанског, трговинског и кривичног права, настојећи да утврде њихов квалитет и степен усаглашености са међународним и европским правним стандардима. Овој групи радова припадају и радови који су посвећени друштвеном и правном положају и начину заштите посебно осетљивих категорија становништва (жртве насиља, старе особе, особе са инвалидитетом), као и радови посвећени проблемима у успостављању система бесплатне правне помоћи. Један број истраживача определио се за истраживања у домену права Европске уније, тако да су њихови радови фокусирани на актуелна нормативна решења, правне стандарде и интитуције из ове правне области.

Радови су, према тематици, груписани у пет целина: Право Европске уније, Јавно право, Грађанско и Трговинско право, Кривично право и *Variæ*.

Објављивање овог Зборника радова мотивисано је потребом да се резултати истраживања учине доступним широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о проблематичним подручјима правног система и проблемима у његовом функционисању. Аутори се надају се да ће њихови радови бити од користи у предстојећој нормативној делатности и допринети критичком преиспитивању и унапређењу правне праксе.

УРЕДНИЦА

САДРЖАЈ

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

<i>Проф. др Зоран Миладиновић</i> ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У ЕУ - СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ	13
<i>Проф. др Љубица Николић</i> ЕВРОПСКА ЦЕНТРАЛНА БАНКА – НАСТАНАК И УЛОГА	31
<i>Доц. др Милена Јовановић – Zattila</i> КОДИФИКАЦИЈА ЕВРОПСКОГ ПРАВА ПОТРОШАЧА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОТРОШАЧКИ КРЕДИТ	43
<i>Сања Марјановић</i> СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ И МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА РАЗВОД БРАКА У КОМУНИТАРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ	57

ЈАВНО ПРАВО

<i>Проф. др Предраг Димитријевић</i> ПРАВНА ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ - ДА ЛИ КОНТРОЛИШЕМО НАШЕ КОНТРОЛОРЕ?	81
<i>Проф. др Милева Анђелковић</i> ПОРЕСКО САВЕТОВАЊЕ У ФУНКЦИЈИ ИЗВРШАВАЊА ПОРЕСКИХ ОБАВЕЗА	99
<i>Проф. др Мирослав Лазић, Урош Здравковић</i> УСПОСТАВЉАЊЕ СИСТЕМА БЕСПЛАТНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	109
<i>Проф. др Ирена Пејић</i> УСТАВНО СУДСКА КОНТРОЛА И КАРАКТЕР УСТАВНОГ СПОРА ...	131
<i>Доц. др Горан Обрадовић</i> О ДЕРЕГУЛАЦИЈИ РАДНИХ ОДНОСА	139
<i>Анђелија Адамовић</i> СИСТЕМ БЕСПЛАТНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У СЛОВЕНИЈИ	149

ГРАЂАНСКО И ТРГОВИНСКО ПРАВО

<i>Проф. др Александар Ђурић,</i> СВЕТСКА ТРГОВИНСКА ОРГАНИЗАЦИЈА КАО ФОРУМ РЕШАВАЊА МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ СПОРОВА	165
<i>Проф. др Невена Петрушић, проф. др Слободанка Константиновић-Вилић</i> НОРМАТИВНИ ОКВИР ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У СРБИЈИ И РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА ПРАВНЕ ПРАКСЕ СУДОВА У БЕОГРАДУ	185
<i>Проф. др Наташа Стојановић</i> ОТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО УРАЧУНАВАЊЕМ ПОКЛОНА И ИСПОРУКА У ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИ ДЕО И НУЖНИ ДЕО	239
<i>Ивана Симоновић</i> МОДИФИКАЦИЈА ПРАВНОГ ПОСЛА УСЛОВОМ	251
<i>Новак Крстић</i> НАСЛЕЂИВАЊЕ ПАРТНЕРА ИЗ ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ	265
<i>Михајло Цветковић</i> КОМПЛЕМЕНТАРНОСТ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ И ПРОПИСА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА НА ПОЉУ НАДОКНАДЕ ШТЕТЕ ...	281

КРИВИЧНО ПРАВО

<i>Проф. др Војислав Ђурђић</i> У СУСРЕТ РЕФОРМИ КРИВИЧНОГ ПРАВОСУЂА – између захтева друштвене стварности и правних препрека –	301
<i>Проф. др Драган Јовашевић</i> РАСПРАВА О КРИВИЧНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	319
<i>Проф. др Миомира Костић</i> СТАРЕЊЕ И ВИКТИМИЗАЦИЈА (МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ О СПРЕЧАВАЊУ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ/ВИКТИМИЗАЦИЈЕ СТАРИХ ОСОБА	345
<i>Проф. др Саша Кнежевић</i> ДИСКРЕЦИОНО КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ МАЛОЛЕТНИХ ДЕЛИНКВЕНАТА	373
<i>Дарко Димовски</i> ЗАТВОРИ ЗА ЖЕНЕ	389

VARIAE

<i>Доц. др Јасмина Иванова – Петровић</i>	
ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ	411
<i>Мр Наталија Жунџић</i>	
ПАТРИЈАРХАТ – ЗАШТО И У КОМ КОНТЕКСТУ?	449
<i>Мр Маја Настић</i>	
ПРИКАЗ ПРЕСУДЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА – <i>CASE OF AZIZ V. CYPRUS (appl. No.69949/01)</i>	459

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

UDK: 347.77/.78

Др Зоран Миладиновић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У ЕУ

-Стање и перспективе-*

***Апстракт:** У раду је обрађено стање правне заштите интелектуалне својине у ЕУ и перспективе даљег правног регулисања ове области унутар ЕУ. Аутор указује да се заштита права интелектуалне својине у ЕУ одвија у два правца: путем стварања наднационалних прописа који би се примењивали на територији заједнице и путем уједначавања (хармонизације) прописа држава чланица. Услед теškoћа у погледу стварања наднационалних прописа у области права интелектуалне својине, данас је у већој мери одмакао процес хармонизације националног законодавства, док је процес унификације тек у зачетку. Ипак, због значаја који се праву интелектуалне својине придаје у ЕУ, даљи правац деловања биће у стварању наднационалног законодавства. На крају аутор указује да су усвојена решења о заштити права интелектуалне својине у ЕУ у великој мери утицала на усвајање одговарајућих прописа у Србији, и закључује да су прописи о заштити интелектуалне својине у Србији скоро у потпуности усклађени са регулативом ЕУ.*

Уводне напомене

Земље чланице Европске уније (ЕУ) посебану пажњу посвећују адекватној правној заштити права интелектуалне својине. То подразумева не само усвајање одговарајућих законских решења већ и њихово спровођење у живот, али и подизање свести грађана о значају права интелектуалне својине на знатно виши ниво. Разлог томе је свакако у чињеници што је интелектуална својина данас најскупља роба на светском тржишту. О томе какав значај земље чланице ЕУ придају Праву интелектуалне својине најбоље се може уочити анализом образложења Директива којима се уређују поједина питања. Примера ради, када су САД 1984. године, донеле закон о заштити топографија интегрисаних кола (*Semiconductor Chip Protection ACT*), (први у свету), земље чланице ЕУ су одмах реаговале и већ 1986. године донеле

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Директиву о правној заштити топографија полупроводничких производа. У образложењу за доношење ове Директиве истиче се: “*да је развијање топографија сувише скупо да би се оставило без одговарајуће заштите, да топографије нису законски заштићене у земљама чланицама, а тамо где нека заштита и постоји има директно негативне ефекте на заједничко тржиште. Зато је усвајање заједничких основних принципа заштите хитност, а националним законодавством се могу уредити остале ствари као што су: поступак регистрације, депозит као услов заштите и слично.*”

Земље чланице ЕУ очигледно су биле свесне значаја адекватне заштите и вредновања права интелектуалне својине, тако да су још у Оснивачком акту (Римском уговору) у неколико одредби (чл. 100, 103. и 130) посебан акценат ставиле на усклађивање правних прописа, политику развоја и истраживања и технолошки развој. Са порастом све веће најезде кривотворења и пиратерије, земље ЕУ предузимају посебне мере у циљу спречавања ове појаве. У том смислу, земље ЕУ покушале су да створе *наднационално законодавство* у овој области доношењем Конвенције о патенту заједничког тржишта 1975. Међутим, због тешкоћа у погледу потребне сагласности свих држава чланица, Конвенција није ступила на снагу па се од ње одустало. Међутим, није се одустало од стварања Комунитарног права интелектуалне својине, тако да је у овој области данас на снази неколико аката који имају наднационално дејство (Правило о комунитарном жигу и дизајну, на пример). Посебан акценат о потреби усклађивања разлика које постоје у националним прописима држава чланица, земље ЕУ исказале су у “Зеленој књизи о ауторском праву и изазовима технологије-питања ауторског права која захтевају *хитну интервенцију*” (*Green paper on Copyright and the Challenge of technology-Copyright Issue requiring Immediate Action*), коју је 1988. године, припремила Комисија ЕУ.

У циљу превазилажења проблема различитог третмана права интелектуалне својине унутар заједнице, а у немогућности да се ово питање у свим областима уреди на наднационалном нивоу, земље ЕУ су се определиле за деловање у два правца.

Један правац деловања је усвајање Директива (смерница, упутства) којима се обавезују државе чланице да прилагоде своје прописе из области интелектуалне својине општем циљу који се поставља у конкретној Директиви. Директивама се постиже висок степен усаглашености националних прописа из области интелектуалне својине, што је претпоставка за доношење јединственог наднационалног прописа у будућности.¹ У том циљу, данас је у области права интелектуалне својине усвојено више Директива, а о неким од њих ће бити речи у даљем излагању.

Други правац деловања је усвајање Правила (Уредби) која имају карактер наднационалног прописа и која се непосредно примењују у свим

¹ Вукадиновић, Р.: Право Европске уније.- Београд, 1995, стр. 42

државама чланицама ЕУ.² Правилима се формира наднационални систем заштите појединих области права интелектуалне својине (права индустријске својине, ауторског или сродног права). Да би се правила као наднационални прописи могла примењивати, неопходно је формирање *наднационалних органа* (посебно када је реч о заштити појединих права индустријске својине), односно стицање појединих субјективних права интелектуалне својине, као што су патент, жиг, право на дизајн, топографија интегрисаних кола, која се стичу у одговарајућем управном поступку код надлежног управног органа (Управе за интелектуалну својину, Завода и сл.). Овај процес није одмакао далеко и до сада је усвојено свега неколико Правила о којима ће такође бити речи у наредним излагањима.

И док је процес усаглашавања прописа о интелектуалној својини унутар ЕУ био реалативно лакши део посла, проблем који се посебно показао у пракси као теже решив био је на који начин обезбедити адекватну правну заштиту субјективних права интелектуалне својине носиоцима права из земаља ЕУ у земљама које нису чланице ЕУ и како овај проблем решити на међународном нивоу, будући да кривотворење и пиратерија не познају границе. Штавише, једно од основних правила у трговини кривотвореном и пиратском робом јесте трговина таквом робом у земљи која није земља порекла те робе.

И у решавању овог проблема земље ЕУ деловале су у два правца.

У односу на земље које претендују да обављају трговинску размену са земљама чланицама ЕУ, а посебно са оним које претендују да постану њени пуноправни чланови, поред политичких, као још један од основних услова поставља се *адекватна заштита права интелектуалне својине* и то не само усаглашавање прописа из области интелектуалне својине са регулативом ЕУ, већ и њихово практично спровођење. У том смислу Европска комисија је за земље западног Балкана (Албанију, Босну и Херцеговину, Хрватску, некадашњу Србију и Црну Гору и Македонију) лансирала и посебан процес, у форми CARDS програма у оквиру кога су постављени циљеви које треба постићи у области заштите интелектуалне својине. Тај процес је подразумевао: процену стања заштите интелектуалне својине у одређеној земљи; усвајање одговарајућих прописа; изградњу институција за заштиту интелектуалне својине (обезбеђење простора, обука кадрова, заступника, адвоката, судија, правобраниоца, царинских органа и др.); успостављање сарадње са органима и институцијама ЕУ.

Други правац деловања био је усмерен на усвајање одговарајућег акта о заштити права интелектуалне својине на међународном нивоу. У том смислу, земље ЕУ имале су кључну улогу у усвајању Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade*

² Вукадиновић, Р.: Оп. цит. стр. 42.

Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS), акта који је данас најзначајнији међународни извор права у овој области. Циљ усвајања TRIPS-а је да се заштите огромна средства уложена у стварању нових технологија, као и да се зауставе велики привредни губици који настају кривотворењем и пиратством робе на светском тржишту. У том смислу Комисија ЕУ је у свом предлогу за строжије поступање према кривотворењу и пиратству (П-31 од 14. јула 1994. године), изнела податак да трговина кривотвореном робом прелази 5% укупне светске привреде и да је само у 1992. години она коштала ЕУ 100.000 радних места.

Сагледавањем укупне активности земаља чланица ЕУ у вредновању и заштити права интелектуалне својине, закључно се може констатовати да земље ЕУ овој области права оправдано придају **огроман значај** како у погледу настојања да се створи наднационално законодавство, тако и када су у питању односи ЕУ са трећим земљама. Међутим, када је реч о прихватању стандарда који се примењују унутар ЕУ, земље чланице су још увек приврженије националном законодавству, тако да се радије опредељују за усаглашавање националних прописа него за усвајање наднационалних прописа и стварање наднационалних институција у овој области. Као куриозитет може се истаћи чињеница да су се земље чланице ЕУ лакше договориле око увођења јединствене валуте него око стварања наднационалних прописа и институција у свим областима права интелектуалне својине.

У овом раду биће приказано стање усвојених аката (Правила и Директива) који уређују заштиту и остваривање права интелектуалне својине у ЕУ, даљим правцима деловања, као и утицају усвојених аката на законодавство земаља које нису чланице ЕУ а које претендују да то постану.

1. Заштита права индустријске својине у ЕУ

За субјективна права индустријске својине (патент, жиг, право на дизајн, географску ознаку порекла, топографију интегрисаног кола) карактеристично је да се њихово дејство (стицање, садржина права, ограничење, трајање) ограничава на територију земље која их је признала. Принцип територијалног дејства ових права у знатној мери умањује овлашћења субјекта права, јер му онемогућава економско искоришћавање предмета заштите изван територије државе која му је признала право. Негативно територијално дејство ових права веома рано је уочено. Зато се кренуло у стварање правног основа за њихово екстериторијално дејство. На међународном нивоу то је постигнуто усвајањем Париске конвенције за заштиту индустријске својине 1883 (ПК). Овом Конвенцијом створена је могућност да се један проналазак, ознака, дизајн или географска ознака порекла, заштите у већем броју земаља. Једно од најзначајнијих питања које је решено усвајањем ПК је у усвајању принципа *националног третмана*,

према којем се држављани држава чланица ПК, у погледу стицања и заштите права индустријске својине под одређеним условима изједначавају са домаћим субјектима. У циљу спровођења у живот принципа националног третмана, конвенција усваја и читав низ минималних права која се странцима морају признати на територији друге државе чланице ПК, без обзира да ли та права признаје национално законодавство или не.

Са аспекта стварања комунитарног права ЕУ, значај ПК је у томе што је чланом 19. предвиђено да државе чланице ПК могу закључивати *посебне споразуме, којима се уређују услови и поступак правне заштите појединих права индустријске својине под условом да такви споразуми нису у супротности са одредбама ПК.*

У складу са наведеном одредбом али и са циљевима ЕУ (стварање заједничког тржишта) земље чланице ЕУ определиле су се за стварање комунитарног права индустријске својине које би се примењивало на територији Заједнице. Тај циљ је до данас само делимично остварен усвајањем неколико аката у форми Правила или Предлога правила.

Први покушај учињен је 1975. доношењем Конвенције о патенту заједничког тржишта. Због тешкоћа у погледу потребне сагласности свих држава чланица, Конвенција није ступила на снагу па се од ње одустало. Међутим, од стварања комунитарног права индустријске својине није се одустало, па се приступило усвајању аката нижег ранга којима је хармонизовано национално законодавство у овој области. У том смислу у области права индустријске својине усвојени су или су у фази усвајања:

Правило о комунитарном жигу;³

Правило о комунитарном дизајну;⁴

Правило о увођењу сертификата о додатној заштити медицинских производа;⁵

Правило о увођењу сертификата о додатној заштити производа за заштиту биља;⁶

Правило о комунитарном праву заштите биљних сорти;⁷

Правило о заштити географског имена и ознака порекла за пољопривредне производе и храну;⁸

³ Council Regulation EC No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJL, 11, 11.1. 1994

⁴ Council Regulation EC no 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs), OJ,L, 003, 05.01.2002.

⁵ Council Regulation EEC no. 1768/92 of 18 June 1992. concerning the creation of supplementary protection certificate for medicinal products), OJ, L, 182. 02. 07. 1992.

⁶ Council Regulation EEC no. 1610/96 of the European Parliament and of the Council of 23 July 1996. concerning the creation of a supplementary protection certificate for plant protection products), OJ, L, 198, 08. 08. 1996.

⁷ Council Regulation No 2100/94 on Community Plant Variety Rights OJL 132, 2. 11. 1994.

⁸ Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indi-

Правило о царинским мерама са робом за коју се сумња да се повређују права интелектуалне својине.⁹

Такође, у области заштите права индустријске својине усвојене су и следеће директиве:

Директива о правној заштити биотехнолошких проналазака;¹⁰

Директива о правној заштити топографија полупроводничких производа;¹¹

Директива о усклађивању прописа држава чланица у материји робног знака (стицању жига);¹²

Директива о комунитарном дизајну;¹³

У поступку усвајања су:

Предлог Правила о комунитарном патенту¹⁴ који је још у поступку усаглашавања с великим изгледима да ће се усвојити;

Предлог Директиве о усаглашавању прописа за заштиту проналазака корисним моделом,¹⁵

Предлог Директиве о патентбилности проналазака који се односе на компјутерске програме.¹⁶

Од наведених аката указујемо на Правило о увођењу сертификата о додатној заштити за медицинске производе на Правило о увођењу сертификата о додатној заштити производа за заштиту биља и на Правило о царинском поступку са робом којом се повређују права интелектуалне својине које се односи на сва права интелектуалне својине (на права индустријске својине, ауторско и права сродна ауторском праву).

Прва два Правила заслужују пажњу због тога што је њима у земљама чланицама ЕУ уведен додатни период заштите за производе из области медицине (лекове за људе и животиње) и за производе (средства) за заштиту биља, и то за период од пет година након истека рока трајања патента (тај рок

cations and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, OJ L 208, 24. 07. 1992

⁹ Council Regulation (EC) No 3295/94 of 22. December 1994 laying down measures to prohibit the release for free circulation, export, reexport or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods, OJ L 97, 18. 4. 1996).

¹⁰ Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6. July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions OJ L, 227, 1. 9. 1994.

¹¹ (Council Directive 87/54/EEC of 16. December on the legal protection of topographies of semiconductor products) OJ, L, 024. 27. 01. 1987.

¹² First Council Directive 89/104/EEC of 21 december 1989 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks) OJ, L, 040,11/02/1989.

¹³ Directive 98/71 EC of the European Parliament and the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs, OJ L 289, 28. 10. 1998.

¹⁴ Proposal for Council Regulation on the Community patent (Document 500PC0412) [Http://europa.eu.int/eur-lux/en/com/dat/2000/en-500PC0412.html](http://europa.eu.int/eur-lux/en/com/dat/2000/en-500PC0412.html). 10.

¹⁵ Proposal for a European Parliament and Council Directive approximating the legal arrangements for the protection of inventions by utility model (KOM 97) 0691 final OJ L, 36, 3. 2. 1998

¹⁶ COM (2002) 0092. final

према прописима патентног права у свету износи 20 година, а рачуна се од датума подношења уредне пријаве за признање патента, односно за заштиту проналаска).

Оправданост увођења додатног рока у оквиру кога носилац патента чији су предмет заштите лекови за људе или животиње, односно средства за заштиту биља, има искључиво право на производњу наведених производа, потиче од чињенице да је поступак заштите проналазака (од подношења пријаве до признања патента) изузетно дуготрајан (некада тај поступак траје и до десет година) при чему се рок трајања патента од 20 година рачуна од датума подношења уредне пријаве. Када су у питању проналасци лека и средстава за заштиту биља, поред времена које је потребно да се утврди да ли проналазак испуњава услове за заштиту патентом, правило је да одређено време (које није кратко) протекне током испитивања лека, односно средства за заштиту биља ради добијања дозволе за стављање у промет наведених производа. У таквој ситуацији редовно протекне део времена од 20 година, што носиоцу патента за ове проналаске не омогућава да поврати средства уложена у истраживање и стварање проналаска.

Суштина наведених правила је у следећем. Носилац патента који за предмет заштите има проналазак лека или средства за заштиту биља, или његов правни следбеник, може у одговарајућем поступку (поступак је аналоган поступку стицања патента) да стекне посебно субјективно право *сертификат о додатној заштити*. Предмет заштите сертификатом ограничава се искључиво на *лек за људе или животиње или на средство за заштиту биља* за које је добијена дозвола надлежног органа за стављање у промет тог производа као лека за људе или животиње, односно као средства за заштиту биља. Трајање сертификата износи временски период који је протекао од датума подношења пријаве за признање патента који се односи на проналазак лека за људе или животиње односно средство за заштиту биља, до дана добијања прве дозволе за стављање таквог производа у промет, умањен за пет година, али не дуже од пет година од дана стицања сертификата. Рок важења сертификата почиње да тече одмах након истека периода важења патента.

Што се тиче Правила о царинском поступку са робом за коју се сумња да се повређују права интелектуалне својине, ово правило је од посебног значаја из два разлога:

Прво, овим актом земље чланице ЕУ прописале су јединствен поступак са робом за коју се сумња да се њоме повређују права интелектуалне својине, односно прописале су овлашћења царинских органа ради спречавања уласка на територију држава чланица кривотворене и пиратске робе.

Друго, ово Правило је послужило као узор да се у царинским прописима држава које претендују да постану пуноправне чланице ЕУ (*то је*

учинила и наша земља) унесу одредбе о царинском поступку са робом којом се повређују права интелектуалне својине, односно о овлашћењима царинских органа у борби против кривотворења и пиратерије.

Наиме, земље чланице ЕУ веома рано су уочиле опасност од последица кривотворења и пиратерије па и потребу усвајања одговарајућих мера у циљу спречавања да таква роба доспе на њихово тржиште. У том циљу први кораци предузети су 1986. године када је донето Правило бр. 3842/86 о мерама за забрану стављања у слободан промет фалсификованих производа.¹⁷ Овим Правилу само делимично је решен проблем, јер се оно односило само на производе који су обележени кривотвореном ознаком (којом се повређује жиг као право интелектуалне својине). Остала права интелектуалне својине нису била њиме обухваћена. Зато је 1994. године, донето Правило бр. 3295/94 о мерама у циљу забране стављања у слободан промет, извоза, ре-извоза и стављања под суспензивни режим пиратских и фалсификованих производа.¹⁸ У циљу примене овог Правила донето је и посебно Правило бр. 1367/95, за извршење Правила бр 3295/94.¹⁹

Суштина усвајања овог Правила је у проширеном обиму примене Правила из 1986. на сва права интелектуалне својине. Правилу је јасно дефинисано који се производи сматрају кривотвореним и пиратским у смислу повреде права интелектуалне својине. Према члану 2 Правила, то су сви они производи који су копије или садрже у себи копије израђене без сагласности носиоца ауторског или сродног права, или носиоца права које се односи на регистровани цртеж или модел (носиоца права на дизајн), или без сагласности лица које је носилац права овластио у земљи производње у случају када израда таквих копија повређује право према комуитарном законодавству или законодавству државе чланице где се подноси захтев за интервенцију од стране царинских органа. Такође, са кривотворењем и пиратеријом изједначени су и свака израда калупа или матрица који су намењени изради кривотвореног знака или пиратских производа.

Као носиоци права интелектуалне својине, односно овлашћени представници, који могу захтевати предузимање одређених мера од стране царинских органа наведена су сва она лица којима је то право признато по прописима који уређују право интелектуалне својине, као и правна и физичка лица која су овлашћена да се старају о колективном остваривању ауторског и

¹⁷ Council Regulation (EEC) No 3842/86 of 1 December 1986 laying down measures to prohibit the release for free circulation of counterfeit goods, OJ L, 357, 18. 12. 1986).

¹⁸ Council Regulation (EC) No 3295/94 of 22. December 1994 laying down measures to prohibit the release for free circulation, export, reexport or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods, OJ L 97, 18. 4. 1996).

¹⁹ Commission Regulation EC No 1367/95 of 16. June 1995. laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EC) No 3295/94 laying down measures, export, reexport or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods, OJ L, 133, 17. 6. 1995.

сродних права (организације за колективно остваривање ауторског и сродних права).

Према одредбама овог Правила, царински органи су овлашћени да спрече пуштање у слободан промет, извоз или ре-извоз робе која је кривотворена или је пиратски произведена. Да би царински органи могли да утврде када је у питању таква роба, потребно је да, од носиоца права или овлашћеног лица (увозника, организације за колективно остваривање ауторског и сродних права), добију писани захтев, који поред осталог треба да садржи податке о постојању права интелектуалне својине. Када је реч о ауторском и сродним правима (будући да за ова права не постоји обавеза да субјект права поседује исправу коју издаје надлежни државни орган којом се доказује да је одређено лице носилац права), потребно је да уз захтев буде приложено било какво доказно средство којим се доказује постојање права. То може бити нарочито опис предмета заштите, али је најбоље депоновање код царинских органа примерка производа у коме је инкорпорисано ауторско дело или предмет заштите сродног права.

Царински органи не морају прихватити захтев носиоца права, али у том случају морају донети одговарајућу одлуку са детаљним образложењем, против које носилац права може поднети тужбу. Државе чланице могу прописати да носилац права, односно подносилац захтева, преда гаранцију која би покрила трошкове рада царинских органа или покрила њихову евентуалну одговорност уколико се покаже да није реч о фалсификованој или пиратској роби.

Царински органи могу деловати и по службеној дужности када посумњају да је у питању кривотворена или пиратска роба. У том случају су дужни да такву робу заплене до три дана а носиоца права обавесте о сумњи да је његово право повређено, како би му омогућили да поднесе захтев за спречавање стављања у слободан промет такве робе. Даљи поступак са привремено одузетом робом зависи од носиоца права, односно од одлуке надлежног органа, коме се носилац права обратио да утврди да ли су у питању кривотворени или пиратски производи. Уколико царински орган добије обавештење да је у питању кривотворена или пиратска роба, он приступа одузимању робе и истовремено о томе обавештава орган који је одлучивао о захтеву носиоца права интелектуалне својине (чл. 4 Правила). Након тога, царински орган или орган који је одлучивао о захтеву носиоца права обавештавају носиоца права интелектуалне својине о имену и адреси лица које је пријавило робу на царини, и лицу које је наручило робу уколико је то лице познато.

Уколико је у поступку утврђено да је у питању кривотворена или пиратска роба, иста се уништава и то без икакве накнаде, а предузимају се и мере како би се лица која су извршила повреду права лишила било какве добити. На крају, Правило предвиђа изузимања од примене мера на робу коју путници при преласку границе носе као лични пртљак у складу са царинским прописима под условом да се то не чини на комерцијалној основи (чл. 10 Правила).

2. Заштита ауторског и сродних права у ЕУ

За разлику од права индустријске својине као једном сегменту права интелектуалне својине, где су већ усвојени акти који имају наднационални карактер, у области ауторског и сродних права ЕУ је тек у фази хармонизације прописа држава чланица путем директива. Након констатације о постојању великих разлика у националним прописима о ауторском и сродним правима држава чланица ЕУ израженој у тзв. Зеленој књизи о ауторском праву и изазовима технологије, приступило се усвајању одговарајућих директива, са циљем да се и у овој области интелектуалне својине створи наднационално право. У том смислу, у области ауторског и сродних права до данас је усвојено више директива и то:

Директива о правној заштити рачунарских програма;²⁰

Директива о праву давања у закуп и на послугу, као и о одређеним правима сродним ауторском праву у области интелектуалне својине;²¹

Директива о координацији одређених ауторскоправних и сродноправних прописа који се односе на сателитско емитовање и кабловску реемисију;²²

Директива о хармонизацији рока трајања ауторског права и одређених сродних права;²³

Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву;²⁴

Директива о праву слеђења у корист оригиналног примерка дела ликовне уметности;²⁵

Директива о правној заштити база података;²⁶

Од наведених Директива са становишта ауторског и сродних права највећи значај има Директива о правној заштити рачунарских програма. Већ од саме појаве рачунара и рачунарских програма једно од основних питања било је уређење правне заштите стваралаца рачунарских програма.

²⁰ Council Directive No 91/205 of 14 May 1991 on the legal protection of computer Programs, OJ L, 122, 17. 5.1991.

²¹ Council Directive 92/100 EEC on rental and lending rights and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, OJ L 346, 27.11. 1992.

²² Directive 93/83 EEC L 248, 6. 10.1993.

²³ Directive 93/98 EEC harmoniying the term of protection of copyrgiht and certain related rights, OJ L 290, 24.11. 1993.

²⁴ Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, O J L 167, 22. 6. 2001.

²⁵ Directive 2001/84 EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benifit of the author of on original work of art, O J L 272, 13. 10.2001.

²⁶ Directive 96/9 EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ, L, 077, 27. 3. 1996.

Неопходност правне заштите стваралаца рачунарских програма долази отуда што се у стварање рачунарских програма инвестирају *велика финансијска средства и ангажује најкреативнији људски потенцијал*. И док питање потребе правне заштите стваралаца рачунарских програма није било спорно, спорно је било да ли им правну заштиту признати у оквиру патентног или у оквиру ауторског права.

Ово питање успешно је решено усвајањем два документа на регионалном нивоу: Конвенције о европском патенту (акт није документ ЕУ већ и европских земаља које нису чланице ЕУ) и Директиве ЕУ о правној заштити рачунарских програма.

Значај првог документа је у томе што је одредбом члана 52. став 2. тачка ц, изричито предвиђено да се рачунарски програми не сматрају проналасцима у смислу патентног права, што је омогућило да се правна заштита уреди прописима ауторског права.

Значај другог документа, тј. Директиве ЕУ о правној заштити рачунарских програма, је у томе што је њоме јасно одређено да рачунарски програм ужива ауторскоправну заштиту као *ауторско књижевно дело, под условом да представља оригиналну духовну форму*.

Према наведеној Директиви, носилац ауторског права на рачунарском програму је његов стваралац (аутор програма). Међутим, ако је рачунарски програм створен у радном односу, носилац искључивих имовинскоправних овлашћења је послодавац (иста правила важе и за друга ауторска дела створена у радном односу), док морална овлашћења припадају аутору програма.

Према одредбама наведене Директиве, аутор рачунарског програма има искључива овлашћења да другоме дозволи или забрани искоришћавање његове творевине. Међутим, због специфичне врсте ауторског дела (намењено је првенствено искоришћавању од стране законитог имаоца програма), Директивом су прописана одређена ограничења ауторског права у корист законитог имаоца рачунарског програма. Тако лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма може, без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде, да: *а/смешта програм у меморију рачунара и пушта програм у рад; б/отклања грешке у програму и да врши друге неопходне измене у њему, које су у складу са његовом сврхом; в/направи један резервни примерак на трајном телесном носачу; г/изврши декомпилацију програма у циљу превођења из његовог дигиталног формата у одређени програмски језик*. Ове радње може извршити лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, или стручно лице које ради по његовом налогу. Када је реч о државама које нису чланице ЕУ, Директива је послужила као покретач да се законски уреди ауторскоправна заштита рачунарских програма.

Од осталих Директива посебно треба истаћи Директиву о хармонизацији рока трајања ауторског права и одређених сродних права,

Директиву о праву слеђења у корист аутора оригиналног примерка дела ликовне уметности и Директиву о правној заштити база података.

Првом Директивом, рок трајања имовинскоправних овлашћења аутора у државама чланицама утврђен је за живота аутора и 70 година после његове смрти, што представља значајно продужење у односу на владајуће правило према коме тај рок износи 50 година. Када је реч о коауторским делима, рок трајања се рачуна од смрти последњег коаутора. Због специфичног коауторског односа, код филмског дела Директивом је предвиђено да је главни режисер свакако један од коаутора филмског дела, док је државама чланицама остављено да пропишу која се још лица сматрају коауторима филмског дела. Према прописима ауторског права већине земаља, данас су то још и писац сценарија, главни сниматељ, а условно и главни аниматор уколико је у питању цртани филм, и композитор уколико је музика битан елемент филмског дела и уколико је компонована за тај филм.

Другом Директивом установљено је посебно право релативног дејства у корист аутора *оригиналног примерка дела ликовне уметности* (право слеђења) које се састоји из два овлашћења: да од власника (купца) оригиналног примерка дела ликовне уметности, који прода такав примерак дела, буде обавештен о имену новог стицаоца и да потражује (оствари) право на накнаду одређеног износа од продајне цене.

Висина накнаде одређена је процентуално од продајне цене оригиналног примерка дела ликовне уметности и она се креће од 0,25% до 4%, при чему се проценат од 0,25% примењује за дела ликовне уметности вредности преко 500.000 евра, а за дела ликовне уметности до 500.000 евра, стопа варира од 0,5%, до 4%.

Директивом о правној заштити база података уводи се ново *sui generis* право, сродно ауторском праву.

Према Директиви, база података као предмет заштите је збирка независних дела, података или других материјала, сређених на неки систематичан или методичан начин, којима може појединачно да се приступи електронским или неким другим путем.

Заштита базе података се може остварити по два основа: по основу ауторског права, уколико база података по садржини и систематици представља ауторову оригиналну интелектуалну творевину, или као право сродно ауторском праву, уколико база података није оригинална духовна творевина физичког лица већ се покаже да је било квалитативног и квантитативног улагања у добијању, верификацији или презентирању садржине базе података, од стране субјекта стварања (правног или физичког лица).

Ствараоцу базе података призната су искључива права да другоме дозволи или забрани: умножавање базе података било којим средствима, за било које намене, у целини или у деловима; стављање у промет и давање у закуп примерака целе базе података или њених делова; повезивање на рачунарску мрежу и сваки други облик јавног саопштавања базе података.

3. Мере за поштовање права интелектуалне својине

У циљу предузимања одговарајућих мера ради ефикасније заштите права интелектуалне својине земље чланице ЕУ усвојиле су посебну *Директиву о спровођењу права интелектуалне својине*.²⁷

Директива је усвојена 2004. године, и представља испуњење обавеза које су државе чланице а и сама ЕУ преузеле потписивањем TRIPS. Поље примене ове директиве дефинисано је на најшири могући начин, како би била обухваћена сва права интелектуалне својине. Поред тога, државама чланицама остављена је могућност да прошире њену примену и на акте који представљају дела нелојалне конкуренције којима се повређују права интелектуалне својине.

Директива предвиђа мере, поступке и правила о накнади штете које су државе чланице дужне да инкорпоришу у своја национална законодавства у циљу поштовања (заштите) права интелектуалне својине.

Поступци и накнаде предвиђени националним законодавством морају да буду законити и правични (чл. 3). Поступци не смеју бити компликовани и прескупии а рокови не смеју бити неразумни (предуги). Такође, мере, поступци и правила о накнади штете морају бити такви да утичу одвраћајуће од повреде права интелектуалне својине, а истовремено морају бити такви да се избегне стварање препрека у трговини.

Мере за заштиту права интелектуалне својине могу захтевати носиоци права интелектуалне својине према националном законодавству али и стипендијаци лиценце у мери у којој је то дозвољено националним законодавством (стипендијаци искључиве лиценце), организације за колективно остваривање права интелектуалне својине као и професионалне организације којима је признато право да заступају носиоце права интелектуалне својине.

Државе чланице треба да предвиде да, на захтев стране која је доставила поуздане доказе да се код друге стране налазе докази о повреди права интелектуалне својине значајни за вођење поступка, судски органи могу наредити другој страни да достави те доказе поштујући правила о заштити поверљивих података. Такве мере могу бити, на пример: детаљан опис спорне робе, депоновање узорака или стварно одузимање робе, а у оправданим случајевима и материјала и инструмената који су коришћени за производњу или дистрибуцију робе као и релевантна документа. Захтев се може поставити и пре подношења тужбе уз услов да се тужба поднесе у року који не може бити дужи од 20 радних или 31 календарски дан. Ако се тужба не поднесе у остављеном року, привремене мере могу бити укинуте, или ће престати да производе правна

²⁷ Directive No 2004/48 EC of the European Parliament and of Council of 2. on the Enforcement of intellectual property rights, OJ L, 157, 30. 4. 2004.

дејства за туженог. Ове мере могу бити условљене тиме да тужилац положи одређени износ, на име кауције, из кога би се туженом надокнадила штета у случају да се покаже да су наложене мере биле неоправдане.

Поред накнаде штете, судски органи могу, на захтев заинтересоване стране, наложити одговарајуће мере као што је дефинитивно повлачење из промета или уништење робе за коју је утврђено да се њеном производњом или њеним прометом повређују права интелектуалне својине. Мере које се у том случају предузимају падају на терет туженог. Ипак, имајући у виду да су у питању најрадикалније мере, државе чланице треба да пропишу правила да судски органи воде рачуна о пропорционалности између тежине повреде и наложених мера.

Државе чланице могу националним законодавством предвидети да се уместо наведених мера оштећеном лицу плати новчана накнада, под условом да лице које је извршило повреду права није то учинило намерно или нехатно, и под условом да би извршење напред наведених мера за њега представљало велику штету. Уколико је повредом права интелектуалне својине, носиоцу права нанета штета, а да је при том штетник то знао или могао знати, носиоцу права у том случају припада право на накнаду штете у пуном износу (стварна штета) и измакла добит, при чему судски органи узимају у обзир користи које је остварио тужени и штету коју је претрпео носилац права интелектуалне својине. За ситуацију када штетник није знао или није могао знати да одређеним радњама чини повреду права интелектуалне својине, државе чланице могу предвидети да судски органи у том случају могу наредити исплату накнаде коју би оштећени реално могао остварити.

4. Усклађеност прописа Републике Србије о заштити права интелектуалне својине са регулативом ЕУ

У последње време у прилици смо да се скоро на сваком значајнијем научном или стручном, скупу из било које области сусрећемо са терминологијом о потреби хармонизације наших прописа са прописима ЕУ. Такође овом питању је у последњих неколико година био посвећен велики број научних скупова из области правних наука а то се и данас чини. Неопходност хармонизације прописа са правом ЕУ нарочито је присутна у државама које претендују да постану чланице ЕУ у које свакако спадају и све новонастале државе са простора бивше СФРЈ. То је и разумљиво имајући у виду да је хармонизација прописа са правом ЕУ један од основних услова за чланство у ову очигледно примамљиву и моћну регионалну организацију. Међутим, поред хармонизације у оквиру ЕУ ствара се и унификација прописа, с тим што овај други процес, као што се из напред изложеног може видети, иде знатно спорије. Но, без обзира на то што је хармонизација прописа превасходно услов за чланство у ЕУ, очигледно је да усвојени акти у оквиру ЕУ представљају добру основу да се у националне прописе уграде сва

она решења која су очигледно добра без обзира на то када ће одређена држава постати чланица ЕУ. Ова констатација најбоље се уочава на активностима које су се у последњих неколико година одвијале на усвајању прописа о заштити права интелектуалне својине у Србији. Томе су свакако допринеле и друге околности а на само одређење Србије (раније СРЈ и СЦГ) да постане пуноправни члан ЕУ.

Наиме, у последњих неколико година кривотворење и пиратерија у Србији имали су озбиљне последице на привредна кретања, укључујући и смрт неколико лица. Јавности је познато да је почетком 1998. године у Србији од ракије означене као „Лозовача“ (лажном ознаком) произведене у предузећу „Зоза“ из Ниша од метил-алкохола намењеног хемијској индустрији умрло 43 лица, а код више десетина лица дошло је до нарушавања здравља.

Током 2002. године у Београду је само у једном дану у једном погону за производњу пиратских дискова извршена заплена 750 000 пиратских дискова, што је представљало једну од највећих заплена пиратских дискова икада извршених у Европи. Штета коју су претрпели разни носиоци права (аутори текстова, композитори, интерпретатори, произвођачи фонограма) процењена је на око 14 милиона долара, а наша земља је на име пореза оштећена за око 1,5 милиона долара.²⁸

Ако је за настанак ових последица као узрок означен недостатак прописа, данас се то не би могло рећи. Наиме, иако је 1995.²⁹ и 1998.³⁰ године у тадашњој СРЈ усвојен сет закона који уређују заштиту права интелектуалне својине, решења која су била садржана у тим прописима нису била усклађена са регулативом ЕУ. Зато се током 2004,³¹ 2005³² и 2006.³³ године, приступило усвајању нових прописа који заштиту и остваривање права интелектуалне својине уређују у свему у складу са решењима усвојеним у ЕУ и решењима садржаним у TRIPS, као најзначајнијем међународном акту који уређује заштиту права интелектуалне својине. На тај начин право интелектуалне својине у Србији скоро у потпуности је усклађено са одредбама правила ЕУ и одредбама TRIPS.

Што се тиче анализираних аката Европске уније, највећи утицај имало је правило о царинским мерама са робом којом се повређују права

²⁸ Милан Гајовић, „Недостатак прописа штити пирате“, Политика, 13. јул 2002.

²⁹ Закон о патентима; Закон о жиговима; Закон о моделима и узорцима; Закон о заштити ознака географског порекла.- Сл. лист СРЈ 15/95.

³⁰ Закон о ауторском и сродним правима; Закон о заштити топографија интегрисаних кола.- Сл. лист СРЈ 24/98.

³¹ Закон о патентима.- Сл. лист СЦГ 32/2004; Закон о жиговима; Закон о правној заштити дизајна; Закон о заштити топографија интегрисаних кола.- Сл. лист СЦГ 61/2004.

³² Кривични законик Србије.-Службени гласник РС, бр. 85/2005, исправка у бр. 88/2005.

³³ Закон о заштити ознака географског порекла.- Сл. лист СЦГ 20/2006; Закон о посебним овлашћењима ради ефикасније заштите права интелектуалне својине.- Сл. гласник РС46/2006.

интелектуалне својине, по чијем је узору у Царински закон Србије³⁴ унета посебна глава (*Глава VI Мере за заштиту права интелектуалне својине на граници*), којима се први пут ова материја уређује царинским прописима, и то у потпуности у складу са решењима садржаним у наведеном правилу ЕУ и одредбама чл. 51-60. TRIPS.

Други, значајан акт који је такође представљао узор за решења у погледу адекватне заштите права интелектуалне својине у Србији је Директива о спровођењу права интелектуалне својине, по чијем узору су у прописе о заштити права интелектуалне својине у Србији унета скоро сва решења у циљу што ефикасније заштите и остваривања права интелектуалне својине.

³⁴ Службени гласник РС, бр. 61/2005.

Prof. Zoran Miladinović, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac

**PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
IN THE EUROPEAN UNION**
-The Current Situation and Perspectives-

Summary

In this paper, the author discusses the current situation regarding the legal protection of intellectual property rights in EU and the perspectives of their further legal regulation within the EU. The author specifies that the legal protection of intellectual property rights in the EU has been developing in two directions: towards creating supranational regulations to be applied in the Community and towards harmonizing the national regulations of the member states. Due to the current difficulties in enacting the supranational regulations for the protection of intellectual property rights, the unification process has just started whereas the process of harmonizing the national legislations has gone significantly farther. However, considering the importance the intellectual property law has been given in the EU, further activities will certainly be aimed at creating the supranational legislation in this field. In the final part of the paper, the author points out that the adopted legal solutions on the protection of intellectual property rights in the EU have largely influenced the adoption of relevant regulations on intellectual property rights in the Republic of Serbia. The author concludes that the national legislation on intellectual property rights almost fully complies with the EU regulations.

Key words: Intellectual property, copyright and respective rights, industrial property rights, EU Regulation; Rules and Directives.

UDK: 336.711(4-672EU)

Др Љубица Николић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

ЕВРОПСКА ЦЕНТРАЛНА БАНКА – НАСТАНАК И УЛОГА*

***Апстракт:** У раду је приказан историјат Европске централне банке, најзначајније финансијске институције Европске уније. Посебна пажња је посвећена објашњењу њене организације, као и надлежности. Европска централна банка одговорна је за стабилност евра. Она дефинише монетарну политику Европске уније. Европски систем централних банака сачињавају Европска централна банка и националне централне банке држава чланица монетарне уније. Најважнији, и најутицајнији, део овога система чини Европска централна банка. Националне централне банке имају обавезу да поступају у складу са смерницама и упутствима Европске централне банке. Народна банка Србије потписала је са Европском централном банком, Меморандум о разумевању и Протокол о сарадњи. Тиме је Народна банка Србије кренула да усклађује свој рад, са правилима рада Европског система централних банака.*

***Кључне речи:** Европска централна банка, Европски систем централних банака, монетарна политика, евро.*

Увод

Европска централна банка јесте институција, која је надлежна за монетарну политику Европске уније. Формирана је на основу Уговора из Маастрихта. Уговором у Маастрихту, 7. фебруара 1992. године, донета је одлука о стварању Економске и монетарне уније, и увођењу јединствене валуте, најкасније 1. јануара 1999. године. Реализацијом овога циља, државе чланице, које су се определиле за евро, изгубиле су своје основне надлежности у области монетарне политике, које од тада врши Европска Заједница. Општа економска политика остала је у надлежности држава чланица, уз обавезу усклађивања, и уз одређено смањење слободе спровођења. Националним економијама држава чланица Европске Заједнице наметнуте су обавезе, које се односе на борбу против инфлације и великог јавног дуга, као и обавеза одржавања стабилности валуте.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Стварање Монетарне Уније остварено је са циљем: олакшавања трговинских односа између земаља чланица; смањивања зависности Европе од долара; јачања утицаја Европске уније у међународним монетарним институцијама; отклањања трошкова привредних субјеката, везаних за конверзију валута, и управљање курсним разликама; једноставнијег кретања капитала; као и олакшавања спровођења економске и монетарне политике Европске уније.

У периоду увођења јединствене валуте, евра, установљене су две институције: Европски систем централних банака (European System of Central Banks – ESCB), који нема својство правног лица, и Европска централна банка (European Central Bank – ECB), која је комунитарни орган. Ове институције, почеле су са радом јануара 1999. године. Њихов Статут усвојен је у оквиру једног Протокола, у анексу Уговора у Мастрихту о Европској заједници. Првог јануара 1994. године установљена је привремена институција, под називом Европски монетарни институт, чији је циљ био припремање услова за формирање монетарне уније, а који је престао да постоји након оснивања Европске централне банке, која је преузела његове функције.

1. Настанак Европске централне банке

Оснивање Европске централне банке предвиђено је Уговором из Мастрихта, и то за последњу, трећу фазу, успостављања економске и монетарне уније.

У првој фази, која је трајала од 1990. до 1993. године, вршене су припреме за стварање монетарне уније, и у том периоду је омогућено слободно кретање капитала између држава чланице Европске заједнице. Сарадња између централних банака држава чланица, успостављена је преко Комитета гувернера националних централних банака, као и Европског фонда за монетарну сарадњу. Ове институције заменио је Европски монетарни институт, који је основан на почетку друге фазе стварања монетарне уније, чији је основни циљ био јачање сарадње националних централних банака, као и усклађивање монетарне политике држава чланица.

Друга фаза стварања монетарне уније трајала је од 1994. до 1998. године, у којој су извршене коначне припреме за последњу, трећу, фазу. У овом периоду, државе чланице Европске заједнице, биле су у обавези да спроведе политику борбе против високе инфлације и високог јавног дуга, а у циљу стабилизације својих државних финансија. Државе чланице су, такође, преузеле обавезу да предузимају мере против растућег буџетског дефицита, као и да обезбеде самосталност националних централних банака. Основне функције Европског монетарног института биле су (члан 117. Уговора о ЕЗ): јачање сарадње између националних централних банака; усклађивање монетарних политика држава чланица, како би се омогућила стабилност цена;

контрола над функционисањем Европског монетарног система; консултације о питањима из надлежности националних централних банака, која утичу на стабилност финансијских институција и тржишта; преузимање функција Европског фонда за монетарну сарадњу; као и стварање других предуслова за стварање монетарне уније. Овај институт имао је својство правног лица, и располагао је сопственим финансијским средствима, формираних од прилога централних банака држава чланица.

Европска централна банка основана је 30. јуна 1998. године, чиме је престала функција Европског монетарног института, одлуком шефова држава и влада Европске заједнице о формирању Економске и монетарне уније. Ова институција има статус комунитарне институције, а конституисана је на основу Уговора о оснивању Европске заједнице (члан 8, и 105-124 Уговора о ЕЗ), као и Протокола бр. 18 овога Уговора о Статуту Европског система централних банака и Европске централне банке.

Трећа, завршна, фаза успостављања монетарне уније, започела је 1. јануара 1999. године, са почетком рада Европске централне банке. Европска централна банка преузела је све надлежности утврђене Уговором о ЕЗ, према државама чланицама које су увеле евро. Државе чланице Европске уније, које су увеле евро, препустиле су свој суверенитет у вођењу монетарне политике Европској централној банци. Тиме је Европска централна банка преузела централну улогу у утврђивању и спровођењу монетарне политике Европске уније. Седиште Европске централне банке налази се у Франкфурту. У овој институцији је запослено преко 1.000 службеника.

Основни циљеви Европске централне банке јесу: гаранција стабилности цена; као и омогућавање остваривања опште економске политике Европске заједнице, под условом да се тиме не угрожава стабилност цена. Ради остваривања споменутих циљева, Европска централна банка доноси уредбе и одлуке, утврђује смернице, примењује одређене мере и заузима ставове. Европска централна банка и националне централне банке држава чланица Европске уније, заједно чине Европски систем централних банака.

Органи одлучивања у Европској централној банци јесу: Извршни одбор (Одбор директора), Савет гувернера и Генерални савет (Проширени савет). Извршни одбор Европске централне банке одлучује простом већином гласова, док Савет гувернера одлучује простом, а о појединим питањима, квалификованом већином гласова.

2. Основни задаци Европске централне банке

Европски систем централних банака формиран је у исто време када и Европска централна банка, јуна 1998. године. *Европска централна банка одговорна је за стабилност евра, док је Европски систем централних банака одговоран за монетарну политику Европске уније.*

Европски систем централних банака (ЕСЦБ) сачињавају Европска централна банка и националне централне банке држава чланица монетарне уније. Најважнији, и најутицајнији, део овога система чини Европска централна банка. Националне централне банке имају обавезу да поступају у складу са смерницама и упутствима Европске централне банке, и да јој достављају све потребне информације. Европским системом централних банака управљају органи одлучивања Европске централне банке. Његова основна функција је да дефинише и спроводи монетарну политику Европске уније, да врши девизне послове, да управља званичним девизним резервама држава чланица, и да унапређује несметано функционисање платног система. Ради обезбеђивања независности Европског система централних банака, члановима органа овога система забрањено је да траже или следе инструкције политичких власти (члан 7 Статута ЕСЦБ).

Све државе чланице монетарне уније имају обавезу да ускладе своје национално законодавство са прописима и циљевима Европског система централних банака (члан 109. Уговора о ЕЗ). Статути националних централних банака треба да садрже посебне одредбе о заштити независности гувернера. Мандат гувернера не сме да буде краћи од пет година. Гувернер може бити разрешен, само ако више не испуњава услове за обављање те дужности или у случају озбиљне грешке почињене у раду. Смењени гувернер, и Савет гувернера Европске централне банке, могу се обратити Суду правде са захтевом за оцену законитости одлуке о разрешењу. Рок за подношење овога захтева јесте два месеца од објављивања, или достављања одлуке, (члан 14. став 2 Статута). На овај начин Суду правде се даје право да контролише законитост националних правних аката.

Европска централна банка (ЕЦБ) јесте независна институција, у односу на владе држава чланица Европске уније и комунитарне институције. Као и националне централне банке, Европска централна банка има својство правног лица, и поседује сопствени капитал и средства. Надлежност Европске централне банке дефинисана је оснивачким Уговором о Европској заједници и Статутом. Њена основна функција састоји се у утврђивању и спровођењу монетарне политике Европске уније, и очувању стабилности евра. Европска централна банка има искључиво право да одобрава издавање евра унутар Европске уније. Њен основни циљ јесте одржавање стабилности цена. За остваривање овога циља, она користи различите инструменте, како би се избегли ризици од инфлације (члан 105. став 1. Уговора о ЕЗ). Европска централна банка за циљ има и подржавање опште економске политике у Европској унији, у складу са принципом тржишне економије и слободне конкуренције. Она је, такође, надлежна и за одређивање висине каматних стопа у зони евра, као и за управљање девизним пословањем. Поред тога, Европска централна банка има право да доноси акте, у области своје надлежности, да врши контролу кредитних институција, као и да подноси тужбе Суду правде Европске уније.

Националне централне банке монетарне уније, морају се понашати у складу са смерницама и инструкцијама Европске централне банке. Европска централна банка издаје мишљења и препоруке. Она, такође, доноси одлуке и уредбе, над којима контролу врши комунитарни судија. Уредбе Европске централне банке обавезују, у целости, и непосредно се примењују у свим државама чланицама. Одлуке Европске централне банке обавезујуће су само за оне на које се односе, док су препоруке и мишљења правно необавезујући акти. Европска централна банка, такође, је овлашћена да, у границама и под условима које одреди Савет, изриче новчане казне, и друге финансијске санкције, лицима која не поштују њене уредбе и одлуке (члан 110. Уговора о ЕЗ и 34. Статута).

Европска централна банка може поднети тужбу Суду правде Европске уније, против националне централне банке која не извршава обавезе, предвиђене оснивачким Уговором о Европској заједници и Статутом Европског система централних банака. Пре подношења тужбе, Европска централна банка мора националној централној банци, упутити образложено мишљење и оставити рок у коме по њему треба да поступи (члан 237. Уговора о ЕЗ и члан 35. Статута). Осим тога, Европска централна банка има право на тужбу, ради оцене законитости аката обавезујућег карактера, које доносе други органи Европске уније, уколико се они дотичу и њене надлежности. С друге стране, акти које доноси Европска централна банка подлежу, такође, контроли законитости, те се и против њих може поднети тужба Суду правде (члан 230. Уговора о ЕЗ).

Поред споменутог, Европска централна банка има право да буде консултована у вези са свим предлозима правних аката Европске уније, и свим предлозима националних закона чланица Уније, из области њене надлежности. С друге стране, Европска централна банка има обавезу да подноси детаљне извештаје о својим активностима, поред годишњег извештаја, она објављује и месечне извештаје. Чланови Извршног одбора Европске централне банке, могу пружати савете надлежном одбору Европског парламента, односно, могу пред њим говорити на властиту иницијативу. Парламент, осим тога, може одржати пленарну расправу о годишњем извештају Европске централне банке.

Европска централна банка има искључиво овлашћење да одлучује о издавању евра, у оквиру монетарне уније, а саму емисију може вршити како Европска централна банка, тако и националне централне банке. У области међународне сарадње, Европска централна банка одлучује о начину представљања Европског система централних банака. Овлашћена је да, заједно са националним централним банкама, учествује у раду међународних монетарних институција, а може да успоставља односе са централним банкама и финансијским институцијама трећих држава, као и са међународним организацијама.

Уговором у Маастрихту о Европској унији, није прецизирана пожељна стопа инфлације у Европској унији, али је Европска централна банка преузела стопу коју, више година, одржавају немачка и француска централна банка, а то је до 2 % годишње. Другим речима, Европска централна банка сматра да су цене стабилне, уколико њихово повећање не прелази 2 % годишње.

Европска централна банка успоставила је систем обавезних резерви унутар зоне евра, а европске банке, држава чланица монетарне уније, имају обавезу да јој повере између 1,5 % и 2,5 % висине улога. Политика је Европске централне банке да не интервенише у случају, када једна држава чланица западне у кризу, која само њу погађа (нпр. због прекомерног повећања плата).

Обавеза је Европске централне банке да подноси годишњи извештај о активностима Европског система централних банака, и о монетарној политици за претходну и текућу годину Европском парламенту, Савету и Комисији, као и Европском савету. Председник Европске централне банке подноси извештај Савету и Парламенту, који у вези са тим могу одржати општу дебату (члан 113. Уговора о ЕЗ). Поред тога, Европска централна банка недељно објављује консолидовани финансијски извештај, као и извештај о активностима Европског система централних банака најмање свака три месеца (члан 15. Статута).

3. Органи одлучивања Европске централне банке

Органи одлучивања Европске централне банке јесу: Извршни одбор и Савет гувернера (члан 107. став 3. Уговора о ЕЗ). Поред њих, формиран је Генерални (проширени) савет, као прелазни орган, с обзиром на то да све државе чланице Европске уније нису укључене у монетарну унију, односно нису увеле евро (члан 45. Статута). Економски и финансијски комитет има саветодавни карактер (члан 114. ставови 2-4 Уговора о ЕЗ). Постоји и Савет евра (Еврогрупа) који делује на неформалној основи.

Извршни одбор (Одбор директора) Европске централне банке чине председник, потпредседник и четири члана, које споразумно именују владе држава чланица, одлуком на нивоу шефова држава и влада, и то након консултација са Европским парламентом и Саветом гувернера Европске централне банке (члан 112. Уговора о ЕЗ). Чланови Извршног одбора морају бити држављани државе чланице Европске уније, а бирају се из редова лица са признатим ауторитетом и професионалним искуством, у банкарској или монетарној области. Њихов мандат траје осам година, без могућности реизбора, што појачава њихову независност.

Основни задатак Извршног одбора јесте руковођење Европском централном банком. Он спроводи монетарну политику, у складу са

смерницама и одлукама које доноси Савет гувернера, и даје неопходне инструкције националним централним банкама. На овај орган Савет гувернера може пренети и друга овлашћења. Поред тога, Извршни одбор одговоран је за припрему састанака Савета гувернера (члан 12. Статута). Сваки члан Извршног одбора располаже једним гласом, а одлуке се доносе обичном већином гласова. У случају једнаког броја гласова, глас председника је одлучујући.

Председник Извршног одбора председава Саветом гувернера. У исто време, он је председник Европске централне банке и Европског система централних банака.

Савет гувернера Европске централне банке чине чланови Извршног одбора Европске централне банке, гувернери националних централних банака држава чланица Европске уније, које су увеле евро (сваки члан има један глас), као и, без права гласа, председник Ецофин савета (Савет министара економије и финансија) и један члан Комисије. Савет гувернера јесте управни орган, који се састаје најмање десет пута годишње. Сваки члан Савета гувернера има један глас. Одлуке се доносе простом већином гласова присутних чланова, а у случају једнаког броја гласова, одлучује глас председника. Кворум за одлучивање чини присуство две трећине чланова. Чланови Савета гувернера морају гласати лично, осим уколико пословником није предвиђено гласање телекомуникационим путем. Истим актом може се дозволити члану, који је у дужем периоду спречен да учествује у гласању, да именује свог представника који ће га замењивати у Савету гувернера.

Посебан поступак гласања предвиђен је за одлуке које се односе на: капитал Европске централне банке, девизне резерве, расподелу монетарног прихода националних централних банака, као и поделу добити и покриће губитака Европске централне банке. У овом случају, примењује се систем пондерисаног гласања, при чему се гласови чланова Савета гувернера одређују према учешћу националних централних банака у оснивачком капиталу Европске централне банке, док чланови Извршног одбора немају право гласа. За доношење одлуке потребна је квалификована већина гласова чланица, које поседују најмање две трећине уписаног капитала у Европској централној банци, и половину акционара (члан 10. Статута).

Због проширења Европске уније, Савет гувернера је донео одлуку, коју су ратификовале све државе чланице, којом је измењен начин одлучивања у Савету гувернера, од момента повећања броја гувернера на број већи од петнаест. Ова одлука је ступила на снагу 1. јуна 2004. године. Задржавајући правило да сваки члан Савета гувернера има један глас, одлука предвиђа поделу на групе гувернера, према економској снази и значају њихових држава, као и сложен систем ротације гласова између ових група.

Савет гувернера Европске централне банке представља у Европском систему централних банака највиши орган одлучивања, који дефинише

монетарну политику Европске уније. Он утврђује смернице, доноси одлуке и уредбе, и предузима неопходне мере за испуњавање задатака који су, у складу са Уговором о Европској унији, пренети на Европски систем централних банака. Савет гувернера доноси одлуке које се односе на средњорочне циљеве монетарне политике, висину основних каматних стопа и монетарне резерве (члан 12. Статута). Поред тога, њему су поверене саветодавне функције и одлучивање о међународној сарадњи (чланови 4 и 6 Статута).

Генерални савет (Проширени савет) Европске централне банке јесте управни орган кога чине, за разлику од Савета гувернера, гувернери националних централних банака свих земаља чланица Европске уније, чланови Извршног одбора који, међутим, осим председника и потпредседника, немају право гласа. Овај орган је створен као прелазни орган, имајући у виду чињеницу да све државе чланице Европске уније нису увеле јединствену валуту евро. Генерални савет Европске централне банке нема право одлучивања у области монетарне политике. Он има консултативну улогу. Задужен је да испитује ситуацију у земљама чланицама, које не испуњавају економске и финансијске услове, који се захтевају за увођење евра. О својим запажањима доставља извештај Савету гувернера.

Напоменимо још једном. Извршни одбор увек, а Савет гувернера Европске централне банке, углавном може одлучивати простом већином гласова (у случају једнаког броја гласова, одлучујући је глас председника). Уколико је реч о статусу националних централних банака, као сувласника капитала Европске централне банке, Савет Европске централне банке одлучује квалификованом већином гласова, при чему се гласови вреднују према уписаном капиталу Европске централне банке. Извршни одбор, у том случају, нема право гласа (члан 10. Статута ЕЦБ).

Економски и финансијски комитет јесте саветодавни орган, који је заменио Монетарни комитет, распуштен на почетку треће фазе монетарне уније. Свака држава чланица Европске уније, Комисија и Европска централна банка, именују по два своја представника у овај орган. Његов основни задатак јесте праћење економске и финансијске ситуације у државама чланицама, као и Унији, и да о томе доставља извештај Савету и Комисији, посебно о финансијским односима са трећим земљама и међународним институцијама. Поред тога, задужен је да припрема састанке Савета министара финансија, и да најмање једном годишње приступи испитивању стања у области кретања капитала и слободе плаћања (члан 114. ставови 2-4 Уговора о ЕЗ).

Савет евра није предвиђен као посебан орган оснивачким уговорима, већ представља неформални облик окупљања министара финансија држава чланица, које су увеле евро. Овај савет се састаје сваког месеца, пре састанка Савета министара финансија и економије. У његовом раду могу учествовати и представници Комисије и Европске централне банке. С обзиром на то, да постоји без правног основа, Савет евра не доноси никакве одлуке, већ се у

оквиру ове неформалне групе само размењују мишљења о питањима везаним за јединствену валуту, припрему буџета и усклађивање макро-економских политика земаља чланица евро зоне.

4. Независност Европске централне банке

Европска централна банка сматра се најнезависнијом, у односу на све остале централне банке у свету. Независнијом чак и од централне банке Немачке (Бундесбанке), која је пре оснивања Европске централне банке, а заједно с националном банком Швајцарске, важила за најнезависнију централну банку у свету. Европска централна банка је независна и у погледу инструмената, и у погледу циљева, како од Европске уније тако и од националних влада, и има потпуну контролу над монетарном политиком.

Овлашћења Европске централне банке не могу се мењати законом, већ само ревизијом Мастрихт уговора, што је веома сложен процес, с обзиром на то да би сви потписници овога уговора морали с тим да се сложе. Протеклих година уочен је тренд повећања независности централних банака у свету, с обзиром на то да, пракса потврђује, независније централне банке креирају бољу монетарну политику.

Концепт Евросистема је да, ни Европска централна банка, нити националне централне банке у еврозони, не дозвољавају никаква политичка мешања у монетарну политику. Европска централна банка ужива пуну независност, у односу на владе држава чланица монетарне уније, и органе Заједнице. Њени руководиоци и службеници не смеју тражити, нити примати, упутства од влада држава чланица, органа Заједнице, нити од било ког другог органа или тела, у вези са вршењем својих задатака и обавеза. Државе чланице и комунитарни органи, такође, имају обавезу да не врше такав утицај (члан 108. Уговора о ЕЗ и члан 7 Статута). Европска централна банка поседује сопствени капитал, средства и изворе прихода. Њен капитал чине средства, која су уложиле националне централне банке држава чланица, чији износ зависи од величине бруто националног производа и броја становника (члан 28. и 29. Статута).

Независност Европске централне банке посебно је заштићена одредбама Уговора о ЕЗ и Статута Европске централне банке. Тако, ни Европска централна банка, нити чланови органа одлучивања Европске централне банке, не смеју примати директиве. Европска централна банка има право на тужбу, пред Европским судом правде (члан 232. Уговора о ЕЗ), има властити буџет, и само у погледу ефикасног улагања средстава, подлеже надзору Европске ревизионе контроле (члан 27. и 35. Статута ЕЦБ).

Европска централна банка није у свим областима монетарне политике једина одлучујућа институција. За политику курса, и политику привредних односа са иностранством, Европска централна банка је одговорна заједно са Ецофином. Савет Ецофина (Савет министара економије и финансија), осим

тога, јесте централни орган одлучивања у области Пакта стабилности и раста, и за спречавање превеликих јавних дефицита (члан 104. Уговора о ЕЗ).

Године 1999, формиран је Комитет за спољни надзор, чији је задатак борба против преварних радњи у Европској централној банци, као и обезбеђивање веће транспарентности, ефикасности и одговорности. Овај Комитет сарађује са Службом за борбу против злоупотреба (OLAF – Office de lutte anti-fraude), која гарантује заштиту финансијских интереса Европске уније, и врши истраге у случају сумње о постојању злоупотребе буџета.

5. Народна банка Србије и Европска централна банка

Народна банка Србије потписала је са Европском централном банком, Меморандум о разумевању и Протокол о сарадњи. Тиме је Народна банка Србије кренула да усклађује свој рад, са правилима рада Европског система централних банака.

Потписивање Протокола о сарадњи, означава почетак реализације пројекта *Анализа потреба Народне банке Србије*, чији је циљ утврђивање корака, које наша централна банка треба да предузме, да би постигла стандарде Европског система централних банака. Овај пројекат спроводи Европска централна банка, у сарадњи са 17 централних банака земаља чланица Европске уније, а његов циљ јесте одређивање области, у којима би Народна банка Србије могла да унапреди свој рад. Другим речима, утврдиће се области које би се, применом нових прописа или политике, усвајањем одговарајуће праксе или спровођењем обуке запослених, могле унапредити, током следећих неколико година. Анализа обухвата шест области: 1) контролу банака; 2) усклађивање прописа који се односе на Народну банку Србије са законодавством Европске уније; 3) либерализацију кретања капитала; 4) спровођење монетарне политике и режима девизног курса; 5) монетарну, финансијску и платно-билансну статистику; и 6) заштиту корисника финансијских услуга. За финансирање овог пројекта, Европска унија је наменила средства у износу од 400.000 евра, из Програма Заједнице за реконструкцију, развој и стабилизацију (CARDS). Један од приоритета Србије за улазак у Европску унију јесте вођење монетарне политике у циљу стабилности цена и смањења инфлације.

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE EUROPEAN CENTRAL BANK

– Establishment and Role –

Summary

In this paper, the author reviews the history of the European Central Bank, the most significant financial institution of the European Union, with special reference to its organization, competences and jurisdiction. The European Central Bank is the institution which defines the monetary policy of the European Union. It is also responsible for the stability of the European currency (Euro). The European System of Central Banks (ESCB) includes the European Central Bank and the national central banks of the Member States which have entered the monetary union. The European Central Bank is the most significant and the most influential part of this system. National central banks are obliged to act in compliance with the guidelines and instructions of the European Central Bank. The National Bank of Serbia has signed a Memorandum of Understanding and a Cooperation Protocol with the European Central Bank. Thus, the National Bank of Serbia has started the process of harmonizing its operation rules with the operation rules of the European System of Central Banks.

Key words: the European Central Bank, European System of Central Banks, monetary policy, the Euro

UDK: 366.542(4-672EU)

Др Милена Јовановић – Zattila, доцент
Правног факултета Универзитета у Нишу

КОДИФИКАЦИЈА ЕВРОПСКОГ ПРАВА ПОТРОШАЧА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОТРОШАЧКИ КРЕДИТ*

Апстракт: У овом раду аутор се бави проблемом кодификације права потрошача ЕУ и реалним препрекама које тај процес успоравају и доводе га у питање. Непостојање посебне правне основе, мањак законодавног концепта, проблеми надлежности само су нека од питања са којима је хармонизација права потрошача суочена од почетка и које указују на нужност реформе. С друге стране, тенденција европског законодавца да, под изговором нужне ревизије, покушава да прошири круг сопствених овлашћења на уштрб држава чланица само поларизује и продубљује постојеће проблеме. Стварање потпуно уједначеног европског права заштите потрошача постаје политичкоправно питање о потреби максималне хармонизације, уз очување правне разноликости и традиције држава чланица.

Кључне речи: *заштита потрошача, кодификација права потрошача ЕУ, максимална и минимална хармонизација, потрошачки кредит, Директива ЕУ о потрошачком кредиту, презадуженост.*

Уводне напомене

Свест о потреби заштите потрошача, у домену финансијских услуга¹ унутар ЕУ, постоји још од времена када се започело са размишљањем о потреби израде минималних правила која би регулисала потрошачке кредите. Као резултат, европско право дало је неколико директива које су данас

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Под финансијским услугама, сагласно Директиви о продаји (маркетингу) финансијских услуга на даљину, подразумева се „било која банкарска, кредитна или услуга осигуравајуће, пензијске, инвестиционе или платежне природе“. Види: *Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, OJ L 271/16 od 9.10.2002.

имплементирани у прописе држава чланица. Овим директивама штите се економски интереси потрошача. Најзначајнија од њих је Директива о уједначавању права држава чланица у погледу потрошачких кредита из 1987,² која је у два наврата претрпела измене³, а последња промена учињена је са намером постављања основа за једнаки обрачун ефективне каматне стопе.

Европска комисија је истицала да постоје велике разлике међу државама у погледу потрошачког кредита које угрожавају функционисање јединственог тржишта. Те разлике доводе до неуједначености у степену заштите потрошача и смањују могућност добијања кредита у другим државама. То даље води ограничавању слободе кретања роба и услуга које се купују на кредит, као и наметању неправичних услова у ове уговоре.

1. Хармонизација законодавства

Директива о потрошачком кредиту заснована је на предлогу Комисије из 1979. године, чија је намера била да постави заједнички оквир за потрошачке кредите, а касније и стварање заједничког кредитног тржишта.⁴ Ипак, као производ тог времена, увела је минимална заједничка правила о заштити потрошача кроз законе, регулативе и административне одредбе држава чланица које се односе на потрошачки кредит.⁵ Без обзира на чињеницу што је директива два пута ревидирана, изазвала је бројне критике.

Најзначајнија критика Директиве 87/102/ЕЕЗ је била да се тржиште, које је намеравала да регулише, знатно променило од њеног увођења у касним 80-им, што је имало за последицу “да изгледа као да не поштује трендове”.⁶ Друго, начелни став Европске комисије о примени Директиве 87/102/ЕЕЗ је да постоји потреба за законским мерама ради усклађивања области потрошачког кредита широм ЕУ.

Године 1997. сачињен је резиме на реакције и коментаре извештаја из 1995.⁷ који је подстакао Комисију да изведе закључак да Директива више не иде у корак са дешавањима на тржишту, због чега мора бити промењена.⁸ У

² *Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, OJ 1987 L 42/48.

³ Прва измена била је 1990. Види *Council Directive 90/88/EEC of 22 February 1990 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, OJ L 061, 10.03.1990; друга измена догодила се 1998 године. Види *Directive of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, OJ L 1.4.1998 101/17.

⁴ Види: *Consumer Credit rules for the 21st Century*, <http://europa.eu.int/rapid/start/egi/guestin.ksh>

⁵ Више о томе на адреси: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/132021.htm>

⁶ *Discussion paper for the amendment of Directive 87/102/EEC concerning consumer credit*, стр. 4.

⁷ European Commission, *Summary report of reactions and comments* COM (97) 465 final.

⁸ Communication from the Commission – Financial Services: *Enhancing consumer confidence* –

циљу решавања овог проблема одлучено је да се законски оквир преиспита како би се омогућило потрошачима потпуно коришћење јединственог тржишта. Измена Директиве требало је да избалансира права и обавезе даваоца и корисника кредита, како би се осигурао висок ниво заштите и прилагодио новим кредитним технологијама⁹. Нова директива потрошачког кредита је дуго била на списку “треба урадити” како би се изградило интерно тржиште финансијских услуга и побољшале могућности електронске трговине.¹⁰

Комисија је 11. септембра 2002. године усвојила предлог ревидиране Директиве потрошачког кредита, са циљем да се “промовише развој транспарентнијег и ефикаснијег тржишта са високим степеном заштите како би се кредитна понуда и потражња могле реализовати у бољим условима”.¹¹ Ипак, државе чланице нису једногласно подржале одредбе о усклађивању на нивоу Заједнице у вези потрошачког кредита, јер би то значило померање са минималне на терен максималне хармонизације.

2. Минимална versus максимална хармонизација

Већи број директива из домена заштите потрошача спада у тзв. директиве минималне хармонизације, што значи да допуштају националном законодавцу усвајање вишег степена заштите од оног прописаног директивом, кроз доношење сопствених националних прописа. Разноликост националних прописа држава чланица, настала као последица наведеног приступа, угрожава поверење потрошача у “прекограничну потрошњу” чиме је посредно угрожена и прекогранична трговина.¹² Тиме се доводи у питање успостављање и функционисање унутрашњег тржишта, као један од основних циљева хармонизације. Управо је то и главни разлог што, у последње време, институције ЕУ настоје да превазиђу проблем минималне хармонизације увођењем супротног принципа, који се огледа у усвајању директива које садрже максималан степен хармонизације од кога државе не могу одступити приликом њиховог преузимања у национално право.¹³

Follow-up to the Green Paper on Financial Services: Meeting consumer's expectations, COM (97) 309 final.

⁹ Чињеница је да све више потрошача користи банкарске и друге услуге приступајући Интернету. Упркос томе, потрошачи ЕУ још увек немају довољно поверења у Интернет тржиште. Кључни разлог је непостојање одговарајућег нивоа заједничких правила. Предлог Комисије указује на потребу усклађења и модернизације ове области, али остаје питање да ли усвојени закони могу да допринесу већој употреби онлајн капацитета.

¹⁰ Сагласно преамбули Директиве „финансијске услуге су због своје нетелесне природе изузетно погодне за продају на даљину.“

¹¹ *Discussion paper for the amendment of Directive 87/102/EEC concerning consumer credit*, стр. 2.

¹² Schulte-Nolke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M: *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, стр. 778, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm

¹³ Први пример директиве максималне хармонизације представља Директива у погледу

Како би се отклонили недостаци начела минималне хармонизације Комисија је предложила три могућности. Прва указује на замену начела минималне хармонизације максималном хармонизацијом, која би државама чланицама ускратила могућност доношења строжих националних прописа од оних предвиђених правилима ЕУ. Будући да је спровођење начела максималне хармонизације тешко оствариво у погледу готово свих аспеката права заштите потрошача, постојала би могућност примене клазуле узајамног признавања у делу нехармонизоване правне материје.¹⁴

Друга могућност предвиђа примену минималне хармонизације, али у комбинацији с клаузулом узајамног признавања.¹⁵ Државе чланице би задржале право доношења строжих прописа, али их не би могле примењивати на трговачка друштва из других држава чланица, уколико би се тиме угрозиле основне привредне слободе кретања робе и пружања услуга.

Трећа могућност, такође, полази од даље примене начела минималне хармонизације комбинујући је са начелом земље порекла. То би значило да државе чланице могу усвајати строже прописе о заштити потрошача, при чему би се на трговачка друштва из других држава чланица морале применити одредбе које важе у њиховој земљи порекла.¹⁶ Тако ће се нпр. на

потрошачких уговора о финансијским услугама склопљеним на даљину којом се мења Директива 90/619/ЕЕЦ и Директиве 97/7/ЕЗ и 98/27/ЕЗ (*Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, OJ L 271/16).

¹⁴ Commission Staff Working Paper: *Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf (9.10.2007).

¹⁵ Начело узајамног признавања први пут се уводи пресудом Европског суда правде (даље: ЕСП) *Cassis de Dijon* (предмет 120/78 од 20. фебруара 1979. године). Главни закључак произашао из овог спора је да се разлике између одредаба закона различитих држава чланица о трговини одређеним производима, а које представљају препреке слободној трговини (тзв. негативна хармонизација), морају прихватити уколико су нужне, а од општег су интереса. Одступање од начела једнакости изузетно је допуштено из разлога заштите јавног поретка, правичности трговинских трансакција, спровођења финансиског надзора, као и ради заштите потрошача. Поред поменутих изузетака, временом је придодата листа нових, међу којима су: заштита корисника услуга, лојална утакмица, заштита тржишта, заштита јавног поретка, заштита животне средине, и др. Ове нове разлоге уводила је судска пракса на темељу бројних пресуда из ове области. Види: Јовановић-Zattila, М., *Ограничавање слободне трговине и заштита потрошача*, Право и привреда 5-8/2007, стр. 697-698.

¹⁶ Oliver, P. & Jarvis, M., *Free Movement of Goods in the European Community, under Articles 28 to 30 of EC Treaty*, London, Sweet and Maxwell, 2003, стр. 290. Да би заштитио сопствене интересе потрошач мора бити упознат са производом који купује. То, између осталог, подразумева и доступност информација у вези са пореклом производа. Уколико је тај циљ остварен, на начин да се потрошач не доведе у заблуду или се направилно информише у вези са пореклом производа, не постоји могућност забране или ограничавања увоза одређеног производа користећи за основ заштиту потрошача. Више о томе: Јовановић-Zattila, М., *op.cit.*, стр. 701-702.

трговачко друштво регистровано у једној држави чланици, које се бави пружањем услуга у другој држави чланици примењивати право земље у којој оно има своје седиште. Могло би се догодити да домаћа трговачка друштва, услед строгих националних прописа у својој земљи, буду у горем положају од страних трговачких друштава на која би се примењивали блажи прописи њихове земље порекла. Недостатак таквог начина лежи у опасности намерног усвајања врло благих прописа од стране држава чланица, које би тиме подстицале извоз сопствених производа, а на штету иностраних тржишта, односно тржишта земље одредишта.

Различити ставови по питању примене одговарајућег степена хармонизације још више су поларизовали овај проблем. Док се Европски парламент залаже за минималну хармонизацију уз могућност примене клаузуле узајамног признавања, дотле већина удружења послодаваца подржава потпуну или циљану хармонизацију, уз напомену да не подржавају и стварање новог Европског грађанског закона за потрошачке уговоре. Насупрот њима, удружења за заштиту потрошача преферирају задржавање начела минималне хармонизације у комбинацији са “правом земље потрошача” у погледу нехармонизованих питања, како је то предвиђено чланом 5. Римске Конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе.¹⁷ Наиме, чланом 5. Конвенције прописује се да је за потрошачке уговоре меродавно право државе чланице у којој потрошач има стално боравиште.

Као врло проблематично показало се питање примене клаузуле о узајамном признавању у правним подручјима која не подлежу хармонизацији. У погледу овог питања мишљења су подељена, а не треба занемарити ни утицај који је имао чл. 5 Конвенције Рим I на саме учеснике. Они који се залажу за минималну хармонизацију начелно одбијају примену и клаузуле узајамног признавања и начела земље порекла, из страха од правне несигурности. Други које се, пак, залажу за максималну хармонизацију, у примени клаузуле о узајамном признавању на нехармонизована правна питања виде олакшање прекограничне трговине. Последица овакве разноликости лежи у недовољном разграничењу начела узајамног признања од начела земље порекла. Иако је учињен напор на том плану усвајањем Уредбе која ће помоћи при њиховом разграничењу,¹⁸ није се дошло до задовољавајућих одговора, па су начела остала и даље недефинисана, узрокујући многобројне проблеме везане за њихово разумевање и примену. Стога, државе чланице са високим степеном заштите потрошача страхују

¹⁷ *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (OJ L 266), закључена у Риму 19.06.1980.

¹⁸ Ради се о Уредби Европског парламента и Већа од 14. 02. 2007. о утврђивању поступка у вези са применом одређених националних прописа за производе, који су у другој држави чланици законито стављени у промет и о укидању Одлуке 3052/95/E3, COM (2007) 36 fin; 2007/0028 (COD), стр. 3.

како ће директиве максималне хармонизације угрозити њихове потрошаче снижавањем досадашњег стандарда. Оправданост бојазни поткрепљена је и неизбежном последицом конкурентне надлежности, односно губитком надлежности државе чланице у једној хармонизованој правној материји. Узмемо ли у обзир ове околности, могло би се закључити како ће предлози директива максималне хармонизације бити подвргнути дуготрајним законодавним поступцима, где ће постизање консензуса представника држава чланица бити веома отежано.¹⁹

3. Банкарски уговори и потрошачи

Поред традиционалних средстава плаћања, кредит је данас уобичајена појава. Често, мада не увек, кредит узимају лица слабијег имовног стања којима је то једини начин да дођу до одређеног производа. Особа која узима кредит често није упозната са свим специфичностима уговора о кредиту. При креирању потрошачке политике највише рачуна води се о информисаности потрошача.²⁰ На који начин се питање информисаности потрошача исказује у домену финансијских услуга? Као и на тржишту роба, за потрошача је битно идентификовати својства финансијске услуге пре њене куповине. Да би донео одлуку о куповини неког финансијског „производа“, информације садржане у понуди за склапање уговора морају бити упоредиве како би потрошач био у стању да одабере најповољнији банкарски кредит. То се посебно односи на податке из понуде који су пресудни при доношењу потрошачеве одлуке, као што су нпр. подаци о каматној стопи код кредитних и депозитних послова, односно о средствима осигурања код кредитних послова.

Упоредивост података у понудама финансијских услуга један је од проблема са којим се сусрећу потрошачи истих, у околностима када постоји више понудиоца финансијских услуга на тржишту. Европско право, у предлогу нове Директиве о потрошачком кредиту, показује управо тенденцију повећања упоредивости података кључних за доношење потрошачеве одлуке приликом одабира неког финансијског производа.

4. Поље примене Директиве и изузеци

У трансакцијама које покрива ова Директива с једне стране налази се потрошач, а с друге давалац кредита. Потрошач је дефинисан као физичко лице које делује изван трговачке или професионалне делатности. С друге стране, давалац кредита је физичко или правно лице чија је то професионална

¹⁹ Miklitz, H & Reich, N, *Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis?* Überlegungen zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzsandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007, VuR, 4/2007, стр. 121-130.

²⁰ Weatherill, S, *EU Consumer Law and Policy*, Elgar European Law, UK, 2005, стр. 88.

или трговачка делатност. Директива се не примењује на друга лица, примера ради јемце, што се може сматрати њеним пропустом. Она се, такође, не примењује на уговоре о кредиту којима је примарна сврха стицање и задржавање својине над некретнинама. Сврха искључења уговора о кредиту који су везани за некретнине је томе се они најчешће склапају уз посредовање правног саветника, те није потребна већа заштита потрошача на овом подручју. Други разлог због којег се искључују ови уговори лежи у томе што је, чланом 295. Уговора о Европској заједници, одређено да се Заједница неће мешати у правила држава чланица којима се уређује питање власништва.

Директива се, такође, не примењује на уговоре о кредиту који се осигуравају хипотеком. Велики дугови за потрошаче могу настати као резултат разних хипотека.²¹ На нивоу ЕУ још не постоје одредбе које би регулисале ова питања, мада је указано на потребу доношења законодавства на подручју хипотекарних кредита.²² Из Директиве су изузети и уговори о закупу, осим ако је уговором предвиђено да ће на крају уговореног рока закупа ствар прећи у власништво закупца.²³ Искључени су и бескаматни кредити или кредити без икаквих терета за њихове кориснике, као и бескаматни кредити који обавезују потрошача да исти врати у једнократном износу. Ово би се могло односити на плаћање кредитним картицама. Такође, овом режиму подлежу и кредити са роком отплате краћим од три месеца или који се плаћају у највише четири рате током дванаест месеци.

Ratio искључења лежи у потреби да се формалности код оваквих кредита сведу на најмању могућу меру, односно да се банкама олакша њихово издавање. За потрошаче би било повољније када би и код ове врсте кредитирања били детаљно упознати о свим својим правима и обавезама. Директива предвиђа и имовински цензус, што значи да се неће примењивати на уговоре о кредиту који укључују износ мањи 200 екија или 20 000 екија.²⁴ Државама је дата могућност да, након саветовања с Европском комисијом, искључе из примене одређене уговоре о кредиту, уколико се добијају за износ нижи од оног који преовладава на тржишту и при томе се не нуде неограниченом броју корисника. Уколико је уговор о кредиту склопљен у

²¹ Сведоци смо велике светске финансијске кризе, настале у САД-у, која је захватила читаву Европу и чије смо рефлексије и сами почели да осећамо, а која је највећим делом изазвана неконтролисаним узимањем хипотекарних кредита.

²² Howells, G & Wilhelmsson, T., *EC and US Approaches to Consumer Protection- Should the Gap Be Bridged?*, Yearbook of European Law, vol. 17, 1997, стр. 197.

²³ Ова одредба је критикована као нејасна. Будући да је функција уговора о закупу слична оној коју има уговор о кредиту, зајмопримцима треба пружити одговарајућу заштиту, јер добра која они употребљавају често имају ограничену вредност. Тако: Howells, G & Wilhelmsson, T., *op.cit.*, стр. 198.

²⁴ ECU - валута која је претходила еуру. Разлике у ECU се од 1999. године реферишу на EUR према *Council Regulation* (EEC) No.3308/80 (OJ L 345, 20.12.1980) и No. 1103/97 (OJ L 162, 19.06.1997.).

форми јавне исправе коју је потписао јавни бележник, могуће је искључење из примене истог. Сматра се да су потрошачи код ове врсте уговора о кредиту већ довољно заштићени својим националним законодавством, па није потребна регулација на нивоу ЕУ. Из свега претходно наведеног намеће се закључак да Директива обухвата само типичне уговоре о потрошачком кредиту.

5. Форма и садржај уговора о кредиту

Да би уговор био ваљан потребно је да буде у писаној форми, као и да потрошач добије копију уговора (чл. 4. Директиве). Оваква форма је прописана због осигурања високог степена правне сигурности и сложености садржаја уговора о кредиту.²⁵

Важно питање за потрошаче који желе да добију кредит је упознавање са садржајем општих услова пословања банке. Уколико је давалац кредита банка, она је у обавези да потрошачу предочи, односно учини доступним све битне услове уговора из којих се јасно могу видети права и обавезе уговорних страна. С тим у вези, банка је дужна да објави опште услове пословања на погодном месту у својим пословним просторијама, а може те информације учинити доступним и на други адекватан начин (нпр. на Интернет страницама банке).

По питању садржаја, Директива (чл. 4. ст. 2.) прописује обавезне састојке уговора о кредиту у које спадају: одредба о годишњој каматној стопи, одредбе на основу којих се годишња каматна стопа може мењати (уколико то није могуће потребно је пружити адекватне информације у писаном облику), одредбе о износу, броју, учесталости плаћања, начину плаћања камата и других терета, као и укупне трошкове кредита које треба истаћи када год је то могуће. Сврха прописивања обавезних елемената уговора о кредиту је да у потпуности упозна потрошача са свим трошковима кредита. Често се ови уговори склапају на основу општих услова пословања које издају банке, а које потрошач и не чита. Уколико обавезни елементи постану саставни део уговора, већа је вероватноћа да ће их потрошач прочитати и упознати се са њима.

Осим ових састојака уговор мора садржати и остале битне елементе (чл. 4. ст. 3). Тако је у анексу наведена индикативна листа одредби које се могу укључити у уговор као његов битни елемент. Како међу државама није постигнут договор у погледу битних елемената уговора, увођењем анекса учињен је покушај да се тај недостатак отклони.²⁶ Државама чланицама дата

²⁵ Закон о заштити потрошача РС (бр. 79/05, од 24. 09. 2005.) прописује да се уговор о кредиту закључује у писаној форми (чл. 29.), а исту форму предвиђа и ЗОО (чл. 1066).

²⁶ Европска комисија је изразила став да би било пожељно да поверилац потрошачу, поред свих захтева које Директива налаже, наведе врсту уговора која би потрошачу највише

је могућност да изаберу одређене одредбе као обавезне за уговор о кредиту.²⁷ У Директиви су наведени посебни елементи потрошачког кредита који се даје у облику допуштеног прекорачења на текућем рачуну (чл. 6.). Уговор мора садржати: одредбе о допуштеној горњој граници прекорачења на текућем рачуну, одредбе о годишњој каматној стопи, о трошковима који се јављају од тренутка закључења уговора, начин на који се те одредбе могу мењати, као и поступак раскида уговора. За време трајања уговора, потрошача треба обавестити о свим променама годишње каматне стопе, као и променама у трошковима (чл. 5. ст. 1. и 2.). Тек пошто корисник буде упознат са свим стварним трошковима моћи ће да донесе дефинитивну одлуку о томе да ли ће закључити уговор о кредиту.

6. Специфична права из уговора о кредиту

Најважније право потрошача односи се на добијање детаљних информација о уговору о кредиту. За даваоца кредита предвиђена је и обавеза предуговорног обавештавања која подразумева да давалац кредита, пре закључења уговора, у писаној форми, обавести потрошача о најзначајнијим уговорним обавезама будућег уговора.

Директива садржи још нека права која иду у прилог потрошачима. Тако, потрошач може бити ослобођен преосталих обавеза пре истека времена уколико отплати кредит пре уговореног рока (чл. 8.). У том случају, у складу са законима држава чланица, потрошач има право на правично смањење укупних трошкова кредита. Проблем може настати у вези одредбе која прописује да државе саме одреде шта то значи правично смањење трошкова кредита.

Једна од могућности која стоји на располагању потрошачу је и временски ограничен период унутар кога потрошач може одустати од уговора („*cooling-off period*“), под условом да није отпочео са коришћењем кредита. Остаје нејасно има ли банка право да обрачуна неке трошкове потрошачу када је он одустао од уговора пре него што је почео да користи кредит.²⁸

Потрошач се штити и у случају када уговори о кредиту предвиђају плаћања вредносним папирима (ради се о меници или чеку).²⁹ У том случају

одговарала у зависности од његових финансијских могућности. Циљ је да давалац кредита потрошачу обезбеди најоптималнији кредит што превазилази само информисање потрошача. Европска комисија у извештају наводи да се то не очекује само од лица која се баве давањем кредита, већ и од свих других професионалаца. Howells, G & Wilhelmsson, T., *наведено дело*, стр. 204.

²⁷ Weatherill, S, *op. cit.*, стр. 90.

²⁸ Примера ради, словеначки законодавац даје могућност даваоцу кредита да, у том случају, обрачуна накнаду трошкова одобравања кредита и трошкова резервације средстава што се чини рационалним решењем.

²⁹ У неким државама, као нпр. у скандинавским земљама, плаћање таквим средствима је

давалац кредита је дужан да користи та средства плаћања искључиво за отплату кредита, у противном одговара за штету. Директива наводи да, уколико државе допуштају такав начин плаћања, морају осигурати да у таквим трансакцијама потрошач буде адекватно заштићен (чл. 10.).

Државе чланице морају предвидети да постојање уговора о кредиту неће, на било који начин, утицати на права која потрошач има према добављачу роба или услуга поводом неизвршења или неуредног извршења уговора. Потрошач може истицати приговоре како према трговцу, тако и према даваоцу кредита. Могућност која је дата потрошачу да остварује једнака права према повериоцу, као и према добављачу, уколико роба није испоручена или није у складу са уговором, резултат је потребе да се спречи избегавање одговорности на страни даваоца кредита.

7. Потрошачки кредит и презадуженост

Извештај Комисије из 1995. године о спровођењу режима успостављеног Директивом 87/102, садржао је предлоге за интервенцијом која би превазилазила питања транспарентности и пружања информација потрошачима. Иако је Комисија тврдила да потрошач који је свестан цене може на тржишту тражити повољније услове, она признаје да је презадуживање проблем који је изазвао одговарајуће последице на националном нивоу, као и да га треба решавати у оквиру Европске уније. Студија феномена потрошачке презадужености објављена је од стране Комисије октобра 2001. године³⁰, а већ наредног месеца Савет је усвојио Резолуцију о потрошачком кредиту и презадужености.

Конкретна законодавна активност решавања проблема презадужености, у постојећим одредбама на нивоу ЕУ још увек не постоји, али нацртом Директиве од стране Комисије из 2002. године³¹ учињен је покушај усмеравања иницијативе ка превентивној контроли. То захтева од држава чланица да успоставе централну базу података која ће садржати податке о кашњењима са враћањем кредита, укључујући идентификацију корисника кредита и јемаца којој ће повериоци моћи да приступе. Идеја је била да се успостави законски принцип “одговорног задуживања“ који би, између осталог, укључивао проверу у централној бази података пре одобравања кредита. Нацрт Директиве из 2004. године³² је у том домену мање амбициозан. Он одступа од принципа одговорног задуживања и задржава се на одредбама предуговорног информисања. Од кредитора се захтева да процени солвентност будућег корисника кредита на основу информација које

забрањено.

³⁰ http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/fin_serv/cons_directive/index_en.htm.

³¹ COM (2002) 443, 11 September 2002.

³² COM (2004) 747, 28 October 2004.

је корисник пружио и, уколико је то могуће, увидом у одговарајућу базу података.³³ Ризик по кориснике кредита био би смањен добијањем неопходних информација унапред, уз поштовање принципа “одговорног задуживања“ и могућношћу да се повуку из уговора у року од 14 дана од његовог закључења.

Јавила су се контроверзна мишљења о томе да ли је ово применљив систем правне заштите. Најпре, он подразумева прикупљање великог броја података и њихову дистрибуцију. Такође, може се појавити и проблем у вези са недостатком законске компетенције. Допринос Директиве ефикасном функционисању јединственог унутрашњег тржишта никада није био убедљиво демонстриран, те може бити доведен у питање изазовима које носи процес хармонизације. Законодавна активност која је усмерена на решавање проблема кредитне презадужености била је, такође, изложена критици.

8. Прекогранични кредитни трансфери

Структура банкарског тржишта ЕУ условљена је постојањем различитих валута држава чланица. Ипак, ниво прекограничне финансијске активности порастао је, у складу са интеграцијом тржишта роба и услуга, увођењем евра који је постао заједничка валута за већину држава чланица³⁴ и дао нови импулс интеграцији сектора финансијских услуга. Постало је јасно да комплексност прекограничних трансакција, укључујући посредничке институције и мењање валута може створити додатне трошкове у поређењу са чисто националним трансакцијама. Вођена тим разлозима, Комисија је 1990. године објавила Препоруке у вези са транспарентношћу банкарских услова које се односе на прекограничне финансијске трансакције³⁵. Државама чланицама препоручено је да „осигурају да институције које врше прекограничне финансијске трансакције у складу са Препорукама примене одговарајуће принципе. Од шест принципа садржаних у анексу, већина је посвећена аспектима доступности информација корисницима банкарских услуга.

У то време неколико држава чланица увело је обавезујућа правила транспарентности банкарских услова. Преамбула Препоруке наглашавала је да „није без ефеката тражити од држава да измене своја законодавства и укључе правила која само регулишу прекограничне трансакције“. У складу са тим, задржавају приступ добровољне сарадње и тзв. „меког права,“ при чему

³³ Ипак, предложена мера обавезног формирања базе података је напуштена. Уместо ње залагало се за идеју да кредиторима широм Уније буде омогућен недискриминаторски приступ постојећим јавним и приватним базама података.

³⁴ У то време постојало је 15 држава чланица.

³⁵ *Recommendation on the transparency of banking conditions relating to cross-border financial transactions*, Rec. 90/109 OJ 1990 L 67/39.

Препоруке имају занемарљиво мали значај. Даље студије показале су да су трошкови трансфера малих сума новца између држава чланица остали високи.³⁶

Директива 97/5 о прекограничним кредитним трансферима³⁷ базирана је на члану 100а Уговора о ЕУ. Она уводи правила која регулишу транспарентност и технику прекограничних плаћања и односи се на сваки кредитни трансфер чији је износ мањи од 50 000 еура. Директива садржи информацију о условима за обављање прекограничних кредитних трансфера који морају унапред бити предочени кориснику (чл. 3.). То укључује назначење времена финансирања, начин израчунавања трошкова које треба подмирити, детаље о праву на жалбу и поступак компензације.

По одобрењу прекограничног кредита, даваоци кредита се обавезују да корисницима доставе јасне информације о условима и трошковима кредита, осим ако се корисник кредита изричито сложи да се ово може заобићи (чл. 4.). По правилу, прекогранични кредит окончава се у договореном временском року (чл. 6.). Уколико се он прекорачи, корисник ће имати право на компензацију која укључује и одређени износ камате. Директива садржи и одредбе о компензацији у случају неизвршења, осим у случајевима генерално прихваћеног правила више силе, усвојеног да заштити финансијске институције у ванредним околностима. У покушају да реши проблем двоструке наплате трошкова, Директива поставља правила која уређују одговорност институција.³⁸

Одлуку Комисије да се са система „меког права“ пређе на систем формалног законодавства, у складу са принципом супсидијарности,³⁹ можемо схватити на начин да се предност даје „меком“ у односу на „тврдо“ право када су оба подједнако ефикасна у остваривању циља. Међутим, уколико се покаже неадекватност инструмената „меког права“ достизање циља обавезујућим законским инструментима постаје реалност. Уопштено гледано Директива 97/5 уклапа се у слику општег информисања потрошача са циљем промовисања тржишне транспарентности.

³⁶ Истраживање спроведено 1994. године показало је да је писана информација у потпуности била изостављена у скоро половини од 352 финансијске трансакције. На примерку од 1000 трансфера, до двоструке наплате трошкова дошло је у 36% случајева, а средња вредност укупних трошкова трансфера чија је вредност 100 еура износила је просечно 25.4 еура. Комисија је стога закључила да је приступ тзв. „меког права“ неадекватан. Види: Rinkes, J., *EC Directive on cross-border credit transfers*, *Consumer Law Journal* 6/1998, стр. 7.

³⁷ *Directive 97/5 on cross-border credit transfers*, OJ 1995 C199/16.

³⁸ Weatherill, S, *op. cit.*, стр. 93.

³⁹ Будући да су многобројне потрошачке директиве усвојене на основу чл 95. Уговора о оснивању ЕЗ морале да задовоље начело супсидијарности, Заједница је оправдање за законодавно деловање нашла у бољој могућности за успостављање и функционисање унутрашњег тржишта, као циља усвојених правних аката. Према Протоколу о примени начела супсидијарности и пропорционалности (чл.7.), OJ No. C 340 10.11.1997, Заједница може деловати „само у мери која је потребна“ и само ако циљеве може остварити боље од држава чланица у погледу мера и учинка предложене активности.

Закључна разматрања

Европско право потрошача доживљава своје успоне и падове који се директно одражавају на уређење ове материје у државама чланицама. Избор модела минимума хармонизације захтева да се поведе рачуна о процесу имплементације. Мере имплементације Директиве неће једноставно заменити национално право и постати једини извор законске контроле. Државе чланице су у обавези да размотре како да на најбољи начин уведу правила Директиве у њихов постојећи правни режим. Очигледно је да циљ консолидације и стварања јединственог правног режима још увек није остварен, што за последицу има разлике у регулисању права заштите потрошача на националном нивоу. Непостојање посебне правне основе, мањак законодавног концепта, проблеми надлежности само су неке од препрека са којима се хармонизација права потрошача суочавала од самог почетка. Право заштите потрошача треба да буде једноставно и јасно да би се правилно разумело и користило. Оне државе које су само „преписале“ одредбе Директиве и укључиле их у већ постојеће одредбе свог правног система умањиле су практичну вредност режима заштите у целини.

Без обзира на то што је законодавна иницијатива на пољу хармонизације која утиче на заштиту потрошача с времена на време резултат политичког опортунизма, треба проучити методе које се генерално користе у том процесу. То би помогло да се разуме шта је постигнуто у име „европске политике заштите потрошача“ и какви су будући могући трендови. Обавеза пружања информација, брига за слабију уговорну страну и заштита легитимних очекивања, само су нека од питања битних за политику заштите потрошача ЕУ. Шта више, ово је процес продубљивања „европеизације“ која је изнад кодификације постојећих законских прописа.

Doc. Milena Jovanović-Zattila, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE CODIFICATION OF THE EUROPEAN CONSUMER LAW with Special Reference to the Consumer Credit

Summary

In this paper, the author deals with the problem of the codification of the EU Consumer Law and the real obstacles which slow down and even jeopardize the codification process. From the very start, the process of harmonizing the EU Consumer Law has been facing a number of problems, such as the deficiency of a specific legal ground for the codification, the lack of a legislative concept, the competences and jurisdictions, etc. These problems clearly point to the necessity of instituting reforms in this area. On the other hand, under the pretext of the need for an exigent revision, the European legislature has demonstrated a tendency to expand the scope of its own authorities at the detriment of the authorities of the Member States. Such attempts only deepen the existing problems and lead to further polarization. Establishing a completely unified European Consumer Protection Law has been growing into a political and legal question on the necessity to ensure a maximum harmonization in this area but concurrently preserve the legal diversity and the legal traditions of the Member States.

Key words: consumer protection, codification of EU Consumer Law, maximum and minimal harmonization, consumer credit, EU Directive on the Consumer Credit, over-indebtedness

UDK: 341.9(4-672EU)

Сања Марјановић, асистент

Правни факултет Универзитета у Нишу

СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ И МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА РАЗВОД БРАКА У КОМУНИТАРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ*

***Апстракт:** У овом тренутку још увек не постоје комунитарне колизионе норме о меродавном праву за развод брака. Регулатива 2201/2003 од 27. новембра 2003. године садржи норме о надлежности, признању и извршењу пресуда у овој материји, али не и норме о меродавном праву.*

Различитост националних колизионих норми, али и супстанцијалног права држава чланица може смањити правну сигурност у погледу поступка за развод брака, уколико он садржи инострани елемент. Ова чињеница „међународном“ брачном пару може отежати предвидљивост меродавног права. Предлог Регулативе о надлежности и меродавном праву за развод брака и раставу, коју је Европска комисија сачинила на основу Зелене књиге о меродавном праву и надлежности за развод брака и објавила 17. јула 2006. године, треба да омогући стварање прецизног правног оквира у наведеној материји. Имајући у виду високу стопу развода брака у Унији, напори Комисије су умерени на постизање правне сигурности, предвидљивости меродавног права, флексибилности и остваривање права на приступ судовима у погледу развода и раставе од стола и постеље „међународних“ брачних парова. Такође, Предлог уводи могућност да и супружници који живе у трећој држави изаберу надлежан суд за развод брака или раставу, а садржи и јединствене норме о резидуалној надлежности. Будућим комунитарним инструментом уводе се јединствене колизионе норме, на основу којих ће супружници моћи да изаберу меродавно право за развод или раставу. То би требало да спречи појаву „журбе до суда“. Будућа Регулатива имаће универзално дејство, што значи да и право треће државе може бити меродавно. Након усвајања, она ће изменити Регулативу 2201/2003.

Традиционалне колизионе норме Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије из 1982. године нису у сагласностима са последицама повећане миграције људи. У том смислу, неопходна је њихова хармонизација са решењима будуће Регулативе Европске уније.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Кључне речи: „међународни“ брачни пар, развод брака, растава од стола и постеле, пророгациони споразум, „журба до суда“, резидуална надлежност, меродавно право.

1. Увод

Још је Бечким акционим планом 1998. године утврђена потреба успостављања тзв. комунитарне судске области, у циљу олакшавања свакодневног живота грађана Европске уније, при чему се имала у виду и материја брачних односа.¹ Повећање мобилности грађана у оквиру Уније има за последицу и све чешће закључивање „међународних“ бракова. Њихово основно обележје јесте, пре свега, различито држављанство супружника. Међутим, о овим браковима се може говорити и ако они имају држављанство исте земље чланице, али живе: а) у различитим земљама ЕУ; б) у држави Заједнице чије држављанство немају, или ц) у земљи нечланице Уније. Уколико овакав „међународни“ брачни пар одлучи да се разведе, могуће је да права различитих држава конкуришу као потенцијално меродавна, у зависности од чињеничног стања у конкретној ситуацији. Процењује се да се у Европској унији сваке године склопи око 2,2 милиона бракова. Према подацима Европске комисије, од овог броја скоро 350.000 бракова склопе лица различитог држављанства. Такође, Европска унија се суочава и са високом стопом развода брака: на годишњем нивоу, од укупно 875.000 развода у државама чланицама, 16% се односи на „међународне“ бракове.² Највише стопе развода ових бракова забележене су у Естонији (78%), у Луксембургу, Холандији и Шведској (око 50%) и у Белгији, Немачкој, Финској и Португалу (25%).³ Узимајући у обзир наведене податке може се закључити да управо од норми о сукобу међународне надлежности и колизионих норми зависе судбине значајног броја грађана Уније.

Међутим, комунитарне одредбе о меродавном праву за развод брака још увек нису усвојене. Првобитна Регулатива 1347/2000 од 29. маја 2000. године („Брисел II Регулатива“) регулисала је надлежност, признање и извршење пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу, али није предвиђала и норме о меродавном праву.⁴ Ступање

¹ ОЈ С19, 23.01.1999, стр. 1.

² Наведено према James Stewart, *Rome III... or not*, 17/11/2006.
<http://www.manches.com/text/practices/family/article>.

³ Извор: European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Working document on the law applicable in matrimonial matters*,
http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/673/673609/673609en.pdf.

⁴ *Council Regulation (EC) 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility for children of both spouses*, ОЈ L160, 30.06.2000, <http://eur-lex.europa.eu, cmp. 19>.

на снагу Регулative 2201/2003, 21. марта 2005. године (“нова Брисел IIbis Регулative”), која је заменила Брисел II Регулative, није унело никакве измене по овом питању будући да су усвојене практично неизмењене нормe.⁵ Проблем сукоба надлежности судова у ЕУ нова Регулative Брисел IIbis решава тако што предвиђа искључиву надлежност оног суда у ЕУ пред којим је прво покренут поступак. С друге стране, недостатак јединствених норми о сукобу закона на нивоу Европске уније, на основу Регулative Брисел IIbis, води примени националних колизионих норми државе форума које садрже различите тачке везивања. Такво решење за директну последицу често има и суштински различит материјалноправни резултат. Наведени диверзитет утиче на смањење степена правне сигурности у бракоразводним поступцима са иностраним елементом. Ништа мање значајан није ни проблем са којим се „међународни“ брачни парови такође суочавају, а који се односи на предвидљивост меродавног права у сваком појединачном случају. На ширем плану, то значи неостваривање основног циља међународног приватног права – постизање сигурности и остваривање решења која су највише у складу са интересима и законитим очекивањима странака.⁶ Осим тога, државе чланице нису уговорнице ниједног вишестраног уговора о меродавном праву у овој материји, будући да више није на снази ни Хашка конвенција о јурисдикцији и меродавном праву за развод брака и раставу из 1902. године. Између држава чланица ова материја је регулисана билатералним уговорима.

Савет је спровео, у току 2000. године, компаративну студију о националним правним системима 15 држава чланица у материји брачних односа. Резултати су указали на постојање значајних разлика у супстанцијалним, колизионим и процесним нормама.⁷ У току 2002. године, Комисија је организовала другу студију чији је основни циљ био утврђивање практичних последица непостојања хармонизованих колизионих норми за развод брака.⁸ Прикупљени подаци указали су на потребу израде Зелене књиге о меродавном праву за развод брака. У току марта 2003. године Комисија је организовала стручну јавну расправу у којој су учествовали представници држава чланица. Ипак, сагласност о усвајању јединствених колизионих норми није постигнута. Марта 2005. године, Европска комисија је, по устаљеном поступку, поводом Зелене књиге о меродавном праву за развод брака, објављене 14. марта 2005. године, затражила јавну расправу о могућим решењима у области надлежности и меродавног права за развод

⁵ 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, , <http://eur-lex.europa.eu>. Брисел IIbis Регулative се примењује у свим чланицама, осим у Данској.

⁶ Више о циљу видети: М. Живковић, М. Станивуковић, „Међународно приватно право: општи део“, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2006, стр. 18 - 20.

⁷ Детаљни резултати ове студије могу се наћи на: http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm

⁸ Детаљни резултати ове студије могу се наћи на: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/00/st08/08839en0.pdf>.

брака.⁹ То је требало да Комисији омогући инкорпорацију најшире прихваћених ставова и идеја у предлог будуће Регулative Рим III.

Предлог Регулative Рим III који је Европска комисија представила 17. јула 2007. године има за основни циљ да измени Брисел IIbis Регулative у делу о надлежности и да уведе јединствене колизионе нормe за развод брака и раставу од стола и постеље.¹⁰ Сврха предлога је стварање јасног и стабилног правног оквира у материји брачних односа у државама Европске уније и усвајање комунитарних правила у овој области, које би омогућиле одређени степен аутономије воље странака. Иако је Парламент поднео амандмане на предлог Регулative, документ Комисије о њиховом евентуалном усвајању још увек није јавно доступан.¹¹ Треба напоменути да је Регулative Рим III подвргнута поступку консултовања који је карактеристичан по томе што став Парламента не обавезује Савет.¹² У самом Парламенту, Регулative Рим III је предмет поступка¹³ који укључује сарадњу два комитета: *LIBE (European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs)* и *JURI (European Parliament's Committee on Legal Affairs)*, будући да у овој материји долази до преклапања њихових надлежности.¹⁴ Међутим, први комитет има примарну одговорност, док други даје само своје мишљење, које нема обавезујућу снагу.

У овом тренутку је извесно да се будућа Регулative Рим III неће примењивати у Данској, Уједињеном Краљевству и Ирској. На основу Протокола о позицији Данске, који је припојен Споразуму о Европској унији и Споразуму о установљавању Европске заједнице, Данска не учествује у усвајању предложене Регулative. Уједињено Краљевство и Ирска су изјавиле да не желе да учествују у њеном усвајању и примени, користећи могућност предвиђену Протоколом о позицији Уједињеног Краљевства и Ирске, који је такође припојен истим споразумима. Октобра 2006. године овим државама се прикључила и Малта. Очекивало се да Регулative ступи на снагу 1. марта 2008. године, за време словеначког председавања Унијом. Међутим, усвајање је изостало јер није постигнута политичка сагласност, што је констатовано на седници Савета, одржаној 24. и 25. јула 2008. године. Постојање суштински

⁹ Commission of the European Communities, *Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, Brussels, 14.3.2005 COM(2005) 82 final, http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2005_0082fr01.pdf

¹⁰ Commission des communautés européennes, Bruxelles, Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale COM(2006) 399 final. le 17.7.2006, <http://eurlex.europa.eu>.

¹¹ На дан 1.11.2008. године.

¹² У складу са чланом 67(5) Споразума о ЕУ.

¹³ На основу члана 47 Пословника Европског парламента.

¹⁴ Rules of procedure of the European Parliament, Annex VI: Powers and Responsibilities of standing committees, 16th edition, February 2008, <http://www.europarl.europa.eu>.

различитих националних колизионих и супстанцијалних норми, о чему ће бити речи у раду, додатно је утицало на наставак консултација и дебата.

Регулатива Рим III биће јединствена и по томе што је, на истој седници Савета, по први пут затражено активирање механизма „појачане сарадње“ који никада до сада није коришћен у пракси.¹⁵ Уведен је Споразумом из Амстердама, а потом и Споразумом из Нице, и представља право држава чланица на успостављање интензивније сарадње у материји која је обухваћена наведеним комунитарним документом.¹⁶ Најмање осам држава чланица које намеравају да успоставе „појачану сарадњу“ подносе захтев Комисији која предлог упућује Савету. Након консултовања Европског Парламента, Савет одлучује о предлогу квалификованом већином.¹⁷ Поводом предлога Регулативе, поступак су иницирале Аустрија, Француска, Грчка, Мађарска, Италија, Луксембург, Румунија, Словенија и Шпанија. Придруживање захтеву разматрају још и Немачка, Белгија, Португал и Литванија, док су Чешка, Естонија, Финска, Латвија и Пољска против. Међутим, држава чланица не може уложити вето по овом питању. Механизам остаје отворен за накнадно приступање, али акте поводом којих је овај поступак покренут усвајају оне државе чланице које су учествовале у процесу „појачане сарадње“ и само за њих они имају обавезујућу снагу. Оне чланице које нису учествовале не могу да ометају или спречевају имплементацију аката. То би значило да, уколико у скоријем периоду не буде усвојена Регулатива Рим III на нивоу Уније,¹⁸ она би ипак могла ступити на снагу у државама које учествују у поступку „појачане сарадње“.

Такође, неопходно је напоменути да иако развод брака увек има за последицу актуелизацију обавезе издржавања и деобе брачне имовине, наведена питања нису била обухваћена ни Зеленом књигом ни приликом израде коначног предлога Регулативе Рим III. Штавише, Комисија је сачинила посебну Зелену књигу о обавези издржавања као резултат претходне јавне расправе о овом питању и објавила је априла 2004. године.¹⁹ Зелена књига о сукобу закона у материји брачног имовинског режима, укључујући и питање надлежности и обостраног признања објављена је 17. јула 2006. године.²⁰ Са аспекта практичности било би целисходније да је

¹⁵ „Cooperation renforcée“ или „enhanced cooperation“.

¹⁶ Чл. 43 – 45 Споразума о Европској унији из Нице, стр. 10 – 12, <http://www.eurotreaties.com/nicetreaty.pdf>.

¹⁷ Детаљније о поступку: чл. 11 Споразума из Нице: *Procedure for establishing enhanced cooperation*, http://europa.eu/scadplus/nice_treaty/cooperations_en.htm.

¹⁸ Без Уједињеног Краљевства, Ирске и Малте.

¹⁹ Commission of the European Communities, *Green Paper on maintenance obligations, COM (2004) 254 final*, 15.04.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2004/com2004_0254fr01.pdf.

²⁰ Commission of the European Communities, *Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition*, 17.7.2006., COM(2006) 400 final.

целокупна материја кодификована јер ће се све три наведене регулативе, након усвајања, по правилу, примењивати паралелно.

2. Упоредна анализа Регулative Брисел IIbis и предлога Регулative Рим III

2.1. *Норме о сукобу међународне надлежности за развод брака и раставу од стола и постеље*

Регулатива Брисел IIbis одредбом члана 3 дозвољава супружницима избор једног од седам алтернативно постављених основа за заснивање надлежности *судова држава чланица* за развод брака, раставу од стола и постеље и поништај брака. Садржински посматрано, они су били предвиђени и чланом 2 првобитне Регулative 1347/2000. Основи нису дати у хијерархијском низу. Сходно Брисел IIbis Регулative, бракоразводни поступак може се покренути пред судом државе ЕУ:

1. у којој супружници имају своје редовно боравиште, или
2. у којој су имали своје последње редовно боравиште, под условом да један од њих у још увек живи у том месту, или
3. у којој туженик има редовно боравиште, или
4. у случају споразумног развода у којој један од супружника има редовно боравиште, или
5. у којој подносилац захтева има редовно боравиште најмање годину дана непосредно пре подношења захтева, или
6. у којој подносилац захтева има своје редовно боравиште у периоду од најмање шест месеци непосредно пре подношења захтева и уједно је или њен држављанин или, у случају Уједињеног Краљевства и Ирске, има у њој своје пребивалиште.

Супружници се могу развести и у држави заједничког држављанства (државе ЕУ) или, у случају Уједињеног Краљевства и Ирске, у земљи заједничког пребивалишта.²¹

У случају да ниједан суд у ЕУ није надлежан за вођење бракоразводног поступка на основу Регулative Брисел IIbis, суд државе чланице ипак може водити поступак на основу националних норми о сукобу међународне надлежности.²² Овај вид надлежности назива се *резидуална надлежност*.²³ Иако је, приликом увођења ове могућности, интенција била

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0400en01.pdf.

²¹На основу члана 3(2) Регулative Брисел IIbis квалификација пребивалишта се врши према правима Уједињеног Краљевства и Ирске.

²²Одредба члана 7(1) Регулative Брисел IIbis.

²³„*Residual jurisdiction*“ подразумева норме о међународној судској надлежности које нису

усмерена на проширење основа за заснивање надлежности суда у ЕУ и избегавање проблема везаних за признање и извршење одлуке о разводу брака донете у трећој држави, одредба је додатно отежала положај супружника. Наиме, националне норме о сукобу међународне надлежности значајно се разликују.²⁴ Највећи број држава ЕУ предвиђа заснивање надлежности својих судова уколико је један од супружника њен држављанин, чак иако је то једина веза са државом форума.²⁵ Штавише, у последњем случају надлежност постоји и ако је други супружник различитог држављанства (државе ЕУ или треће државе), а заједно живе у трећој држави. У неким чланицама чак се и чињеница да је један од супружника *био* њен држављанин у тренутку закључења брака сматра довољним основом за заснивање надлежности суда те државе, без икаквог додатног услова.²⁶ У других 13 држава чланица, држављанство једног од супружника није довољан критеријум за заснивање надлежности суда у ЕУ. Основи су различити, али ниједан не гарантује да ће супружници различитог држављанства (ЕУ) са редовним боравиштем ван Уније заиста моћи да покрену поступак пред судом државе чланице.²⁷ Ситуација је још неповољнија за оне грађане ЕУ који су *резиденти треће државе*. У овом случају супружници су суочени не само са проблемом одређивања надлежног суда, већ и признања и извршења одлуке суда државе нечланице у њиховој матичној држави. Судови држава чланица би у наведеној ситуацији примењивали своје националне норме о сукобу међународне надлежности. Узимајући у обзир да су оне у значајној мери различите, може се закључити да ће случајеви у којима ниједан суд у ЕУ не би био надлежан за развод брака бити релативно чести. У том смислу, одредбе члана 6 Регулative Брисел Ibis биле би, на основу предлога Регулative Рим III, изостављене јер су исувише често стварале конфузију у овој осетљивој материји. Наиме, према наведеном члану, ако је туженик држављанин чланице или има редовно боравиште у Унији или, у случају Уједињеног Краљевства и Ирске има пребивалиште у некој од ових држава, поступак се пред судом државе чланице може

хармонизоване у Заједници.

²⁴ Државе усвајају различите критеријуме за одређивање надлежног суда: заједничко држављанство или држављанство само једног супружника, заједничко пребивалиште или пребивалиште само једног супружника, последње редовно боравиште супружника, итд.

²⁵ Аустрија, Бугарска, Чешка Република, Уједињено Краљевство, Ирска, Естонија, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Шпанија, Литванија, Луксембург, Пољска, Словачка и Шведска. Видети више: *Study on residual jurisdiction (3rd version), Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and Ibis Regulations*, General Report (Final Version dated 3 September 2007) prepared by: prof. Arnaud Nuyts with the collaboration of Katarzyna Szychowska, 6/07/ 2007, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf

²⁶ Аустрија, Естонија, Немачка и Грчка. Видети више: *Ibidem*.

²⁷ Видети детаљније: European Parliament, *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, *loc.cit.*

покренути само на основу члана 3 Регулative. Узмимо за пример да су супружници држављани Немачке, односно Холандије, а да редовно боравиште имају ван Уније. Супруга, немачка држављанка, реши да се разведе. Узимајући у обзир њено порекло, она ће, највероватније, покушати да супруга, холандског држављанина, тужи суду у Немачкој. Међутим, то неће бити могуће. Штавише, неће моћи да покрене поступак ни пред једним другим судом на територији Уније, будући да ниједан од основа које предвиђа Регулative Брисел IIbis за заснивање надлежности није испуњен: супружници немају редовно боравиште у ЕУ, а немају ни заједничко држављанство. У овом случају, долази до примене одредбе о резидуалној надлежности која упућује на националне норме Немачке. Ни оне неће произвести жељени резултат јер би заснивање овог вида надлежности било у супротности са наведеном одредбом члана 6 Регулative. Супруга не би могла да поднесе тужбу ни суду у Холандији јер ова држава нема одредбе које би се у овом случају сматрале нормама о резидуалној надлежности. Преостаје јој само да поступак покрене у трећој држави (у којој имају редовно боравиште), али би се накнадно суочила са проблемом евентуалног признања и извршења тако донете одлуке у ЕУ.²⁸

Уколико супружници *паралелно* поднесу тужбе за развод брака судовима различитих држава чланица, на основу правила о литиспендецији, надлежан ће бити онај пред којим је прво покренут поступак. Након што се овај суд, примењујући члан 3 Регулative Брисел IIbis, прогласио надлежним за развод брака у конкретном случају, судови осталих држава чланица морају одбацити све накнадно приспеле тужбе. Циљ овог правила је остваривање принципа правне сигурности, спречавање проблема паралелних тужби и доношења неусаглашених одлука. Међутим, одредба Брисел IIbis Регулative о *литиспендецији*²⁹ може мотивисати једног супружника да пожури и поднесе тужбу за развод брака пре него што то учини други супружник да би онемогућио да суд друге државе чланице заснује надлежност. Ова журба је најчешће мотивисана жељом супружника да поступак покрене пред судом оне државе чије колизионе норме упућују на примену права које најефикасније штити његове интересе ("*rush to court*"). Уколико то води подвргавању развода брака праву са којим други супружник није довољно повезан или које не штити и његове интересе онда „журба до суда“ има негативне последице по правну сигурност. Уколико немачки држављани закључе брак и касније се, из професионалних разлога, преселе у Лондон, али након неколико година брак пропадне и они пожелеле да се разведу, на основу Регулative Брисел IIbis биће надлежан и суд у Великој Британији (заједничко редовно боравиште) и немачки суд (заједничко држављанство). У том случају

²⁸ Пример наведен према: *Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, стр. 5.

²⁹ Члан 19(1) Регулative.

од пресудне је важности који ће суд први засновати надлежност јер енглески правни систем штити супругу, а немачки више одговара интересима супруга.³⁰ Будући да суд примењује национално међународно приватно право, сваки супружник жели да први поднесе иницијални акт. У којој мери је за супружнике битан временски моменат подношења тужбе може се разумети ако се има у виду да су тачке везивања националних колизионих норми држава ЕУ за развод брака веома различите. Одређивање меродавног права, према тренутно важећим нормама, биће резултат брзине подношења тужбе. Настојање једног супружника да из себичних разлога издејствује примену супстанцијалног права одређене државе Уније само погоршава конфликтну ситуацију која је већ настала пропашћу брака.

Наведени проблеми који се тичу надлежности могли би бити релативизирани увођењем аутономије воље супружника у погледу одређивања надлежног суда за развод и раставу. То би уједно допринело остваривању права на приступ судовима. У том смислу, предлог Регулативе Рим III, одредбом члана 3bis, полази од могућности пророгације надлежности. Она садржи прогресивно решење по коме се право избора надлежног суда за развод или раставу признаје супружницима без обзира да ли живе у држави чланици Европске уније или у трећој држави. Овако регулисана могућност пророгације надлежности требало би да супружницима различитог држављанства олакша приступ судовима. Наведена одредба се ослања на члан 12 Регулативе 2201/2003 који омогућава странкама да се, под одређеним условима, споразумеју о надлежном суду у материји одговорности родитеља. Пророгациони споразум је дозвољен и другим комунитарним инструментима као што је Регулатива 44/2001.³¹ Уговарање надлежног суда имало би позитивне ефекте у оним случајевима када су супружници, на основу одредби Регулативе Брисел IIbis, спречени да поступак покрену пред судом у ЕУ. У том смислу, може се уговорити надлежност суда оне државе са којом су супружници најближе повезани. Одредбом члана 3bis предлога Регулативе Рим III уводи се претпоставка о постојању потребног интензитета везе у следећим случајевима:

1. уколико се може применити било који основ предвиђен у члану 3 Регулативе Брисел IIbis,

2. уколико су супружници имали своје последње заједничко боравиште у држави форума у минималном трајању од 3 године,

3. уколико је један од супружника њен држављанин, или у случају Уједињеног Краљевства и Ирске има своје пребивалиште у једној од њих.³²

³⁰ Пример наведен према James Stewart, *loc.cit.*

³¹ У члану 23 *Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, <http://eur-lex.europa.eu>.

³² Комисија тек треба да размотри одредбе које се односе на Уједињено Краљевство и Ирску јер оне неће учествовати у усвајању предлога Регулативе.

Да би пророгациони споразум био пуноважан, потребно је да буде сачињен у писаној форми, најкасније у тренутку покретања поступка, и да га потпишу оба супружника. Основна сврха овако конципираних формалних захтева јесте развијање свести супружника о значају и последицама учињеног избора на чему се посебно инсистира. Дозвољавање аутономије воље странака у овој материји осигурало би и потпуније остваривање принципа правне сигурности. Такође, повећање флексибилности које би се тиме постигло имало би значаја нарочито у случајевима споразумног развода брака или раставе. Овако постављена аутономија воље требало би да омогући и предвидљивост меродавног права. Треба напоменути и да пророгациони споразум није дозвољен у случају поништаја брака.³³

Наведени предлог Комисије је подложен и одређеним критикама у погледу прецизности и усаглашености критеријума за одређивање заједничког редовног боравишта са осталим одредбама предлога Регулative Рим III. Наиме, било би пожељно, ради остваривања правне сигурности, одредити његов појам у самом тексту Регулative. То би се могло учинити увођењем објективних чињеница, које би указивале на постојање намере супружника да у одређеном месту трајно или, евентуално, дуже време бораве. Ипак, дефиниција ове тачке везивања је изостала. Међутим, у амандманима које је поднео Европски парламент, ограничења аутономије воље су конципирана још строжије.³⁴ Наиме, захтева се и да није прошло више од три године од тренутка када су супружници напустили релевантно редовно боравиште до тренутка покретања поступка. С друге стране, постоји неусаглашеност временског трајања последњег редовног боравишта супружника као критеријума који указује на постојање блиске везе са државом форума и предложене одредбе члана 20bis у материји меродавног права. Наиме, у првом случају последње редовно боравиште сматра се релевантним за избор надлежног суда уколико је трајало *минимално три године*. С друге стране, члан 20bis предлога Регулative предвиђа да супружници за развод брака или раставу могу, као меродавно, одредити право државе у којој су боравили *барем пет година*.

Предложеном изменом члана 12 Регулative Брисел IIbis омогућава се да судија који је надлежан за развод брака на основу чланова 3 и новог 3bis, уједно одлучује и о питањима одговорности родитеља.³⁵ Такође, мењао би се и члан 4 Регулative Брисел IIbis тако да ће суд, надлежан на основу члана 3 и 3bis, одлучивати и о противтужби.

³³ *Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale*, стр. 8.

³⁴ European Parliament, *Text adopted on applicable law in matrimonial matters*, P6_TA(2008)0502, 21. 10. 2008., Strasbourg, <http://www.europarl.europa.eu>.

³⁵ Услови су дефинисани чланом 12, ст. 1а, 1б, 2а, 2б, 2ц Регулative Брисел IIbis.

Предлог Регулative Рим III уводи и јединствену норму о *резидуалној надлежности* која би осигурала право на приступ судовима и оним супружницима који живе ван Уније, али који задржавају блиске везе са државом чланицом чији су држављани или у којој су имали претходно заједничко редовно боравиште. Према предложеној измени члана 7 уколико су супружници различитог држављанства³⁶, а ниједан од њих нема редовно боравиште у ЕУ, судови државе чланице би били надлежни:

1. уколико су супружници на њеној територији имали последње заједничко редовно боравиште у трајању од најмање три године, или
2. уколико је један од супружника њен држављанин.

Ова норма би се примењивала на одређивање надлежног суда за развод, раставу и поништај брака и представљала би на изврстан начин допуну основама надлежности из члана 3 Регулative Брисел IIbis.

2.2. Меродавно право за развод брака и раставу од стола и постеље

Развод брака представља правни начин престанка пуноважног брака за живота супруга на основу одговарајуће одлуке суда, а из разлога који су предвиђени релевантним законима. Одређивање меродавног права за развод брака спада међу најконтроверзнија питања међународног приватног права. Значај колизионих норми у овој материји огледа се у чињеници да престанак брака, из разлога који настају након његовог закључења, отвара низ различитих проблема који су директна последица различитих одређења држава.

На основу Регулative Брисел IIbis меродавно право се одређује *националним колизионим нормама државе форума*. Међутим, постоје значајне разлике у погледу норми о сукобу закона у правима држава ЕУ. Неке државе предвиђају супсидијарно везивање приликом одређивања меродавног права које има за основни циљ да обезбеди остваривање принципа најближе везе.³⁷ При томе, релевантне тачке везивања варирају, али највећи број држава полази од заједничког *lex nationalis* супружника или њиховог последњег заједничког држављанства, под условом да га један од супружника и даље има. До супсидијарног везивања долази у случају различитог држављанства супружника и то тако што на меродавно право, најчешће, упућује редовно боравиште супружника или ако то није могуће, њихово последње заједничко редовно боравиште, уколико један од њих још

³⁶ Или у случају Уједињеног Краљевства и Ирске ако нема пребивалиштена територији Уније. Будући да су се ове државе повукле из процеса усвајања предлога Регулative Рим III и да оне њоме неће бити обавезане поставља се питање важења овог дела предлога.

³⁷ Принцип најближе везе подразумева регулисање грађанског или трговинског односа са иностраним елементом (у овом случају развод брака) упућивањем на право оне државе са којом је спор најтешње повезан.

увек живи у том месту. Као крајње решење предвиђа се и примена *lex fori*. Државе које на овај начин регулишу питање сукоба закона у материји развода брака су најбројније.³⁸ Мањи број држава примењују *lex fori* као меродавно право: Уједињено Краљевство, Ирска, Шведска, Финска, Данска, Кипар и Латвија. То је уједно и главни разлог неучествовања Уједињеног Краљевства и Ирске у поступку усвајања предлога Регулative Рим III. Наиме, у сваком случају заснивања домаће надлежности енглески судови примењују сопствено супстанцијално право на развод брака, без обзира на држављанство супружника.³⁹

С друге стране, државе као што су Немачка, Холандија, Шпанија и Белгија уводе аутономију воље за одређивање меродавног права у ограниченом обиму, при чему све предвиђају могућност избора *lex fori*. Холандско право је специфично по томе што избор може бити једностран. Према колизионим нормама Немачке, меродавно право за развод брака може се одредити аутономијом воље, уколико супружници имају различито држављанство, а ниједан од њих нема држављанство оне државе у којој имају заједничко редовно боравиште, или ако уопште немају заједничко редовно боравиште.⁴⁰ Шпанија је 2003. године изменом закона допустила супружницима избор меродавног права за развод, али у изузетно ограниченом обиму. Наиме, они би могли одредити само шпанско право као меродавно, уз испуњење додатних услова.⁴¹ Према белгијском праву, супружници могу за меродавно изабрати право ове државе или *lex nationalis* једног од супружника. Уколико избор није учињен, белгијски суд примењује право државе заједничког редовног боравишта.⁴²

Предлог Регулative Рим III односи се и на одређивање меродавног права за раставу од стола и постеље. Ова установа нема за последицу окончање брака, будући да најчешће остаје на снази обавеза верности, иако дужност заједничког живота више не постоји. Раставу познају многе државе

³⁸ Аустрија, Белгија, Естонија, Немачка, Грчка, Мађарска, Италија, Литванија, Луксембург, Холандија, Шпанија, Чешка Република, Пољска, Потругал, Словачка и Словенија. Наведено према: Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, *Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, Brussels, 14.3.2005, SEC(2005) 331, COM(2005)82final, http://ec.europa.eu/comm/justice_home/doc_centre/.../doc/sec_2005_331_en.pdf.

³⁹ James Stewart, *loc.cit.*

⁴⁰ Наведено према: *Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, *loc.cit.*

⁴¹ Уколико је један од супружника држављанин Шпаније или у овој држави има редовно боравиште, а поступак се покреће пред шпанским судом. Члан 3 Закона 11/2003 о конкретним мерама у области социјалне сигурности, породичног насиља и друштвене интеграције странаца од 29. септембра 2003, (Boletín Oficial del Estado, no. 234, 30.09.2003, p. 35398-35404). Наведено према: *Ibidem.*

⁴² Члан 55 Закона о међународном приватном праву Белгије, http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm.

ЕУ, а у неким је могуће и њено уподобљавање разводу.⁴³ Оне чланице које познају установу раставе регулишу је истим колизионим нормама предвиђеним за развод брака.⁴⁴ Интересантан је став Малте која познаје раставу, али не и развод брака, иако признаје стране бракоразводне одлуке уколико их је донео надлежан суд. Штавише, у овој држави није могућа ни конверзија раставе у развод брака.⁴⁵ То су уједно основни разлози одбијања ове државе да се укључи у процес усвајања Регулative Рим III.

Значајне разлике које постоје у погледу националних колизионих норми и њихово комбиновање са важећим нормама о сукобу надлежности Регулative Брисел IIbis могу утицати на отварање додатних проблема у ситуацији када треба развести један „међународни“ брак. Наиме, и *супстанцијалне норме за развод брака* веома се разликују у државама чланицама. Породично законодавство појединих држава развод брака условљава постојањем претходне фактичке раздвојености живота при чему његово трајање варира од шест месеци (Аустрија, Данска) до четири (Ирска) или чак пет година (Кипар). Трајно нарушени брачни односи су довољан основ за развод брака у Немачкој, Грчкој, Словачкој, Ирској, Холандији и Уједињеном Краљевству. У Чешкој Републици и Мађарској обострани пристанак супружника на развод брака искључује потребу утврђивања разлога пропасти брака. С друге стране, државе као што су Белгија, Француска, Луксембург, Аустрија, Португал, Данска, Кипар и Литванија за развод брака предвиђају кривицу супружника. Она се углавном односи на повреду брачних дужности (превара, неиспуњавање финансијских обавеза) или породично насиље које чини даљи заједнички живот немогућим. У Уједињеном Краљевству, чије право не предвиђа развод заснован на кривици, ипак се узимају у обзир неки њени елементи као презумпције постојања трајне нарушености брачних односа (превара, неразумно понашање и напуштање). Шведска и Финска захтевају период „разматрања“ који је у обавезан у другој држави, а у првој само ако се други супружник не слаже са разводом или ако се старају о детету млађем од 16 година.⁴⁶ Управо ова битна различитост супстанцијалних норми утицала је на чињеницу да је сфера породичних односа традиционални предмет *fraus legis*.

⁴³Раставу познају: Француска, Ирска, Луксембург, Холандија, Португал, Уједињено Краљевство, Италија, Белгија, Данска, Шпанија, Литванија и Пољска. Она се може уподобити разводу у Белгији, Данској, Француској, Италији, Литванији, Луксембургу, Португалији и Шпанији. Извор: *Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, стр. 15.

⁴⁴ Белгија, Данска, Француска, Ирска, Италија, Литванија, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португал, Италија и Уједињено Краљевство. Видети више о томе: *Ibidem*.

⁴⁵ Према предложеним изменама члана 12 Регулative Брисел IIbis, суд који је одлучио о растави од стола и постеље може да изврши њену конверзију у одлуку о разводу, уколико то дозвољава право државе форума.

⁴⁶ *Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, loc.cit.*

Аутономија воље је, углавном, своју примену у погледу одређивања меродавног права налазила у материји уговора, знатно ређе у области породичних односа. Допуштање неограничене аутономије у овим односима могло би водити нежељеним резултатима – примени права држава са којом супружници нису уопште повезани или са којом постоји тек слаба веза. У овим околностима чини се оправданим увођење ограничене аутономије воље која треба да оствари основни принцип међународног приватног права – регулисање спорног односа правом оне државе са којом је најтешње повезан. Чланом 20bis новог поглавља предлога Регулative Рим III⁴⁷, супружницима је пружена могућност избора меродавног права за развод брака и раставу од стола и постеље. Ипак, она је ограниченог обима будући је овим чланом одређен круг права између којих могу одредити једно као меродавно. То може бити:

1. право државе последњег заједничког редовног боравишта супружника уколико један од њих у том месту још увек живи,
2. право државе чији је држављанин један од супружника, а у случају Уједињеног Краљевства и Ирске право државе у којој један од њих има своје пребивалиште,
3. право оне државе у којој су супружници живели најмање пет година,
4. право државе чланице у којој је поднета тужба.

Као и у случају пророгационог споразума и договор о избору меродавног права мора бити у писаном облику и потписан од стране оба супружника најкасније у тренутку заседања суда. Занимљиво је да предлог не предвиђа могућност да се као меродавно право одреди *lex loci celebrationis*.⁴⁸

Увођење ограничене аутономије воље у материју развода брака и раставе требало би да допринесе спречавању појаве „бракоразводног раја“. Под овим термином подразумевају се случајеви избора права оне државе која са разводом брака или раставом има тек слабу везу или је нема уопште, али су одредбе супстанцијалног права те државе повољне за оба супружника или, што је чешћи случај, за једног од њих. На тај начин постигло би се повећање флексибилности правног оквира за развод брака који је међународно обележен. Унификавањем норми о сукобу закона требало би да елиминише ризик од „журбе до суда“, будући да би суд сваке државе чланице до меродавног права за развод или раставу дошао следећи исту тачку везивања. Међутим, могуће је и да право које су супружници одредили као меродавно

⁴⁷ „Глава IIbis – Меродавно право за развод брака и раставу од стола и постеље“

⁴⁸ У том смислу, и амандмани 22 и 23 Европског Парламента и Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Report on the proposal for a Council regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters*, (COM(2006)0399 – C6-0305/2006 – 2006/0135(CNS)), A6-0361/2008 од 19.9.2008. године, <http://www.europarl.europa.eu>.

не одговара њиховим законитим очекивањима јер је законодавац у међувремену изменио супстанцијалне норме које регулишу развод брака или раставу. Будући да је циљ предлога Регулative и заштита оба супружника неопходно је увести механизме који обезбеђују њихову информисаност о последицама учињеног избора. То би се могло постићи увођењем обавезе закључења пророгационог споразума и споразума о меродавном праву уз учешће судије или нотара који би били дужни да упозоре супружнике о свакој евентуалној промени одредаба права које су изабрали као меродавно. Заштити права супружника би допринело и евентуално увођење могућности промене изабраног права, али само у случају измене супстанцијалних норми меродавног права, при чему би се супружници, уколико желе, опредељивали за неко друго право предвиђено чланом 20bis. Потребно је спречити и ситуацију у којој је избор конкретног меродавног права последица принуде коју врши један супружник. Такође, морало би се имати у виду да избор меродавног права не би смео штетити интересима деце.

Уколико супружници нису искористили могућност да изаберу меродавно право, оно ће бити одређено на основу супсидијарног везивања. Наиме, у наведеном случају, меродавно ће бити:

1. право државе у којој супружници *имају* заједничко редовно боравиште, или ако се до меродавног права не може доћи на тај начин,

2. право државе у којој су супружници *имали* последње заједничко редовно боравиште, а један од њих и даље живи у том месту, или ако се до меродавног права не може доћи на тај начин,

3. право државе заједничког држављанства супружника, односно у случају Уједињеног Краљевства и Ирске, право државе у којој имају заједничко пребивалиште, или ако се до меродавног права не може доћи на тај начин,

4. *lex fori*.⁴⁹

Примена *lex fori* могла би да изазове проблеме. У наведеној одредби предлога Регулative право државе форума би било меродавно чак и у случају да су супружници различитог држављанства имали у једном периоду трајања брака заједничко редовно боравиште, али су га касније напустили јер је дошло до фактичке растављености. У оваквим околностима *lex fori* се може чинити као „случајно“ меродавно. Његова примена би у овим околностима могла интензивирати сукоб супружника који већ пате и који су често веома везани за правни поредак државе свог порекла.

Предложена Регулative Рим III имала би универзалну примену без обзира да ли њене колизионе норме упућују на примену супстанцијалног права државе чланице или права треће државе. Уколико у конкретном случају није меродаван *lex fori*, било на основу аутономије воље било на основу

⁴⁹ Члан 20тер предлога Регулative Рим III.

примене колизионих норми, судији је значајно олакшано сазнање садржине страног меродавног права (реч је о страном праву са аспекта судије, иако је и у питању право државе ЕУ). У том случају, предвиђена је употреба Европске правосудне мреже (*European Judicial Network*).⁵⁰ Ако колизиона норма предлога Регулative Рим III упути на право треће државе као меродавно у конкретном случају решавање наведеног проблема није посебно регулисано. Ипак, може се сматрати да би суд ово питање решио применом релевантних билатералних уговора закључених између државе форума и државе чије је право меродавно, као што долази у обзир и примена одговарајућих вишестраних конвенција.⁵¹

Предлог Регулative Рим III искључује примену *renvoi*, тако да се упућивање на меродавно право, избором или на основу колизионих норми, односи на супстанцијално право конкретне државе, а не на њене колизионе норме. Као начин за очување правног поретка државе форума предвиђена је могућност примене клаузуле јавног поретка. Да би судија могао да на основу ње одбије од примене страног меродавно право, потребно да је материјалноправни резултат који би се добио *очигледно* супротан јавном поретку форума.⁵² Предвиђање клаузуле јавног поретка чини се неопходним у ситуацијама када би меродавно право предвиђало забрану развода или установу репудијације која постоји у шеријатском и неким правима северне Африке.⁵³ У тим случајевима, дошла би до изражаја позитивно дејство клаузуле јавног поретка, будући да би се уместо страног права применио *lex fori*.⁵⁴ Уколико се држава чије је право меродавно састоји из федералних

⁵⁰ Видети члан 20quarter. *European Judicial Network* установљена је Одлуком Савета бр. 2001/470/ЕС од 28. маја 2001. године, за потребе сарадње у материји грађанског и трговинског права и подразумева вебсајт који уређује и ажурира Европска комисија. Садржи информације о државама чланицама, комунитарном праву, европском праву и различитим аспектима грађанског и трговинског права. Мрежу чине представници држава чланица у области правосуђа и администрације који се састају неколико пута годишње ради размене информација и искустава и унапређења сарадње између држава чланица у наведеним материјама. Мрежа садржи податке о различитим националним системима грађанског и трговинског права, комунитарним инструментима, и о другим међународним организацијама: УН, Хашкој конференцији и СЕ. Не подразумева пружање одговора на практична питања нити правне савете за конкретне ситуације. Приступ мрежи: http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm.

⁵¹ Нпр. Европска конвенција о обавештењима о страном праву, Савет Европе, Лондон, 7. јуни 1968. године.

⁵² Чланови 20quinquies и 20sexies. Иако текст предлога Регулative садржи формулацију: „The application of a provision of the law designated by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum „, треба имати у виду да повреду јавног поретка не изазива чињеница да се примењује страног право, већ је материјалноправни резултат који би се на тај начин добио у супротности са домаћим јавним поретком.

⁵³ Видети више о установи репудијације: М. Рочкомановић: „Међународно приватно право“, четврто измењено и допуњено издање, Ниш, 2006, стр. 125 – 126.

⁵⁴ У том смислу и Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *op.cit.*

јединица које имају сопствене колизионе норме, ради примене будуће Регулative Рим III сматрало би се да су у питању посебне државе. Одредбе Регулative не би се користиле за решавање унутрашњег сукоба закона.⁵⁵

Предлог Комисије у знатној мери одговара стварном стању ствари – повећање мобилности људи у оквиру ЕУ директно утиче на број „међународних“ бракова, који се често окончавају разводом.

3. Надлежност и меродавно право за развод брака према Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља

У нашем праву, избор надлежног суда за решавање спорова поводом породичноправних односа није дозвољен, без обзира да ли би се уговорила надлежност домаћег или страног суда. Оваква концепција чини се оправданом. У ЕУ је ситуација другачија, будући да ће усвајање јединствених колизионих норми учинити питање надлежног суда ирелевантним, осим по питању процесних правила. У том смислу чини се оправданим садашње решење садржано у члановима 61, 62 и 63 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ).⁵⁶ Надлежност домаћег суда, пре свега, зависи од постојања пребивалишта туженика у Србији.⁵⁷ Такође, она се може успоставити и уколико између супружника и домаће државе постоји блиска веза успостављена на основу држављанства, боравишта и пребивалишта као помоћних критеријума. Наиме, суд у Републици Србије биће надлежан за развод брака и ако тужени нема пребивалиште у нашој земљи:

1. уколико су супружници наши држављани, без икаквог додатног услова,

2. ако је само тужилац наш држављанин, али уз услов да има пребивалиште у Србији,

3. уколико су супружници имали своје последње пребивалиште у Републици Србији, а тужилац у време подношења тужбе има пребивалиште или боравиште у нашој држави.

У свим наведеним случајевима надлежност српског суда је конкурентна. Међутим, законодавац уређује само случај када се развод брака покреће тужбом. У случају споразумног развода брака, они услови који се постављају у односу на обе странке, једнако би се примењивале на оба предлагача. С друге стране, услови који се односе само на тужиоца, могли би се тражити у погледу било ког супружника.⁵⁸ Истим чланом је регулисано и

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ „Сл. лист СФРЈ“, бр. 43/82, 72/82, „Сл. лист СРЈ“, бр. 46/96.

⁵⁷ У питању је надлежност на основу општег форума, на основу тумачења става 1 члана 61 ЗРСЗ.

⁵⁸ Тако: М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић: „Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву“, Београд, 1991, стр. 213 – 214.

питање надлежности домаћег суда у поступцима за поништај брака, односно за утврђивање његовог постојања. У наведеном случајевима, тужилац не мора бити супружник, већ и треће лице. То би значило да ће надлежност суда у Србији постојати и ако су супружници страног држављанства, под условом да је тужилац домаћи држављанин. Иако би се могло закључити да је законодавац под тужиоцем подразумевао супружника, остаје нејасна интенција законодавца. Из овог разлога чини се ефикаснијим прецизирање наведених одредби. Искључива надлежност нашег суда постоји уколико је тужени супружник српски држављанин са пребивалиштем на нашој територији, будући да је у овом случају остварена довољно јака веза са домаћом државом. На основу члана 62 ЗРСЗ домаћи суд је супсидијарно надлежан и онда када су супружници страни држављани, уколико су у нашој држави имали последње заједничко пребивалиште. У случају да само тужилац има пребивалиште у Србији, надлежност дефинитивно зависи од пристанка туженог и од прописа државе чији су супружници држављани. Сматра се да је тужени дао свој пристанак ако није оспорио надлежност у одговору на тужбу, противтужби или се упустио у расправљање.⁵⁹ Ако туженик не би дао свој пристанак или ако прописи релевантне државе искључују надлежност наше државе, суд ће се огласити апсолутно ненадлежним и тужбу одбацити. Међутим, ако је тужилац треће лице, сагласност би требала дати оба супружника. Даље, уколико су супружници различитог држављанства, наш суд би био надлежан уколико то дозвољавају прописи обе државе. Међутим, уколико право државе чији би суд био надлежан не познаје установу развода брака, а тужилац је наш држављанин то је довољан основ за заснивање надлежности суда у Републици Србији.⁶⁰

Питање меродавног права за развод брака регулисано је чланом 35 ст. 1 ЗРСЗ који предвиђа следеће решење: „За развод брака меродавно је право државе чији су држављани оба брачна друга у време подношења тужбе“.⁶¹ Оваквом формулацијом законодавац је избегао проблем мобилног сукоба закона временски фиксирајући тачку везивања. С друге стране, примена наведеног става долази у обзир само уколико супружници имају заједничко држављанство. Уколико је брак по том праву нераскидив, дискутабилно је да ли би се могао развести у Србији. Уколико *lex nationalis* супружника предвиђа уместо развода раставу од стола и постеље сматра се да је брак нераскидив, иако наше право предвиђа раскидивост брака као начело јавног поретка. У свим наведеним случајевима страно меродавно право се, иако

⁵⁹ Члан 50. ЗРСЗ.

⁶⁰ Члан 63. ЗРСЗ.

⁶¹ „Брачни другови“, термин који користи ЗРСЗ није у складу са термином „супружници“ који уводи нови Породични закон РС („Сл. гласник Републике Србије“, бр. 18/05), што је разумљиво имајући у виду да је ЗРСЗ ступио на снагу 1983. године и да је терминолошки био усклађен са тадашњим Основним законом о браку. Ипак, остаје нејасно зашто одговарајуће терминолошке измене нису извршене (и у погледу назива домаће државе - СРЈ).

супротно домаћем јавном поретку не би супституисало Породичним законом Србије, већ би се сматрало да развод није дозвољен.⁶² Наиме, да би клаузула јавног поретка била примењена потребно је да је меродавно страном право и да постоји значајна веза са домаћом државом. Сматра се да та веза постоји уколико је неки од елемената одређеног односа (у нашем случају брака) домаће обележен. Најчешће се то остварује преко држављанства, пребивалишта или боравишта страна (у нашем случају супружника), будући да се сматра да материјалноправни резултат који би произвела примена страног права у већој мери угрожава домаћи *orde public*. Сходно мишљењу преовлађујућег дела доктрине, поводом става 1 нема места примени калузуле јавног поретка јер није испуњен други услов.⁶³ Међутим, у делу наше доктрине заступљена су и схватања да, у највећем броју случајева, заснивање надлежности домаћег суда успоставља и неопходну везу са домаћим правним системом.⁶⁴ Поставља се питање да ли заснивање надлежности на основу члана 62 ЗРСЗ може значити и постојање унутрашње везе са Србијом као услова примене клаузуле јавног поретка и у случају да су супружници истог држављанства? Негирање ове могућности значи да законодавац сматра легитимним став о забрани развода, уколико није лично заинтересован у значајнијој мери.⁶⁵ С друге стране, у случају да супружници нису истог држављанства меродавна су права обе државе чији су они држављани.⁶⁶ Будући да се ради о обичној кумулацији, у случају да национална права супружника предвиђају различите бракоразводне услове примениће се строжије право.⁶⁷ Међутим, у ставовима 3 и 4 истог члана долази до примене специјалне клаузуле јавног поретка. Наиме, уколико се брак не би могао развести кумулативном применом меродавних права, а један од супружника има пребивалиште у Србији или је један од супружника наш држављанин који нема пребивалиште у нашој држави, брак ће се развести применом Породичног закона РС. Основни циљ овог супсидијарног везивања је олакшање развода брака. Ова клаузула је дефинисала степен толеранције домаћег законодавца према другачијим решењима страних меродавних права. С друге стране, везујући пребивалиште или држављанство за домаћу државу одређена је јачина унутрашње везе која омогућава заштиту установе јавног поретка. При томе, у доктрини постоји дилема да ли се под немогућношћу развода подразумева само случај када меродавно право или једно од њих уопште не дозвољава развод брака или и онај када је развод начелно могућ, али под различитим условима.⁶⁸

⁶² Тако: М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, стр. 121.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Тако М. Живковић, М. Станивуковић, *op.cit.*, стр. 353.

⁶⁵ Видети М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, стр. 123.

⁶⁶ Члан 35 ст. 2. ЗРСЗ.

⁶⁷ Нпр, ако право једног супружника превиђа одвојен живот у периоду од 5 година, а национално право другог у периоду од 6 година.

⁶⁸ Видети М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op.cit.*, стр. 124., Б. Бордаш: „Колизоне норме

С друге стране, ЗРСЗ остаје при традиционалном домашају аутономије воље приликом одређивања *меродавног права*. Она је могућа само у материји уговора и делимично у материји брачних имовинских односа.⁶⁹ Будући да су миграциона кретања присутна у свим деловима света, чини се да се суочавамо са све већим бројем случајева када веза са националном државом слаби у корист државе у коју се супружници досељавају. При томе, остаје питање на који начин омогућити остваривање основног принципа о најближој вези којом се руководе законодавци приликом конципирања колизионих норми и одабира тачака везивања. Такође, на основу студија које су наведене у одељку о меродавном праву за развод брака и раставу од стола и постеле, уочава се да норма о кумулативној примени *lex nationalis* супружника различитог држављанства одступа од савремених трендова, имајући у виду, пре свега, колизионе норме чланица ЕУ. У циљу осавремењивања решења ЗРСЗ могла би се предвидети или примена права државе са којом су супружници најближе повезани као специјална клаузула одступања, у случају да се задржи постојећи члан 35⁷⁰, или права оне државе о којој су се супружници споразумели, најкасније на првом рочишту. Аутономија воље би морала бити ограничена, а сам споразум би требало сачинити у писаној форми пред судијом који би супружнике морао упозорити на последице учињеног избора. Ограничење би се могло извршити фиксирањем права које супружници могу изабрати: заједнички *lex nationalis*, или ако су различитог држављанства *lex nationalis* једног од супружника, последње заједничко пребивалиште, последње заједничко редовно боравиште при чему треба одредити дужину његовог трајања или *lex fori*, али под строжијим условима. То би била прилика да се изврши увођење и дефинисање редовног боравишта у ЗРСЗ. И у случају одређивања меродавног права путем најближе везе и аутономијом воље *renvoi* је, по правилу, искључен. Такође, уколико се усвоји аутономија воље као основно правило, требало би предвидети и колизионе норме на основу којих би се дошло до меродавног права уколико супружници нису извршили избор. То би могле бити садашње одредбе члана 35, уз евентуалну допуну специјалном клаузулом одступања у случајевима када је значајно ослабљена веза са националном државом.

за брак и породицу: Да ли је време за измене?“, Зборник радова Двадесет година Закона о међународном приватном праву, Ниш, 2004, стр. 184.

⁶⁹ Чл. 19 и чл. 37 ЗРСЗ.

⁷⁰ Идеју заступа Б. Бордаш, *op. cit.*, стр.185.

Sanja Marjanović, LLB
Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš

**THE COURT JURISDICTION AND
THE APPLICABLE DIVORCE LAW
IN THE EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

Summary

There are currently no Community rules in the field of applicable law in matrimonial matters. The Regulation (EC) No 2201/2003 of 27th November 2003 sets out the rules on the jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters. It does not, however, contain any rules in the field of applicable law.

The diversity of national rules on applicable law and the differences in the substantive law of the Member States may lead to legal uncertainty in matrimonial proceedings of an international character. This can make it very difficult for “international” couples to predict which law will apply to their matrimonial proceeding. The proposal of the Regulation on the jurisdiction and applicable law in divorce and separation matters, which was presented by the European Commission on 17th July 2006 following the Green Paper on the applicable law and jurisdiction matters in divorce cases, is aimed at providing a clear legal framework in matrimonial matters in the European Union. In view of the high divorce rate in the Union, the Commission hopes to improve the legal certainty, predictability, flexibility and access to court for “international couples”, particularly as regards divorce and legal separation cases. It also provides the possibility to choose the competent court in divorce and legal separation proceedings. The rule on prorogation applies regardless of whether the couple lives in a Member State or in a third country. The proposal also introduces a uniform rule on “residual jurisdiction”. The proposal introduces harmonized conflict-of-law rules in matters of divorce and legal separation. Under these rules, spouses will be able to choose the law applicable to their divorce or legal separation. This proposal should prevent the problem of a “rush to court”. The proposed Regulation is intended to have a universal application, i.e. the conflict-of-law rule can designate the law of an EU Member State or the law of a third country as applicable law. Once adopted, the proposal will amend the Regulation (EC) No 2201/2003 .

However, in view of the Serbian 1982 PIL Code, there is a present need for the harmonization of the domestic conflict-of-law rules with the future EU rules in the matrimonial matters because the existing rules are still very traditional and not in accordance with the consequences of the increasing migration of people.

Key words: “international“ couple, divorce, legal separation, prorogation, residual jurisdiction, “rush to court“, applicable law.

ЈАВНО ПРАВО

UDK: 342.721

Др Предраг Димитријевић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРАВНА ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ - ДА ЛИ КОНТРОЛИШЕМО НАШЕ КОНТРОЛОРЕ?*

***Алстракт:** Развој информационо комуникационе технологије (ICT) ствара велики степен ризика по безбедност података који се налазе у информационим системима или на било ком месту у кибернетском простору. Посебно су осетљиви лични подаци који су широко распрострањени и тиме релативно лако доступни. Због тога све савремене државе доносе законе којима се пружа заштита личним подацима. Србија је донела Закон о заштити података о личности 2008. године. Овај закон неће моћи да пружи заштиту од свих ризика и опасности који прете да угрозе индивидуалну приватност. Он јесте корак напред који треба да смањи страх код грађана да неко може да контролише податке о њима а да они о томе не само што не знају, већ и не могу да знају. Међутим, питање је колико ће административне процедуре, предвиђене овим законом, бити ефикасне и да ли ће административна и судска пракса дати предност индивидуалној приватности или јавном интересу. "Велики Брат" и даље посматра!*

***Кључне речи:** приватност, заштита података о личности, информационо технологија.*

1. Информациона технологија и приватност

Развој нових информационих технологија довео је до стварања система који омогућују масовно праћење, надзор и прислушкивање комуникација, њихово трајно чување на дигиталним медијима и повезивање с другим подацима. Развојем комуникационих мрежа, нарочито Интернета, "мреже свих мрежа" јавља се појам "умреженог друштва", виртуалног света у којем свако комуницира са сваким. Та комуникација постаје извор најразноврснијих података о људима. У виртуалном свету човек је далеко

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

мање опрезан него у реалном. Привидна невидљивост и удаљеност ствара у њему осећај анонимности и сигурности, па понекад даје и личне податке или предузима и оне радње које у физичком свету сигурно никада не би.

Развојем савремених информационих система отворен је читав низ питања, а пре свега питање заштите права грађанина на приватност, односно права на неповредивост интегритета његове личности.¹ То је имало за последицу да се уочи "право на приватност", као једно од основних људских права и да се правници почну бавити правном заштитом података о личности. Питање заштите података о личности (личних података) је сложено питање између осталог и због тешкоћа у вези са уобличавањем ("конструисањем") једне прецизне правне дефиниције приватности. Питање приватности (*privacy*) и права на приватност годинама је предмет бурних теоријских расправа. Класична концепција приватности изнета је у раду "Право на приватност" америчких судија Самуел Варрен-а и Лоуис Брандаис-а, крајем XIX века, где се право приватности дефинише као право да се буде остављен на миру (*right to be left alone*).²

Међутим, проблематика приватности је постала горућа практична тема у условима употребе информационо комуникационе технологије (ИСТ). Она је створила неограничене могућности за концентрацију података, њихово груписање и претраживање по разним обележјима, као и могућност коришћења од стране широког круга корисника. То је имало за последицу масовну појаву података о личности по разним евиденцијама, регистрима и другим збиркама података. Опасности за приватност које доносе информационе технологије се састоје у стварању дигиталних информационих досијеа о грађанима који се могу злоупотребити (нпр. "крађа идентитета") и стварању огромног тржишта личних података.³ Информациона технологија се може искористити за стварање комплексних досијеа о грађанима, не само од стране државних институција, радозналих хакера или злонамерних криминалаца већ и за потребе приватног сектора који се њима све чешће користи у комерцијалне сврхе. Додуше, проблеми који задиру у приватност грађана могу проizaћи из грешака у програмима, сигурносних слабости комуникационих протокола или скривених могућности постојећих програма. Забрињавајуће је што се информациона технологија може користити за праћење активности дисидената, активиста за људска права, новинара, студентских вођа, мањина, синдикалних вођа, политичких опонената, итд.

Постојање свих ових опасности и ризика указали су на неопходност формирања једног система начела и мера за заштиту права појединца на

¹ Стеван Лилић, *Правна информатика*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2006, стр.140.

² Samuel Warren, Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 1890.

³ Тржиште личних информација, скривено од погледа јавности, већ је 1999. по неким проценама премашило вредност 1,5 милијарди долара. Осим за маркетиншке потребе, такви подаци могу довести и до тзв. "крађе идентитета", при чему су најчешће злоупотребе за чињење разних кривичних дела као што су рачунарске преваре.

приватност и тајност података који се односе на приватност.⁴ Приватност је саставни део личне али и социјалне сигурности у информационом друштву и е-државама. Због тога, савремени "активни" концепт приватности полази од тога да у информационом друштву, нико не може бити остављен на миру јер су подаци о појединцима и правним лицима део сложених информационих система. Да би се право на приватност могло заиста правно заштити, морамо имати једну реалну концепцију, која ће саму приватност схватити у контексту глобалног комуникационог окружења, а које има тенденције информационе ентропије. "Приватност је право да заштитимо себе од утицаја спољнег света. То је мера којом се користимо ради успостављања ограничења на захтеве организације и људи. То је право које тражимо ради заштите наше личне слободе, наше аутономије и нашег идентитета."⁵

Оно што Право ту стварно може је да појединцима правно гарантује контролу над информацијама о себи. Другим речима, појединци имају право да знају и контролишу ко користи информације о њима, када и у које сврхе, да ли има овлашћења за то, да ли је дошло до промена тих информација, зашто и у које сврхе. Суштина је у самоодређивању сопствене комуникације са другим. Међутим, информациона технологија у спрези са јавним интересом озбиљно доводи у питање право на приватност. Имајући у виду повећану могућност злоупотребе која се може јавити због примене информационих система, многе земље су, нарочито развијене, приступиле доношењу одговарајућих закона, с циљем посебне и непосредне заштите података, односно "приватности".⁶

2. Заштита приватности (свет и ЕУ)

70-тих година прошлог века су почеле законодавне реформе на подручју информационе приватности. Постоје два различита приступа заштити приватности. Општи приступ (свеобухватни закон о заштити личних података) и посебан приступ (посебни закони којима се уређују поједини аспекти приватности). *Општи приступ* карактеристичан је за земље ЕУ, као и ван ње (Аустралија, Нови Зеланд, Хонг Конг и Канада) и подразумева доношење општег закона о заштити личних података, који се темељи на основним начелима утврђеним у *Смерницама ОЕЦД-а* (1980) и *Европској конвенцији Савета Европе* (1981). Таквим законима прописују се строга правила у погледу прикупљања, обраде и преноса података, како у јавном, тако и у приватном сектору. О спровођењу закона брине се посебан и независан јавни службеник

⁴ Стеван Лилић, *Правна информатика*, Београд, 2006, стр.143.

⁵ S. Davies, How to Beat Goliath: The Strong Privacy Protection Is the Best Defense Against Information Warfare,

⁶ Ian J. Lloyd, *The Data Protection Act – Little Brother fights back?*, The Modern Law Review, Vol 48, Stevens&Sons Limited, 1985, p. 190.

(Комесар, Повереник, Омбудсман и сл.). Доношење таквог свеобухватног закона не искључује доношење посебних закона или прописа којима се заштита пружа на одређеним, специфичним подручјима.

Подручни приступ подразумева доношење посебних закона, којима се уређују поједини аспекти приватности, односно подручја или делатности у којима се покаже већа потреба и интерес за заштитом. Карактеристичан је за САД. Према овом приступу, не постоји један општи закон, већ се према потреби, најчешће кад се већ уоче могуће злоупотребе, доноси посебан закон (*ad hoc*) или допуњује неки постојећи, и којим се регулише то конкретно подручје. Проблем је овде, што заштита најчешће касни јер тај приступ захтева да се ново законодавство доноси са сваком новом технолошком иновацијом. Најчешће не постоји ни посебан службеник или орган (служба) која надгледа спровођење закона и заштиту приватности. То је препуштено грађанима и њиховим удружењима или самим правним лицима.

Проблематика правне заштите података о личности доводи до постепеног уобличавања законодавства о приватности. Законодавство о приватности део је права информационе технологије (ИТ права). Заштита података о личности, као део заштите основних права и слобода појединца, законски је регулисана у већини европских земаља већ више деценија. Многе технолошки развијене земље донеле су посебне законе о заштити података којима се, с неким изузецима, уређује углавном само заштита података о личности (право на приватност).⁷ Савет Европе донео је *Конвенцију о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података* (1981) са циљем да земље потписнице ускладе своја национална законодавства с основним начелима и препорукама садржаним у овом документу. Принципи на којима треба да се заснива регулатива у области заштите података о личности утврђени су у Конвенцији. Државама је препуштена иницијатива да се при регулисању ове материје одреде у погледу садржаја и обима заштите личних података, где могу исказати одређене специфичности. Међутим, свака држава мора да се придржава утврђених начела. То су: начело законитости и непристрасности при обради података, начело тачности података, начело обавештености и начело доступности података, које имају и одговарајуће изузетке (заштита безбедности земље, јавне безбедности, монетарних интереса државе, сузбијање кривичних дела, и заштита права и слобода других), затим, начелом забране дискриминације, односно посебне заштите посебне категорију личних података, као што су подаци о расном пореклу, националној припадности, религиозним и другим уверењима, политичким и синдикалним опредељењима и сексуалном животу, лични подаци о здравственом стању, осуђивању и сл.

⁷ Први овакви закони донети су почетком седамдесетих година XX века у појединим државама САД. Први закон о заштити података у Европи донела је Шведска 1971, а затим СР Немачка, Француска, Аустрија, Данска, Норвешка, Финска, Луксембург и друге земље.

3. Заштита приватности у Србији

У Уставу Републике Србије (2006)⁸ у члану 48, зајамчена је заштита података о личности. Устав предвиђа да ће се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уредити посебним законом. Устав прокламује да је забрањена и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности државе, а на начин предвиђен законом. Устав ставља у први план право сваког да буде *обавештен* о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и *право на судску заштиту* због њихове злоупотребе. Тиме се устав определио за заштиту приватности грађана. На основу Устава РС (2006) донет је *Законом о заштити података о личности* (2008).⁹ За обављање послова заштите података о личности успоставља се специјални орган *Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности*,¹⁰ као самосталан државни орган, независан у вршењу своје надлежности.¹¹

1. Предмет, циљ и важење. Законом о заштити података о личности има за *предмет* правно регулисање услова и целокупног правног режима за *обраду података* о личности (права лица и заштита права лица, чији се подаци обрађују, ограничења заштите података о личности, поступак пред надлежним органом за заштиту података, обезбеђење података, евиденција, изношење података ван државе и надзор).¹²

Циљ закона је да, у вези са обрадом података о личности, сваком физичком лицу¹³ обезбеди остваривање и заштиту права на приватност. То значи да је у персоналном смислу (важењу) заштита универзална, односно да се сваком физичком лицу, без обзира на држављанство и пребивалиште, расу, године живота, пол, језик, вероисповест, политичко и друго уверење,

⁸ Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 83/06.

⁹ Закон о заштити података о личности, Службени лист РС, бр. 97/2008.

¹⁰ Повереник за информације од јавног значаја, установљен Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја („Службени гласник РС”, бр. 120/04 и 54/07) наставља са радом под називом Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности.

¹¹ Између осталих послова из његове надлежности, Повереник успоставља и води *Централни регистар*. Централни регистар збирки података је евиденција коју чини *регистар збирки података* и *каталог збирки података* коју води Повереник. Регистар збирки података садржи податке. Каталог збирки података садржи опис евидентираних збирки података. Централни регистар је јаван и обавезно се објављује путем интернета. Повереник једном годишње објављује попис збирки података у „Службеном гласнику Републике Србије”.

¹² Пре доношења овог закона био је на снази *Закон о заштити података о личности* из 1998, (Службени лист СРЈ, бр. 24/98; 26/98).

¹³ Објект заштите је *физичко лице*, а под физичким лицем се у смислу овог закона подразумева човек на кога се односи податак, чији је идентитет одређен или одредив на основу личног имена, јединственог матичног броја грађана, адресног кода или другог обележја његовог физичког, психолошког, духовног, економског, културног или друштвеног идентитета.

националну припадност, социјално порекло и статус, имовинско стање, рођење, образовање, друштвени положај или друга лична својства, пружа законска правна заштита сагласно уставним одредбама.

Закон одређује не само своје персонално важење, већ и своје предметно важење, тако што прописује да се примењује на сваку обраду податка, најпре аутоматизовану али и неаутоматизовану. Међутим, законодавац сужава поље свог важења помоћу критеријума "сврха обраде", јер истиче да се не примењује када се подаци обрађују у друге сврхе а то су искључиво историјске, статистичке или научноистраживачке сврхе, под само под условом да таква обрада не служи доношењу одлука или предузимању мера, према одређеном лицу. У том случају важе посебни прописи и посебне мера заштите.¹⁴

Овај закон пружа заштиту подацима о личности, под којим се подразумева свака информација која се односи на физичко лице,¹⁵ осим ако "очигледно" претежу *супротни интереси лица* или *законске одредбе* којима се ускраћује заштита података. У том смислу, овим законом није заштићена једна не мала група података, какви су подаци, који су:

1) доступни свакоме и објављени у јавним гласилима и публикацијама или приступачни у архивама, музејима и другим сличним организацијама;

2) који се обрађују за породичне и личне потребе и нису доступни трећим лицима;

3) подаци који се о члановима политичких странака, синдиката и других удружења обрађују од стране тих организација, али под условом да члан да писмену изјаву да одређене одредбе овог закона не важе за обраду података о њему за одређено време, али не дуже од његовог чланства у тој организацији;

4) подаци које је лице објавило о себи, а способно је да се само стара о својим интересима.

2. Обрада података¹⁶ је по правилу дозвољена стим што је за њу

¹⁴ Мере заштите података који се архивирају у историјске, статистичке или научноистраживачке сврхе уређују се *посебним прописом*, који може да уређује сврху и начин обраде. У том случају руковалац је одређен посебним прописом. Руковалац података је физичко или правно лице, односно орган власти који обрађује податке

¹⁵ **Податак о личности** је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена и на носач информације (папир, трака, филм, електронски медиј и сл), по чијем налогу, у чије име, односно за чији рачун је информација похрањена, датум настанка информације, место похрањивања информације, начин сазнавања информације (непосредно, путем слушања, гледања и сл, односно посредно, путем увида у документ у којем је информација садржана и сл), или без обзира на друго својство информације.

¹⁶ **Обрада података** је свака радња предузета у вези са подацима као што су: прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чињење доступним, прикривање, измештање и на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски

потребан пристанак. Међутим, у одређеним случајевима обрада података није дозвољена, односно забрањена је, и то ако:

- 1) физичко лице није дало пристанак¹⁷ или се обрада врши без законског овлашћења;
- 2) се врши у другу сврху од оне за коју је одређена (без обзира на пристанак или законско овлашћење);
- 3) *сврха обраде* није јасно одређена, ако је измењена, недозвољена или већ остварена;
- 4) је лице на које се подаци односе одређено или одредиво и након што се оствари сврха обраде;
- 5) је *начин обраде* недозвољен;
- 6) је податак који се обрађује непотребан или неподесан за остварење сврхе обраде;
- 7) су број или врста података који се обрађују несразмерни сврси обраде;
- 8) је податак неистинит и непотпун, односно када није заснован на веродостојном извору или је застарео.

Закон садржи и једно специјално ограничење за аутоматску обраду података јер не допушта одређене тзв. аутоматске одлуке ("одлуке помоћу аутоматизоване обраде"), које производе правне последице за лице или погоршавају његов положај. Такве правне одлуке не могу бити искључиво засноване на подацима који се обрађују аутоматизовано и који служе оцени неког његовог својства (радне способности, поузданости, кредитне способности и сл). Закон допушта аутоматску одлуку само када је то законом изричито одређено, односно када се усваја захтев лица у вези са закључењем или испуњењем уговора, уз спровођење одговарајућих мера заштите. У том случају лице мора бити упознато са поступком аутоматизоване обраде и начином доношења одлуке.

Међутим, постоје случајеви када је *обрада без пристанка* дозвољена али само у тачно одређеним случајевима, и то:

- 1) да би се остварили или заштитили животно важни интереси лица или другог лица (нпр. живот, здравље и физички интегритет);
- 2) у сврху извршења законских или уговорних обавеза закљученим између лица и руковоаца, као и ради припреме закључења уговора;

или на други начин. **Обрађивач података** је физичко или правно лице, односно орган власти, коме руковалац на основу закона или уговора поверава одређене послове у вези са обрадом.

¹⁷ Пуноважан пристанак за обраду може дати лице, након што га руковалац претходно обавести. Пуноважан пристанак лице може дати писмено или усмено на записник. Пристанак се може дати преко пуномоћника. Пуноважан опозив пристанка лице може дати писмено или усмено на записник. У случају опозива, лице које је дало пристанак дужно је да руковоацу накнади оправдане трошкове и штету. Обрада података је недозвољена после опозива пристанка.

3) у другим законом предвиђеним случајевима, а ради остварења претежног оправданог интереса лица, руковооца или корисника.¹⁸

4) Најзад, закон допушта да *орган власти*¹⁹ може да обрађује податке без пристанка лица, ако је обрада неопходна ради обављања послова из своје надлежности у циљу остваривања интереса националне или јавне безбедности, одбране земље, спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела, економских, односно финансијских интереса државе, заштите здравља и морала, заштите права и слобода и другог јавног интереса, а у другим случајевима на основу писменог пристанка лица.

3. Прикупљање података. Закон допушта *прикупљање података* непосредно од лица на које се односе, од овлашћених органа управе али и од другог лица али под условима: да је то предвиђено уговором закљученим са лицем на које се подаци односе или је то прописано законом или је то неопходно с обзиром на природу посла или прикупљање података непосредно од лица захтева прекомерни утршак времена и средстава или се прикупљају подаци ради остварења или заштите животно важних интереса (живота, здравља и физичког интегритета) лица на које се односе.

4. Обавештавање о обради података је примена начела јавности и транспарентности при обради података.²⁰ Руковалац који податке прикупља од лица на које се односе или од другог лица, пре прикупљања, упознаће (друго) лице о свом идентитету, сврси прикупљања и обраде података, начину коришћења података, о идентитету лица која користе податке, правном основу (обавезности), односно добровољности давања података и обраде, праву да пристанак за обраду опозове, као и правне последице у случају опозива, правима у случају недозвољене обраде и другим околностима чије би несаопштавање било супротно *савесном поступању*.

Међутим, постоје изузеци у којима не постоји обавеза обавештавања о обради. То је случај када то није могуће, очигледно је непотребно (непримерено), посебно ако је (друго) лице, већ упознато са тиме или лице на које се подаци односе није доступно.

Руковалац који је податке о лицу прикупио од другог, упознаће са условима, лице на које се подаци односе, без одлагања или најкасније при првој обради, осим када такво упознавање, с обзиром на околности случаја, није могуће, захтева прекомерни утршак времена и средстава или је очигледно непотребно (нпр. лице на које се односе подаци већ упознато са тиме, ако лице није доступно или је обрада података од другог прописана законом).

¹⁸ *Корисник података* је физичко или правно лице, односно орган власти, који је законом или по пристанку лица овлашћен да користи податке.

¹⁹ Орган власти је државни орган, орган територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе, односно други орган или организација којој је поверено вршење јавних овлашћења

²⁰ Упознавање врши се у писменом облику у случају када се за пристанак за обраду даје у писменом облику, осим ако лице пристане на усмено упознавање.

Руководалац ће обавестити лице на које се подаци односе и корисника о измени, допуни или брисању података без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од дана измене, допуне или брисања података.

5. Нарочито осетљиви подаци. Подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за кривично дело и сексуални живот могу се обрађивати на основу *слободно датог пристанка* лица, осим када закон забрањује обраду ни уз пристанак.²¹

Изузетно, подаци који се односе на припадност политичкој странци, здравствено стање и примање социјалне помоћи, могу се обрађивати без пристанка лица, ако је законом допуштено.

Обрада "нарочито осетљивих података" мора бити посебно означена и заштићена мерама заштите. Начин архивирања и мере заштите ових података, уз претходно прибављено мишљење Повереника, уређује Влада. У овом случају, Повереник има право увида у податке и провере законитости обраде по службеној дужности или по захтеву лица, односно руковоаца.

6. Права лица на које се подаци односе

6.1. *Право на обавештење о обради.* Лице има право да захтева да га руководалац истинито и потпуно обавести о томе:

- 1) да ли руководалац обрађује податке о њему и коју радњу обраде врши;
- 2) које податке обрађује о њему;
- 3) од кога су прикупљени подаци о њему, односно ко је извор података;
- 4) у које сврхе обрађује податке о њему;
- 5) по ком правном основу обрађује податке о њему;
- 6) у којим збиркама података се налазе подаци о њему;
- 7) ко су корисници података о њему;
- 8) које податке, односно које врсте података о њему користе;
- 9) у које сврхе се користе подаци о њему;
- 10) по ком правном основу користи податке о њему;
- 11) коме се подаци преносе;
- 12) који подаци се преносе;
- 13) у које сврхе се подаци преносе;

²¹ *Пристанак за обраду нарочито осетљивих података* даје се у писменом облику, који садржи ознаку податка који се обрађује, сврху обраде и начин његовог коришћења. У случају *опозива пристанка* обраде ове категорије података, лице које је дало пристанак дужно је да руковоацу накнади оправдане трошкове и штету, у складу са прописима о одговорност за штету, осим ако је друкчије одређено у изјави о пристанку. Ако давалац пристанка није писмен или из другог разлога није у стању да пристанак својеручно потпише, пристанак је пуноважан ако два сведока својим потписима потврде да писмено садржи изјаву воље даваоца пристанка.

14) по ком правном основу се подаци преносе;

15) у ком временском периоду се подаци обрађују.

6.2. *Право на увид* у податке који се на њега односе обухвата право на преглед, читање и слушање података, као и прављење забележака. Лице има право да од руковоаца захтева да му стави на увид податке који се на њега односе.

6.3. *Право на копију* податка који се односи на лице има то лице тако што подноси захтев руководиоцу. Руковалац издаје копију податка (фотокопију, аудио копију, видео копију, дигиталну копију и сл) у облику у којем се информација налази, односно у другом облику ако би у облику у коме се информација налази лицу била неразумљива. Лице сноси нужне трошкове израде и предаје копије податка.

6.4. *Права лица поводом извршеног увида*. Лице има право да од руковоаца захтева исправку, допуну, ажурирање, брисање података, као и прекид и привремену обуставу обраде. Лице има право на *брисање података* ако је сврха обраде остварена, ако сврха обраде није јасно одређена или је измењена, а нису испуњени услови за ту обраду, ако је начин обраде недозвољен ако податак спада у број и врсту података чија је обрада несразмерна сврси, ако је податак нетачан, а не може се путем исправке заменити тачним, ако се податак обрађује без пристанка или законског овлашћења.

Лице има право на прекид и привремену обуставу обраде, ако је оспорило тачност, потпуност и ажурност података, као и право да се ти подаци означе као оспорени, док се не утврди њихова тачност, потпуност и ажурност.

7. Ограничења права. Право на обавештење, увид и копију може се ограничити ако:

1) лице тражи обавештење, а руковалац је податке о њему унео у јавни регистар или их је на други начин учинио доступним јавности;

2) лице злоупотребљава своје право на обавештење, увид и копију;

3) је руковалац, већ упознао лице са оним о чему тражи да буде обавештен, односно ако је лице извршило увид или добило копију, а у међувремену није дошло до промене податка;

4) би руковалац био онемогућен у вршењу послова из свог делокруга;

5) би давање обавештења озбиљно угрозило интересе националне и јавне безбедности, одбране земље, или радње спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела;

6) би давање обавештења озбиљно угрозило важан привредни или финансијски интерес државе;

7) би се обавештењем учинио доступним податак за који је законом, другим прописима или актима заснованим на закону одређено да се чува као тајна, а због чијег би одавања могле наступити тешке последице по интерес заштићен законом;

8) би обавештење озбиљно угрозило приватност или важан интерес лица, посебно живот, здравље и физички интегритет;

9) се подаци о њему користе искључиво за научноистраживачке и статистичке сврхе, док такво коришћење траје.

Лице нема право на увид док траје обустава обраде ако је обрада обустављена на његов захтев.

8. Остваривање права лица на које се подаци односе. Права се остварују подношењем захтева за остваривање права. Тај захтев има неколико модалитета. То може бити: *Захтев за обавештење, увид и копију* подноси се руковоацу у писменом облику.²² Руковалац може прихватити и усмени захтев, из разлога ефикасности и економичности, осим захтева за остваривање права поводом извршеног увида, који се увек подноси у писменом облику.

8. Одлучивање о захтеву се спроводи у посебном управном поступку.²³ При томе постоје два поступка: поступак одлучивања о захтеву за обавештење, увид и копију и поступак одлучивања о захтеву поводом извршеног увида.

8.1. *Одлучивање о захтеву за обавештење, увид и копију.* Руковалац је дужан да *обавештење о поднетом захтеву*²⁴ изда без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од дана подношења.

Руковалац је дужан да без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема уредног захтева за увид, односно за издавање копије, омогући подносиоцу да изврши увид, односно да му преда копију.

Руковалац ће заједно са обавештењем о томе да ће подносиоцу захтева ставити на увид податак, односно издати му копију податка,

²² Захтев садржи: податке о идентитету подносиоца (име и презиме, име једног родитеља, датум и место рођења, јединствени матични број грађана), адресу пребивалишта, односно боравишта, као и друге податке неопходне за контакт. Руковалац може прописати *образац* за подношење захтева, али је дужан да размотри и захтев који није сачињен на том образцу. Писмени облик подразумева и *електронски облик*, под условима из закона којим се уређује електронски потпис.

²³ На *поступак одлучивања* о захтевима примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, осим ако овим законом није друкчије одређено. Реч је о сходној примени ЗУП-а. Захтев који подноси законски наследник умрлог лица садржи и податке о идентитету умрлог. Уз захтев се прилаже извод из матичне књиге умрлих и доказ о сродству подносиоца са умрлим. Неписмено лице, лице које због телесних или других недостатака није у могућности да захтев сачини у писменом облику може захтев усмено саопштити у записник. Права прописана овим законом могу се остварити лично или преко пуномоћника. Пуномоћје мора бити оверено. Ако је захтев неразумљив или непотпун, руковалац је дужан да поучи подносиоца како да недостатке отклони. Ако подносилац не отклони недостатке у одређеном року, а најдуже у року од 15 дана од дана пријема поуке о допуни, а недостаци су такви да се по захтеву не може поступати, руковалац ће закључком одбацити захтев као неуредан.

²⁴ Обавештење се даје у писменом облику, а изузетно се може дати и усмено ако на то пристане подносилац.

саопштити и време, место и начин на који ће му податак бити стављен на увид, износ нужних трошкова израде копије податка, а у случају да не располаже техничким средствима за израду копије, упознаће подносиоца са могућношћу да употребом своје опреме изради копију.

Подносилац захтева из става 2. овог члана може из оправданих разлога тражити да увид у податке изврши у друго време. Увид у податке врши се по правилу у службеним просторијама руковоаца.

Ако руковалац није у могућности, из оправданих разлога, да поступи по захтеву у прописаном року, обавестиће о томе подносиоца и одредити нови рок за поступање који не може бити дужи од 30 дана од истека рока из ст. 1. и 2. овог члана.

Ако прихвати захтев за обавештење, увид и копију, руковалац о томе сачињава забелешку.

Ако руковалац одбије захтев, о томе доноси решење са поуком о правном средству.

Ако руковалац не одговори на захтев у роковима из ст. 1. и 2. овог члана, као и ако одбије захтев, подносилац захтева може изјавити жалбу Поверенику.

8.2. Одлучивање о захтеву поводом извршеног увида. Руковалац је дужан да одлучи о овом захтеву, без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од дана подношења захтева и да о одлуци обавести подносиоца захтева.

9. Начин остваривања права. Постоје неколико начина остваривања права у вези са заштитом података.

9.1. Начин остваривања права на увид. Руковалац је дужан да подносиоцу учини доступним податак који се на њега односи, у разумљивом облику.

Руковалац је дужан да подносиоцу учини доступним све податке у стању у каквом се налазе. Ако се податак чува у разним облицима (папир, аудио, видео или електронски запис и др), подносилац има право да изврши увид у облику који сам изабере, осим када је то неизводљиво.

9.2. Начин остваривања права на копију. Руковалац издаје копију податка (фотокопију, аудио копију, видео копију, дигиталну копију и сл) у облику у којем се информација налази, односно у другом облику, ако би у облику у коме се информација налази лицу била неразумљива. Нужне трошкове израде и предаје копије податка сноси подносилац.

10. Заштита личности. Ако се објављивањем податка у јавном гласилу и публикацији повреди право или правно заштићен интерес лица, повређено лице може захтевати од одговорног уредника и издавача јавног гласила обавештење о подацима који се о њему обрађују, увид у податке и копију, изузев ако:

- 1) би се тиме открили подаци у вези са извором информације које новинар и други медијски посленик нису дужни или нису спремни да открију;
- 2) би се тиме открили подаци у вези са лицем које је учествовало у припреми и објављивању информације, а одговорни уредник није спреман да их открије;

3) постоје околности у којима би обавештавање, увид или израда копије битно омели обавештавање јавности о информацијама од јавног значаја.

11. Поступак пред Повереником. Када руковалац сматра да он не обрађује податак, проследиће захтев Поверенику, осим ако се подносилац захтева томе противи. Међутим, по пријему захтева Повереник треба да *провери* да ли руковалац обрађује тражени податак.

Ако утврди да руковалац *не обрађује податак*, Повереник ће доставити захтев руковоацу који обрађује податак и о томе ће обавестити подносиоца захтева или ће га упутити на руковоаца који обрађује податак, у зависности од тога на који ће се начин ефикасније остварити захтев.

Ако утврди да руковалац *обрађује податак*, Повереник ће решењем наложити руковоацу да одлучи о захтеву у року од седам дана од дана достављања решења Повереника.

12. Поступак по жалби. На поступак одлучивања по жалби примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, осим ако овим законом није друкчије одређено.

Право на жалбу има подносилац захтева за остваривање права у вези са обрадом. Жалба се може изјавити жалбу²⁵ Поверенику:

- 1) против одлуке руковоаца којом је одбијен или одбачен захтев;
- 2) када руковалац не одлучи о захтеву у прописаном року;
- 3) ако руковалац не стави на увид податак, односно не изда копију податка или то не учини у року и на начин прописан овим законом;
- 4) ако руковалац услови издавање копије података уплатом накнаде која превазилази износ нужних трошкова израде копије;
- 5) ако руковалац, супротно закону, отежава или онемогућава остваривање права.

Решавање Повереника по жалби Повереник доноси одлуку по жалби најкасније у року од 30 дана од дана подношења жалбе. Жалба се доставља руковоацу ради одговора на жалбу. О наводима из одговора на жалбу може се изјаснити подносилац.

Повереник одбацује решењем неблагоприятну или непотпуну жалбу, односно жалбу која је изјављена од неовлашћеног лица.

Када Повереник, поводом жалбе изјављене због недоношења одлуке по захтеву ("ћутање управе"), утврди да је жалба основана, решењем ће наложити руковоацу да у одређеном року поступи по захтеву. Ако руковалац након изјављене жалбе због непоступања по захтеву, а пре доношења одлуке по жалби, омогући остваривање права на увид, односно копију или по захтеву одлучи, Повереник ће закључком *обуставити поступак* по жалби.

²⁵ Жалба се може изјавити у року од 15 дана од дана достављања одлуке којом је захтев одбијен или одбачен, односно по истеку прописаног рока за одлучивање и поступање. Уз жалбу се прилаже захтев са доказом о предаји руковоацу и одлука која се оспорава.

Поступак по жалби се обуставља и када подносилац одустане од жалбе.

Повереник предузима радње за *утврђивање чињеничног стања* које су неопходне ради одлучивања по жалби.

Поверенику, ради утврђивања чињеничног стања, омогућиће се увид у податак, односно збирку података, изузев у случају ако би се тиме озбиљно угрозио интерес националне или јавне безбедности, одбране земље или радње спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела, док трају разлози за ограничење.

Решење Повереника по жалби је обавезујуће, коначно и извршно. Влада у случају потребе обезбеђује извршење решења Повереника и може ближе да одреди начин извршења решења.

Против одлуке Повереника може се покренути управни спор. Тужба је правни лек против одлуке.

Повереник је надлежан да:

- 1) надзире спровођење заштите података;
- 2) одлучује по жалби у случају прописаним овим законом;
- 3) води Централни регистар;
- 4) надзире и дозвољава изношење података из Републике Србије;
- 5) указује на уочене злоупотребе приликом прикупљања података;
- 6) саставља листу држава и међународних организација које имају одговарајуће уређену заштиту података;
- 7) даје мишљење у вези са успостављањем нових збирки података, односно у случају увођења нове информационе технологије у обради података;
- 8) даје мишљење, у случају када постоји сумња да ли се неки скуп података сматра збирком података у смислу овог закона;
- 9) даје мишљење Влади у поступку доношења акта о начину архивирања и о мерама заштите нарочито осетљивих података;
- 10) прати примену мера за заштиту података и предлаже побољшање тих мера;
- 11) даје предлоге и препоруке за унапређење заштите података;
- 12) даје претходно мишљење да ли одређени начин обраде представља специфичан ризик за права и слободу грађанина;
- 13) прати уређење заштите података у другим земљама;
- 14) сарађује са органима надлежним за надзор над заштитом података у другим земљама;
- 15) одређује начин даљег поступања са подацима када је руковалац престао да постоји, осим ако је прописано друкчије;
- 16) обавља и друге послове из своје надлежности.

Повереник може имати заменика за заштиту података о личности.

Извештај који подноси Народној скупштини, Повереник доставља председнику Републике, Влади и Заштитнику грађана и на одговарајући начин ставља на увид јавности.

Повереник има **право приступа и увида** у:

- 1) податак и збирку података;
- 2) комплетну документацију која се односи на прикупљање података и друге радње обраде, као и на остваривање права лица из овог закона;
- 3) опште акте руковоаца;
- 4) просторије и опрему коју користи руковалац.

Приступ и увид из става 1. тач. 1), 2) и 4) овог члана може се ограничити ако би се тиме озбиљно угрозио интерес националне или јавне безбедности, одбране земље или радње спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела, док трају разлози за ограничење, у складу са законом.

У случају да руковалац сматра да постоје разлози за ограничење из става 2. овог члана дужан је да, у року од осам дана од дана достављања захтева Повереника, затражи мишљење председника Врховног касационог суда о постојању разлога за ограничење права приступа и увида Повереника.

Председник Врховног касационог суда дужан је да, у року од осам дана од дана достављања захтева руковоаца из става 3. овог члана, достави мишљење руковоацу. Руковалац је дужан да о мишљењу председника Врховног касационог суда обавести Повереника.

13. Обезбеђење података Подаци морају бити одговарајуће заштићени од злоупотреба, уништења, губитка, неовлашћених промена или приступа.

Повереник, заменик Повереника и запослени у стручној служби, дужни су да као тајну, чувају све податке које сазнају у обављању својих дужности, у складу са законом о тајности података. Обавеза чувања тајне траје и по престанку обављања дужности, односно по престанку радног односа у стручној служби.

Руковалац и обрађивач дужни су да предузму техничке, кадровске и организационе мере заштите података, у складу са утврђеним стандардима и поступцима, а које су потребне да би се подаци заштитили од губитка, уништења, недопуштеног приступа, промене, објављивања и сваке друге злоупотребе, као и да утврде обавезу лица која су запослена на обради, да чувају тајност података.

У случају *смрти и проглашења несталог лица за умрло*, подаци који су прикупљени на основу уговора, односно сагласности у писменом облику, чувају се у складу са условима утврђеним у уговору, односно престанку, а подаци који су прикупљени на основу закона чувају се најмање годину дана од дана смрти, односно проглашења несталог лица за умрло, а након тога се уништавају. О уништавању података сачињава се забелешка.

Ако је збирка података²⁶ успостављена уговором, односно на основу пристанка у писменом облику, у случају *раскида уговора*, односно *повлачења пристанка* у писменом облику, руковалац је обавезан да податке брише у року од 15 дана од дана раскида уговора, односно повлачења пристанка, осим ако је другачије прописано или уговорено.

Руковалац образује и води евиденцију о обради података.²⁷ Он је дужан да ажурира евиденцију када дође до промене у вези са основним подацима у року од 15 дана од дана настанка промене.²⁸

14. Обавештавање Повереника Руковалац је дужан да пре започињања обраде, односно успостављања збирке података достави Поверенику обавештење о намери успостављања збирке података заједно са подацима из члана 48. овог закона, као и о свакој даљој намераваној обради, пре предузимања обраде и то најкасније 15 дана пре успостављања збирке података, односно обраде. Обавештења уписују се у Централни регистар.

Обавеза достављања обавештења из става 1. овог члана не односи се на започињање обраде, односно успостављање збирке података у случају када је посебним прописом одређена сврха обраде, врста података који се обрађују, врсте корисника којима ће подаци бити доступни, као и време за које ће подаци бити архивирани.

15. Претходна провера. Након пријема обавештења, пре успостављања збирке података, Повереник проверава радње обраде које би у значајној мери могле да доведу до повреде права лица.

Обавеза достављања Руковалац доставља Поверенику евиденцију о збирци података, односно промене у евиденцији података најкасније у року од 15 дана од дана успостављања, односно промене.

Повереник ће ускратити право на увид у евиденцију о збирци података ако то захтева руковалац, под условом да је то неопходно за

²⁶ Збирка података је скуп података који се аутоматизовано или неаутоматизовано воде и доступни су по личном, предметном или другом основу, независно од начина на који су похрањени и места где се чувају.

²⁷ *Евиденција о обради података* садржи: 1) врсту података и назив збирке података; 2) врсту радње обраде; 3) назив, име, седиште и адресу руковоаца; 4) датум започињања обраде, односно успостављања збирке података; 5) сврху обраде; 6) правни основ обраде, односно успостављања збирке података; 7) категорију лица на које се подаци односе; 8) врсту и степен тајности података; 9) начин прикупљања и чувања података; 10) рок чувања и употребе података; 11) назив, име, седиште и адресу корисника; 12) ознаку уношења, односно изношења података из Републике Србије са називом државе, односно међународне организације и страног корисника, правни основ и сврху уношења, односно изношења података; 13) предузете мере заштите података; 14) захтев поводом обраде.

²⁸ Међутим, Руковалац *није дужан* да образује и води евиденцију обраде: података који се обрађују искључиво у породичне и друге личне потребе, података који се обрађују ради вођења регистара чије је вођење законом прописано, података за збирку података коју чине само јавно објављени подаци, као ни података који се односе на лице чији идентитет није одређен а руковалац, обрађивач, односно корисник није овлашћен да идентитет одреди.

остваривање претежног интереса очувања националне или јавне безбедности, одбране земље, рада органа власти, финансијског интереса државе или ако је законом, другим прописом или актом заснованим на закону одређено да се евиденција о збирци података чува као тајна.

16. Изношење података из државе. Подаци се могу износити из Републике Србије у државу чланицу *Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података Савета Европе*.

Подаци се могу износити у државу која није чланица ове конвенције, односно међународну организацију, ако је у тој држави, односно међународној организацији, прописом, односно уговором о преносу података, обезбеђен степен заштите података у складу са конвенцијом. У овом случају Повереник је надлежан да утврђује да ли су испуњени услови и спроведене мере заштите података приликом њиховог изношења из државе и даје дозволу за изношење.

17. Надзор над спровођењем и извршавањем овог закона врши Повереник преко овлашћених лица. Овлашћено лице је дужно да надзор врши стручно и благовремено и да о извршеном надзору сачини записник.

У вршењу надзора овлашћено лице поступа на основу сазнања до којих је дошао по службеној дужности, од стране подносиоца жалбе или трећег лица.

Лица којима су овим законом утврђене обавезе у вези са заштитом података, дужна су да овлашћеном лицу *омогуће несметано вршење надзора* и ставе му на увид и располагање потребну документацију.

Ако се приликом надзора утврди да су повређене одредбе закона, Повереник ће упозорити руковооца на неправилности у обради. На основу налаза овлашћеног лица, Повереник може наредити да се неправилности отклоне у одређеном року, привремено забранити обраду која се обавља супротно закону, наредити брисање података прикупљених без правног основа.

Против ових акта наредби и забрана *жалба није дозвољена*, али се може покренути управни спор.

Повереник је дужан да поднесе *прекршајну пријаву* због повреда одредаба овог закона. При томе прекршајно одговарају руковалац, обрађивач или корисник података који има својство правног лица. Прекршајно одговарају и физичко лице, односно одговорно лице у правном лицу, државном органу, односно органу територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе.

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

LEGAL PROTECTION OF PERSONAL DATA:
Do We Control Our Controllers?

Summary

The development of information and communication technologies (ICT) has created a high risk for the security of data stored in information systems or elsewhere in cyberspace. It makes personal data particularly susceptible as their widespread use makes them easily available and accessible. For this reason, all modern states adopt relevant legislation to provide for the legal protection of personal data. In the Republic of Serbia, the Personal Data Protection Act was adopted in 2008. However, this Act will not be able to provide protection from all risks and dangers threatening to jeopardize individual privacy. It is certainly a step forward which is supposed to reduce the fear among citizens that someone can keep their data under control without their knowledge, whereas they have no means of knowing anything about it. However, there is a remaining question on the actual efficiency of the administrative procedures envisaged in this Act, as well as a question of priorities: whether the administrative and judicial practice will give supremacy to the privacy of an individual or to the public interest. Meanwhile, "the Big Brother" will be watching you!

Key words: privacy, protection of personal data, information technology.

UDK:336.2

Др Милева Анђелковић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПОРЕСКО САВЕТОВАЊЕ У ФУНКЦИЈИ ИЗВРШАВАЊА ПОРЕСКИХ ОБАВЕЗА *

Апстракт: Аутор у раду даје осврт на нека питања везана за обављање једне нове професије у нашем порескоправном систему. Пореско саветовање није још увек уређено посебним законом мада га у пракси нека лица пружају, уз остале професионалне услуге. У очекивању доношења релевантног закона, аутор настоји да сагледа неке аспекте пореског саветовања а, нарочито, моралну димензију односа порески саветник-клијент (порески обвезник).

Кључне речи: порески саветник, порески обвезник, пореско планирање, поверљивост

Уводне напомене

Пореско саветовање је релативно новија професија на нашим просторима и нормативно-правно још није уобличена. Улога пореских саветника је предвиђена нормама процесног закона, наиме, Законом о пореском поступку и пореској администрацији.¹ Очекује се доношење релевантног закона којим би се уредила битна питања везана за њихово деловање и овлашћења. У овом раду ћемо, стога, само изнети размишљања о одређеним аспектима ове професије, уз нека компаративна сагледавања. Јасно је да ће тек доношењем закона о пореском саветовању формално-правно бити пружена могућност субјектима који ће испуњавати прописане услове да се званично определе за ову врло значајну пореску активност. За сада, колико нам је познато, пореским саветовањем се баве филијале неких страних консултантских фирми у нашој земљи и *ad hoc* неке адвокатске фирме и рачуноводствене агенције (биروي).

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ У члану 17. Закона о пореском поступку и пореској администрацији („Сл. гласник РС“, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007) предвиђена је професија пореског саветника која треба да се уреди посебним законом.

У овој краткој анализи позабавићемо се следећим питањима: природом односа између пореског саветника и клијента (пореског обвезника), начелима у обављању професије пореског саветовања и етичком димензијом пореског саветовања.

1. Природа односа пореског саветовања

Један од важних циљева пореског саветовања јесте правна заштита пореских обвезника. У томе видимо значај ове активности за осигурање регуларности извршавања пореских обавеза у целокупном процесу опорезивања који се фактички завршава тек коришћењем правних лекова, како редовних тако и ванредних. У том смислу, улога пореских саветника може афирмисати начело професионалности у порескоуправном поступку и олакшати приступ пореским обвезницима државним органима.

Пореско саветовање се у суштини своди на пружање саветодавних услуга које могу бити шире или уже дефинисане националним законодавством. Циљ пореског саветовања је помагање пореским обвезницима у извршавању њихових пореских обавеза, у складу са законским прописима и њиховим економским интересима. Пореско саветовање обухвата припрему и подношење пореских пријава, процену и давање мишљења о пореском планирању, заступање и одбрану пореских обвезника пред пореским органима и судовима и пружање других пореских и одговарајућих услуга.

Пореске услуге се пружају у посебном правном односу. Права и обавезе странака прецизирају се уговором између пореског саветника и клијента (пореског обвезника). Порески саветници остварују улогу посредника између пореске администрације и пореских обвезника. У томе је несумњиви значај ове професије од које се очекује да допринесе правилној примени пореских прописа. Она се јавља као један од актера у развијању и очувању пореске културе у одређеном друштву.

У развијеним државама то је данас једна од најугледнијих професија. Међутим, ерозија моралних вредности у савременим економијама „нагризла“ је и ову професионалну делатност. Скорашњи порески скандали у САД указали су на сву опасност тзв. агресивног пореског планирања, коме су прибегавали поједини порески саветници или консултантске фирме, за финансијске интересе државе. Такве пореске ситуације скренуле су пажњу на важност пореске етике учесника у процесу опорезивања.

Пореско саветовање је најтрајнији пословни однос који треба да се заснива на апсолутном поверењу странака. Зато се делатност пореског консалтинга уређује законским прописима уз прецизирање услова његовог обављања (стручно, савесно, чување пословне тајне, забрана рекламирања и др.).

Значај пореског саветовања расте у савременим пословним односима и диференцираним пореским системима тако да постаје значајан чинилац у пословању привредних субјеката. Велика привредна друштва све чешће консултују пореске саветнике пре доношења пословних одлука са циљем коришћења најповољније пореске алтернативе.²

Пореско саветовање обављају порески саветници самостално и независно, стручно и професионално уз одговарајућу накнаду а према утврђеној тарифи. Порески саветник је дужан да чува права и оправдане захтеве своје странке. Та обавеза се протеже у оквирима законских прописа и сопственог уверења.³

У националним законодавствима постоје три различита модела регулисања професије пореског саветовања. У Немачкој је у примени модел потпуног уређења где само лица са лиценцама могу пружати пореске савете. Систем делимичног уређења, као у САД, је модел у коме свако, и без квалификације, може да даје пореске савете или да припреми пореску пријаву за неко друго лице. Међутим, обавеза је лица које припрема пореску пријаву односно обрачун пореза да тај документ потпише. Странку односно пореског обвезника у пореском поступку пред пореским органом може заступати само адвокат, лиценцирани ревизор и „припремљени заступник“. У већини земаља делатност пореског консалтинга није посебно уређена мада се пореским услугама баве адвокати и рачуновође у оквиру њихових општих професионалних услуга.⁴

2. Основна начела пружања пореских услуга

Порески саветник треба да делује у најбољем интересу пореског обвезника. С обзиром да има посредничку улогу између пореског органа и пореског обвезника он у свом пословању мора да помири у основи противречне интересе. У том смислу је важно да се пореско саветовање обавља у складу са дефинисаним начелима и стандардима струке што гарантује његову објективност и истинитост.

У Европи делује Европско удружење професионалних удружења пореских саветника (*Confederation Fiscale Europeenne-CFE*) у које је учлањено преко 20 европских држава, а чији чланови могу бити у статусу редовних чланова или по позиву. Задатак овог удружења је да јединствено уређује пореско саветовање у Европи. Удружење је усвојило одређена упутства која се односе на професионалне квалификације и етичка правила понашања пореских саветника. Поред тога, препоручује се и примена одређених принципа у пракси пореског саветовања.⁵

² Љубиша Дабић, Пореско саветовање и порески саветници у земљама у транзицији, Правни живот, 12/2007, стр.12.

³ *Ibid.*

⁴ Наведено према: Victor Thuronyi, Comparative Tax Law, Kluwer, The Hague, 2003, str. 228-229.

⁵ Видети: www.european-tax-adviser.com

Порески саветник би увек требало да има потпуну моралну, интелектуалну и професионалну независност.

Порески саветник обавља професионалну активност на личну одговорност.

Они су дужни да се осигурају од одговорности за штету коју би могли причинити странци обављањем делатности пореског саветовања.

У обављању професије, порески саветник је дужан да поступа са пажњом и савесно у складу са законским прописима и правилима струке.

Принцип поверљивости се односи на све информације које му је поверио клијент или је он сазнао током процеса пореског саветовања. Ова обавеза подразумева забрану неовлашћеног одавања професионалних или пословних тајни.⁶

Порески саветник би требало да предузима само такве активности које су допуштене и компатибилне са његовом професијом и које не излажу опасности поштовање његових професионалних обавеза.

Пореским саветницима је забрањено да се рекламирају.

Порески саветник мора да развија добре односе са другим члановима професије.

Пре ангажовања, порески обвезници би требало да буду информисани о висини накнаде за пореско саветовање.

Кодекс понашања донет од стране професионалне коморе пореских саветника примењиваће се на све чланове уз примену дисциплинских мера као и искључење из организације.

Професионалне пореске организације ће подстицати своје чланове да одрже њихове вештине и техничко знање после стечених квалификација и обезбедиће им или ће им олакшати наставак професионалног образовања.

3. Етичка димензија пореског саветовања

Порески саветници се налазе у специфичној позицији у процесу пореског саветовања. Она се показује кроз постојање њихове двојачке улоге у зависности од квалитета пореске регулативе.⁷ У ситуацијама када су порески прописи јасни, прецизни, детаљни, порески саветници се доследно држе пореских правила што клијентима осигурава извршавање пореских обавеза у складу са важећом регулативом. Међутим, у случајевима нејасних, двосмислених, непрецизних пореских прописа, порески саветници користе овакве недостатке регулативе како би својим клијентима омогућили

⁶ Чланом 46. Закона о пореском поступку и пореској администрацији предвиђено је да порески саветник може ускратити давање информација о чињеницама које му је порески обвезник поверио или је у том својству сазнао, а односе се на пореску обавезу пореског обвезника.

⁷ John Hasseldine, Zhuhong Li, More tax evasion research required in new millennium, *Crime, Law and Social Change* 31, Kluwer Law Publishers, 1999, str.93-94.

избегавање или умањење пореза без излагања пореским санкцијама. Ови професионалци су посебно вешти у проналажењу рупа у пореским законима и њиховом искоришћавању у евазивне сврхе. Поступање у складу са словом пореског закона али супротно смислу закона налази се у основи легалних евазивних шема.

Осетљивост ове професије испољава се у околности да порески саветници морају поступати по различитим захтевима од стране пореских обвезника и пореске администрације и истовремено се придржавати сопственог професионалног кодекса. Они прибегавају коришћењу легалних евазивних шема под видом пореског планирања (*tax planning*) или пореског ублажавања (*tax mitigation*) што истиче њихову законитост и одатле се подразумева њихова морална прихватљивост. Зато се данас од пореских консултаната очекује не само да развијају техничке и професионалне вештине већ исто тако да разумеју потенцијалне моралне последице предузетих активности пореског саветовања.⁸

Пореско планирање је потпуно допуштена активност пореских обвезника која има за циљ плаћање што мањег износа пореза у складу са важећим пореским правилима. Нико није дужан да плаћа већи износ пореза него што је то пореским законом прописано у складу са његовом економском снагом. Према томе, сва умањења пореске обавезе на легалан начин, у духу доследне примене пореских закона, морала би бити дозвољена насупрот разним облицима пореског минимизирања која су очигледно супротна интенцији законодавца. Међутим, пореско планирање као активност пореског саветовања мора се разликовати од пореске уштеде. Мада се пореска уштеда обично јавља као резултат пореског планирања, она може бити остварена другим средствима. Пореско планирање подразумева коришћење предвиђања и у складу са тим бави се будућим стварима.

Понекад су порески саветници изложени искушењима уколико су њихови клијенти склонији кршењу граница између легалног и нелегалног пословања. С једне стране, они им дугују лојалност а с друге стране, морају се придржавати законских прописа и правила струке. С обзиром да порески саветник ради за друго лице јављају се моралне дилеме: колико истине о пословању обвезника пријавити, колико прећутати и колико далеко ићи у креирању привидне стварности. Своје моралне дилеме може разрешити поступајући у духу консеквентуализма и деонтологије.⁹ Са становишта пореског саветника, овај други приступ има неке предности у погледу решавања његове моралне дилеме. Тако ће он открити било коју чињеницу

⁸ Alain Stainer, Lorice Stainer and Alexandra Segal, *The Ethics of Tax Planning*, A European Review, Vol.6, No. 4, Oct. 1997, Blackwell Publishers Ltd., str. 215.

⁹ Jane Frecknall Hughes and Peter Moizer, *Taxation and Ethics*, *Taxation: An Interdisciplinary Approach to Research*, ed. By Margaret Lamb, Andrew Lymer, Judith Freedman and Simon James, Oxford University Press, 2005, стр.128-133.

сматрајући је важном за пословање одређеног обвезника, независно од тога какве ће ефекте то имати. Због тога ће порески саветник покушати да буде неутралан колико је то могуће у процесу саветовања, обављајући своју дужност на најбољи могући начин. Што се тиче другог приступа наведеној моралној дилеми, деловање пореског саветника процењује се са становишта последица предузетих активности пореског саветовања. Ради се о идеји да „циљ оправдава средство“. Због тога је овај приступ сложенији и у оквиру њега могу се сагледавати ефекти рада пореског саветника, не само непосредно везани за његову позицију у процесу пружања пореских услуга, него и на пореске клијенте и друштвену заједницу.

Последице по пореског саветника зависе од природе обављеног посла. Плаћање пореза (*tax compliance*) подразумева извештавање о ономе што се већ догодило са циљем минимизирања клијентове пореске обавезе. Легално избегавање пореза или планирање (*tax avoidance*) је таква активност пореског саветника где он настоји да клијентове послове тако организује како би у будућности плаћао што нижи порез. Процена квалитета прве активности је у принципу релативно лака. Мерило успешности рада могу бити учињене грешке или пропусти у пореској пријави и колико их је откривено од стране пореске администрације. У том контексту, претпоставља се да су ове грешке и пропусти ненамерни и да би требало да се припишу немарности, недостатку знања или неким непредвиђеним околностима. Другачија је ситуација са намерним грешкама промишљено направљеним ради смањења пореских обавеза клијента. Намерне грешке означавају евазију пореза и не могу бити морално оправдане са становишта пореског саветника, премда је разумљиво да би могло бити оправдања са клијентовог становишта.

У домену легалног избегавања пореза, ситуација је много сложенија због тога што је појам квалитетног савета у вези избегавања пореза у границама закона, сам по себи нејасан. Ако порески саветник пропусти да саветује клијента да модификује своје пословање како би порез био смањен, вероватно је да ће га сматрати небрижљивим. Ако порески саветник пропусти да предложи шему избегавања пореза коју би већина професионалаца предложила, по свој прилици за њега би се рекло да није поштовао професионалне стандарде. Међутим, уколико порески саветник предлаже сувише артифицијелну пореску шему, коју пореска администрација касније успешно оспори, то би већ било неодговорно понашање. Можемо закључити да су за понашање пореских саветника јако важни морални обзири. У таквим околностима, могло би се очекивати да клијенти изаберу пореске саветнике на основу сопствених моралних убеђења и става према ризику.

Ефекти пореског саветовања са становишта пореског обвезника-клијента огледају се у измиривању пореских обавеза у што мањим износима или њиховом избегавању, али у границама законских прописа.

Деловање пореских саветника може имати различите последице по друштвену заједницу. Уколико се у процесу пореског саветовања доследно

придржавају пореских норми, таква активност ће се одразити на смањење административних пореских трошкова. Већи ефекти за друштво настају уколико порески саветници прибегавају артифицијелним пореским стратегијама, коришћењем празнина у пореским прописима. То изазива друштвене трошкове јер законодавац мора да врши измене пореских закона како би затворио ове рупе и онемогућио будуће агресивно пореско планирање.

Упуштање неких пореских саветника у агресивно пореско планирање, уколико буде успешно, може донети знатне уштеде пореским клијентима. Међутим, ако порески органи открију овакве евазивне шеме, последице снесе обе странке које су закључиле уговор о пореском саветовању. У савременим државама примењују се одређене мере са циљем спречавања неприхватљивих понашања пореских субјеката са становишта сврхе пореских закона. Независно од правне форме, предузета трансакција или пословна активност биће подложна опорезивању ако се њена економска суштина може подвести под одређену пореску норму. Дужност је пореских саветника да упозоре клијенте на постојање оваквих законских мера односно да себе не излажу ризику и губитку пословног угледа. У англо-саксонским земљама примењује се доктрина „суштина наспрам форме“ развијена у судској пракси а слична њој је доктрина забране злоупотребе права коришћена у земљама континенталне Европе.¹⁰

Закључне напомене

У Србији постоји потреба законског регулисања пореског саветовања како би се стручна лица професионално и на систематичан начин бавила пружањем услуга пореским обвезницима, ради правилног извршавања пореских обавеза. Порески саветници би могли да смање тензије које постоје између традиционално супротстављених интереса пореских органа и пореских обвезника. Придржавајући се закона и професионалних и етичких правила пословања они би могли да допринесу одржавању интегритета пореског система. Одуговлачење са доношењем релевантног закона о пореском саветовању не може се правдати само политичком неизвесношћу у нашим условима. Можда је у питању неспремност власти да се озбиљно позабави питањем ниског пореског морала што се обично решава неким *ad hoc* мерама. Најсвежији пример пружа нам Закон о отпису камате на доспеле обавезе по основу одређених пореза и доприноса донет 5. 11. 2008. године који представља својеврстан вид пореске амнестије. Законско регулисање

¹⁰ Simon James, Taxation and Business Strategy, Taxation: An Interdisciplinary Approach to Research, ed. by Margaert Lamb, Andrew Lymer, Judith Freedman and Simon James, Oxford University Press, 2005, стр.159.

пореског саветовања, као слободне професије, допринело би повећању ефикасности Пореске управе кроз смањење административних трошкова опорезивања. Што се тиче пореских обвезника, мислимо да би услуге пореских саветника највише користила велика привредна предузећа и богати појединци тако да би се повећали трошкови плаћања пореза.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE ROLE OF TAX COUNSELING IN THE PAYMENT OF TAX DUTIES

Frequent changes in the tax legislation make it difficult for the tax payers to find their way in the labyrinth of tax regulations. They need to be able to properly understand their duties and obligations in the field of taxation and conscientiously pay their tax duties. These facts should serve as an incentive to the legislator not to “drag out” and prolong the adoption of an act on tax counseling. In this paper, the author reviews some of the issues related to the role of the tax counselor, a new profession in our tax law system. The role of tax counselors should be observed in the light of their significant contribution to the tax payers’ observance of tax regulations. Their primary task is to help the tax payers avoid the mistakes in the course of performing their tax duties and to avert them from entering into illegal or extremely aggressive activities, which may be detrimental to the taxation system.

In Serbia, tax counseling has still not been regulated by an individual act. However, in legal practice, tax counseling services are included in the professional legal services and provided by competent legal professionals. In anticipation of a relevant legal act in this field, the author considers some aspects of tax counseling, with special reference to the moral dimension and professional ethics in the relationship between the tax counselor and the client (tax payer).

Key words: tax counselor, tax payer, tax planning, confidentiality

UDK: 347.921.8(497.11)

Др Мирослав Лазих, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Урош Здравковић, студент докторских студија права
Правни факултет Универзитета у Нишу

УСПОСТАВЉАЊЕ СИСТЕМА БЕСПЛАТНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ*

***Апстракт:** У раду се разматрају основни принципи на којима треба да буде установљен систем бесплатне правне помоћи у Републици Србији и анализирају могућа решења. Систем бесплатне правне помоћи је важна претпоставка омогућавања правне заштите грађанима који из материјалних или других разлога нису у стању да ангажују стручну правну помоћ за добијање адекватне правне заштите. Због тога је неким грађанима отежан, или чак онемогућен, једнак приступ правди са осталим грађанима и ефикасна правна заштита. Зато је важно да се, посебним законом, установи и регулише целовит систем бесплатне правне помоћи, а посебно у грађанскоправним предметима. Рад се бави спорним питањима система бесплатне правне помоћи, а посебно питањима ко треба да буде пружалац, а ко корисник бесплатне правне помоћи, као и шта она обухвата.*

1. Правна заштита и бесплатна правна помоћ

Свака држава је, ради обезбеђења реда и мира у друштву и функционисања правног система, обавезна да успостави систем правне заштите и омогући приступ правди свим лицима (физичким и правним), као правних субјеката којима је одређено субјективно право повређено. Када наступи повреда субјективног права, а некада и само опасност да ће право бити повређено, титулар права стиче правозащитни захтев, тј, право на правну заштиту. Право на правну заштиту је загарантовано свим правним субјектима у случају када је њихово право повређено, тј. није остварено редовним, добровољним начином. Према начину остварења права на правну заштиту, разликујемо самозаштиту и судску заштиту, односно заштиту у поступку пред другим надлежним државним органом. Самозаштита је изузетно допуштена под условима предвиђеним законом.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Право на правну заштиту због повреде диспозитивних грађанских субјективних права остварује се само на захтев лица чије је право повређено (начело диспозиције).¹ Судска заштита се остварује коришћењем правне помоћи. Правна помоћ је законом регулисани начин пружања правне помоћи ради остваривања принудне заштите права, тј. правозаштитног захтева лица (физичких или правних) пред надлежним судом или другим државним органом у случају када је њихово право или правни интерес угрожено или повређено. Право на бесплатну правну помоћ је право лица да своје право на правну помоћ оствари коришћењем услуга организованих стручних служби које се баве пружањем бесплатне правне помоћи (адвокатура, служба правне помоћи и др.) и надлежних органа, без накнаде (бесплатно) или уз делимичну накнаду, у складу са законом прописаним критеријумима за одобравање коришћења бесплатне правне помоћи. „Бесплатност“ правне помоћи може обухватити више услуга – услуга организованих служби за правну помоћ (нпр. адвоката), услугу надлежног органа (нпр. ослобађање од таксе за тужбу и пресуду), вештака (ослобађање од трошкова вештачења) итд. Свакако, бесплатност за грађанина – корисника заштите, не значи и бесплатност рада ових органа, већ накнаду тих трошкова из других средстава, у пуном или умањеном обиму. Наметање бесплатности рада службама правне помоћи (нпр. адвокатима са образложењем да им је омогућено бављење овим јавним позивом) није законито и водило би лошем квалитету и онемогућавању квалитетног остваривања функције институције бесплатне правне помоћи.

Право на бесплатну правну помоћ је *conditio sine qua non* за потпуну реализацију права на приступ правди (суду и другим државним органима) као једног од основних људских права које је гарантовано међународним документима.² Реализацијом права на правну помоћ или бесплатну правну помоћ, врши се у складу са уставом гарантованим правом лица на једнак приступ правди, односно једнак приступ суду и другим органима надлежним за остваривање одређених права и обавеза. Приступ правди је обавеза државе која проистиче из ратификованих међународних конвенција. Међународна гаранција овог права намеће обавезу националних права да својим правним системима обезбеде уставни и законски оквир за пружање потпуне, квалитетне и ефикасне правне заштите свим правним субјектима. Правна једнакост грађана захтева да свима буде омогућен приступ правди, а путем бесплатне правне помоћи се реализација формалне правне једнакости у примени права и суштински омогућава, и правда чини доступном и сиромашним и другим правним субјектима (посебно физичким лицима), који, из различитих разлога, нису у могућности да сами реализују право на правну заштиту.

¹ Опширније, Р. Ковачевић Куштримовић – Мирослав Лазих, Увод у грађанско право, поглавље: „Заштита грађанских субјективних права“, Ниш, 2008, стр. 383, 384 и надаље.

² Општа декларација о правима човека (чл. 10), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 14), Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (чл. 6) и други.

Приступ и доступност правди зависи од развијености система правне заштите, али и од трошкова поступка. Зато је омогућавање бесплатне правне помоћи или смањење трошкова поступка правне заштите за категорију социјално угрожених грађана од веома велике важности. У Србији још увек није успостављен ефективан и потпун систем правне помоћи доступан свим грађанима који не могу да сами снесу трошкове правне заштите пред надлежним органима. Трошкове тих поступака мора да сноси држава из посебног фонда за пружање правне помоћи угроженим грађанима и маргинализованим групама. Додуше, Законом о локалној самоуправи је предвиђена могућност формирања служби за бесплатну правну помоћ, али пошто то није и законска обавеза, тек свака четврта општина у Србији има службу за бесплатну правну помоћ. То указује на потребу регулисања система бесплатне правне помоћи посебним законом којим би се обезбедило стварање целовитог, ефективног и финансијски одрживог система бесплатне правне помоћи. У међувремену, веома је значајна бесплатна правна помоћ коју у појединим градовима и општинама организују локална самоуправа, адвокатске коморе, невладин сектор и правне клинике при правним факултетима, о чијим активностима говори истраживање дато као прилог уз овај рад. Међутим, ради се о добровољном и неусаглашеном систему заштите који се повремено финансира, и нема успостављена јединствена правила, нити гаранцију сталности.

Фундаменталне претпоставке за успостављање организованог и трајног система бесплатне правне помоћи су:

- уставом и законом установљен ефикасан, квалитетан и доступан систем правне помоћи;
- законом регулисан правичан, приступачан и функционалан систем бесплатне правне помоћи, и
- обезбеђеност одрживости и сталности система бесплатне правне помоћи (материјална и друга потребна средства)

У овом раду ћемо покушати да укажемо на дилеме и могућа решења појединих спорних питања у вези са успостављањем система организоване бесплатне правне помоћи у грађанскоправним предметима.

2. Правни основ за успостављање система бесплатне правне помоћи

Право на правну помоћ је регулисано Уставом³ и законима Републике Србије. Најпре, чланом 33. Устава, предвиђа се да „свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.“ Чланом 67. Устава је регулисано право на

³ Сл. гласник РС", бр. 98/2006.

бесплатну правну помоћ: „Свакоме се, под условима одређеним законом, јемчи право на правну помоћ. Правну помоћ пружају адвокатура као самостална и независна служба, и службе правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе, у складу са законом. Законом се одређује када је правна помоћ бесплатна“.

Поступак правне помоћи је регулисан појединим законима – кривичноправним и грађанскоправним (материјалним и процесним). Истовремено, неки од ових закона регулишу и право на поједине облике бесплатне правне помоћи.

Бесплатна правна помоћ у кривичним поступцима, регулисана је нормама кривичног законодавства.⁴ У поступцима за дела за која је предвиђена казна затвора од 3 до 10 година суд може поставити адвоката по службеној дужности на захтев окривљеног, уколико окривљени нема материјалних средстава да сам ангажује браниоца. За процесе који се воде за дела са запређеном казном испод 3 године затвора, а окривљени немају средстава, суд може због интереса правичности поставити браниоца.

Интересатни су критеријуми према којима Европски суд за људска права, у кривичним поступцима, утврђује повреду дужности државе да обезбеди правну помоћ. То су: недостатак средстава окривљеног да плати правну помоћ, и правни стандард "интерес правичности" који омогућава процену потребе за бесплатном правном помоћи на основу критеријума: дужине казне која прети окривљеном, сложености случаја, способности окривљеног да се сам брани, припадништво маргинализоване друштенеј групи и др.⁵ Према мишљењу Европског суда у Стразбуру, без обзира што Европска конвенција не садржи експлицитну одредбу о пружању правне помоћи у грађанским поступцима, државе су дужне да обезбеде бесплатну правну помоћ у овим поступцима "када је таква помоћ од непроцењиве важности за делотворан приступ суду", када је пружање правне помоћи обавезно према одредбама домаћег права, или када је то потребно због комплексности поступка у питању.⁶

Међутим, систем бесплатне правне помоћи није установљен у грађанскоправним предметима, осим неких изузетака из ЗПП.

Закон о адвокатури,⁷ у члану 25. предвиђа да Адвокатска комора може организовати пружање бесплатне правне помоћи грађанима на

⁴ Кривични законик РС, "Сл. гласник, бр. 85/2005, 88/2005 - испр. и 107/2005 - испр.

⁵ О истраженим резултатима бесплатне правне помоћи у кривичним поступцима видети: М. Лукић, Правна помоћ у кривичним поступцима у Србији – резултати истраживања, Право на приступ правосудју, имплементација европских стандарда у правни систем Републике Србије, Ниш, 2006, стр. 7 и надаље.

⁶ В., Н. Петрушић, Систем бесплатне правне помоћи у Јужноафричкој Републици, Правни живот, Београд, 10/2008.

⁷ "Сл. лист СРЈ", бр. 24/98, 26/98 - испр., 69/2000 - одлука СУС, 11/2002 и 72/2002 - одлука СУС и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља.

територији општинског, односно основног суда. Закон о адвокатури прилично скромно регулише ово питање, остављајући само могућност да Адвокатска комора може сарађивати са јединицама локалне самоуправе у пружању правне помоћи.

Закон о парничном поступку,⁸ допушта право на бесплатну правну помоћ кроз регулисање могућности да суд постави бесплатно законског заступника странци ако је заступање нужно ради заштите њених права и у потпуности или делимично ослободи парничну странку од трошкова поступка (тзв. сиромашко право). Критеријуми на основу којих се доноси ова одлука су - вредност предмета спора, број лица које странка издржава и приходи и имовина које имају странка и чланови њене породице. Терет доказивања лошег имовинског стања је на страни оног лица које тражи ослобођење, а суд може по службеној дужности прибавити потребне податке о имовном стању странке која тражи ослобођење. У току поступка првостепени суд може укинути решење о плаћању трошкова и о постављању заступника, уколико утврди да је странка у стању да сноси трошкове поступка, а може одредити да плати и оне трошкове за које је била ослобођена, као и стварне издатке и накнаду постављеном заступнику. Закон о парничном поступку предвиђа могућност да странка која добије спор, а била је ослобођена плаћања трошкова, може накнадно да измири обавезе из онога што јој је досуђено. Услови које прописује Закон о парничном поступку за остварење права на правну помоћ су веома рестриктивни и могу да представљају приличну тешкоћу за грађане у доказивању испуњености тражених критеријума.

Закон о уређењу судова,⁹ предвиђа судске дане у којима општински судови могу пружати правну помоћ грађанима. Закон не уређује на који начин и коју врсту помоћи судови пружају, сем да се судски дани организују у време које одређује председник Врховног суда Србије, а на предлог председника суда. Међутим према Пословнику суд нема право да организује правну помоћ, уколико је на подручју суда већ организована одговарајућа општинска служба за пружање бесплатне правне помоћи. Међутим, због преоптерећености судија и бројних других разлога, судови, колико је ауторима познато, не користе ову могућност.

Закон о локалној самоуправи¹⁰ предвиђа могућност оснивања служби за пружање бесплатне правне помоћи од стране јединица локалне самоуправе. Наиме, општина може донети одлуку о формирању службе за пружање бесплатне правне помоћи грађанима на својој територији. Међутим, то зависи од слободне процене локалних власти потребе за формирањем овакве службе и могућности њеног финансирања (у ионако сиромашним општинама, за ову

⁸ Закон о парничном поступку, „Сл. Гласник“, бр. 125/2004, (в. чл. 164 - 169.).

⁹ Сл. гласник РС“, бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004 и 101/2005

¹⁰ Чл. 18. т. 27. “ Сл. Гласник“, бр. 9/02 и 33/04.

могућност се одлучила свака четврта општина), а не представља обавезу општине. Због тога, законом није регулисана ни организација тих служби, већ је препуштено општинама, да својим статутима оснују и регулишу организацију и рад служби за пружање правне помоћи.

Анализирајући позитивне законске прописе Републике Србије који на непосредан или посредан начин уређују пружање бесплатне правне помоћи, може се доћи до закључка да је правна регулатива у тој области недовољна и да није установљен систем ефикасне и целовите бесплатне правне помоћи. Уставом и законима потребно је установити бесплатну правну помоћ тако да буде доступна свим лицима којима је неопходна, организовати управљање, финансирање и контролу квалитета у систему бесплатне правне помоћи, и обезбедити одрживост система.

3. Елементи успостављања система бесплатне правне помоћи

За израду целовитог система бесплатне правне помоћи, као претходна питања, треба размотрити ко су пружаоци услуга бесплатне правне помоћи, ко су корисници, тј. на основу којих критеријума се они одређују, као и шта чини садржину бесплатне правне помоћи.

а. Пружаоци бесплатне правне помоћи

Код одређивања пружаоца бесплатне правне помоћи, поставља се питање да ли то треба да буду само стручне службе (адвокати и службе бесплатне правне помоћи) или и други заинтересовани субјекти – правне клинике и заинтересоване невладине организације.

Сматрамо да модел са више пружаоца услуга пружа веће могућности и може дати боље резултате. Конкурентност у раду омогућава побољшање квалитета у раду пружаоца услуга и ове услуге чини доступним већем броју грађана. Зато је успостављање модела са више пружаоца бесплатне правне помоћи у великој предности у односу на модел са адвокатском комором као јединим пружаоцима бесплатне правне помоћи. При томе, треба одржати и потребан квалитет правне помоћи. То се остварује кроз сарадњу осталих пружаоца правне помоћи са адвокатском комором, посебно код секундарне правне помоћи.

Према истраживањима невладиног сектора, у погледу организација и служби од којих се очекује бесплатна правна помоћ, на првом месту су општинске службе правне помоћи (47%), друго место деле адвокатске канцеларије/адвокати и центри за социјални рад (12%), а на последњем месту су правне клинике и невладине организације (1%).¹¹ Разлике по регионима

¹¹ Перцепција бесплатне правне помоћи у контексту односа према правном систему и остваривању грађанских права, конференција Успостављање система бесплатне правне помоћи

наводе на закључак да ови проценти ипак зависе од информисаности и организованости бесплатне правне помоћи. Међутим, када су испитаници упитани које би институције бирали за тражење бесплатне правне помоћи, када би им то било омогућено, на првом месту су адвокати (25%), затим општинске службе бесплатне правне помоћи (20%), па судови (13%).

б. Корисници бесплатне правне помоћи

Потребно је утврдити критеријуме одобравања остваривања бесплатне правне помоћи на терет Фонда. У ту сврху је прихватљива подела на примарну и секундарну правну помоћ, која омогућава доступност ове помоћи, зависно од њене садржине, различитом кругу корисника. Омогућавање бесплатне правне помоћи свима је немогуће, јер би то био финансијски неодржив систем. Зато је веома важно одредити правичне критеријуме за утврђивање корисника бесплатне правне помоћи.

Најпре се јавља дилема, да ли ово право могу користити само физичка или и правна лица. Сматрамо да, начелно, ово право треба признати само физичким лицима. Ипак, можда би и правна лица, изузетно, могла да остваре право на бесплатну правну помоћ (нпр. заштита услед стечаја изазваног „незаконитом“ наплатом пореза).

Затим, поставља се питање да ли сва физичка лица уживају право на бесплатну правну помоћ и да ли је уживају неограничени број пута. Дилема постоји код примарне правне помоћи, а код секундарне се поставља питање одређивања критеријума за процену ко има право на бесплатну правну помоћ.

Преовлађујући критеријум за остваривање права на бесплатну правну помоћ је имовинско стање, тј. постојање сиромаштва тражиоца услуга. Међутим, појам сиромаштва је веома растегљив, а спорно је и ко и како треба да га докаже. Нпр., од подносиоца захтева се тражи да буде носилац социјалне карте или да има одређена минимална месечна примања. Као тешкоће на које може да се наиђе приликом искључиве примене материјалног критеријума, јављају се:

- Некретнине у својини. Сматрамо да нпр. величина стамбеног простора у својини корисника (нпр. до 40 м² или 20 м² по члану домаћинства) не треба да представља критеријум за пружање бесплатне правне помоћи. Често је тешко имовинско стање присутно и код лица која су власници великих некретнина (куће на селу, неадекватне куће у граду, непрофитно земљиште...).

- Утврђивање цензуса материјалних прихода. Законодавац не би требало да одређивањем превише ниског цензуса онемогући право на

бесплатну правну помоћ, а тиме и право на приступ правди, великом броју грађана којима је потребна. Нека истраживања показују да би само 1,3% грађана у Србији имало право на бесплатну правну помоћ, ако би се применио цензус за право на социјалну карту и помоћ, јер је цензус сиромашког права изразито ниско одређен.

- Неадекватна евиденција социјалног положаја и проблем доказивања. Неажурна или непотпуна евиденција не би требало да буде сметња за остваривање овог права. Од тражиоца услуге бесплатне правне помоћи не треба захтевати превише документације и доказних средстава. Потврда о радном односу или незапослености уколико је лице евидентирано као незапослено и/или доказ о пореском задужењу су, обично, тражени документи.

Према томе, сиромаштво, иако основни критеријум, не треба да буде и једини. Треба га комбиновати са критеријумом социјалне искључености (нпр. припадност маргинализованог групи, болести од АИДС и др., инвалидитет итд.). Такође, интерес правичности треба да превагне у пружању бесплатне правне помоћи у ситуацијама када треба спречити криминалитет од посебне друштвене опасности или сузбити поједине друштвено опасне и/или штетне појаве, нпр. насиље у породици, корупција, наркоманија, злоупотреба службене власти и сл. Ове приоритете би одређивала комисија Владе за израду одговарајуће краткорочне и дугорочне стратегије развоја правне помоћи.

Модел без провере материјалног статуса треба спровести за пружање појединих облика правне помоћи у којима је изражена тортура или егзистенцијална угроженост (нпр. код насиља у породици, трговине људима, проституције и просјачења итд.). Модел строге провере имовинског цензуса потребно је применити код неких облика имовинске заштите и кривичне одговорности. При томе, имовински цензуси могу бити одређени фиксно или путем клизних скала зависно од региона.

Најчешћи корисници бесплатне правне помоћи су социјално-економски угрожене категорије, особе са емоционалним проблемима, особе ниског степена образовања, са тешкоћом да се држе теме разговора и препознају суштину својих проблема, особе које су политички или социјално острашћене или, једноставно, недовољно информисане. То су лица са проблемима правне, економске и личне природе којима, често, не треба само правна помоћ, већ често комплетност помоћи клијенту захтева и шири приступ. Понекад је у пружању бесплатне правне помоћи потребно укључити и стручњаке других профила, нпр. психологе, социјалне раднике итд.

За кориснике бесплатне правне помоћи веома је значајна њихова информисаност. У том погледу није довољно донети закон и позивати се на правну претпоставку да "сви познају закон" (*Nemo censetur ignorare legem*), већ је неопходно путем електронских и штампаних медија и на друге начине,

континуирано упознавати и едуковати грађане о праву и условима за коришћење бесплатне правне помоћи. Према неким истраживањима невладиног сектора, од $\frac{1}{4}$ испитаника, чак 27% је навело да је имало правни проблем, али око 65% није затражило бесплатну правну помоћ јер није знало да таква могућност постоји.

Доступност правде, односно правне помоћи значајно зависи од материјалног статуса, образовања и занимања грађана. Информисаност и континуирана едукација грађана као потенцијалних корисника бесплатне правне помоћи, веома је важна компонента функционисања система бесплатне правне помоћи и обавеза је државе.

в. Облици и садржина бесплатне правне помоћи

Бесплатна правна помоћ може да се остварује у парничном, ванпарничном, извршном и кривичном судском поступку. Такође, право на бесплатну правну помоћ може да се остварује у управном поступку. Право на правну помоћ не би требало да се остварује у поступцима пред трговинским судовима, у поступку регистрације привредних субјеката (трговачких друштава и др.), у поступцима пред надлежним пореским органима, у поступцима регистрације удружења грађана, и у поступцима прибављања грађевинских и других дозвола.

Код одређивања садржине правне помоћи, целисходно је направити разлику између примарне и секундарне правне помоћи.

Примарна правна помоћ је право корисника правне помоћи на опште правне информације, почетни правни савет, попуњавање захтева и других образаца ради остваривања неспорног права. Опште правне информације су општа и начелна упутства о уређењу одређене правне области и начину и поступку остваривања појединог права, односно обавезе. Почетни правни савет је упутство о правном статусу лица и правној регулативи у конкретној правној ствари, савет о могућности и целисходности постизања мирног решавања спора, информације које се односе на сам поступак, надлежност, правила и ток, трошкове, начин извршења одлуке и могућностима остваривања права на бесплатну правну помоћ.

Што већем броју или чак свим физичким лицима треба признати право на примарну бесплатну правну помоћ. Међутим, то право треба ограничити на један почетни правни савет или општу правну информацију у конкретној правној ствари и/или једном годишње.

Секундарна правна помоћ је право тражиоца правне помоћи на правни савет, састављање писмена и заступање пред судовима, органима управе и другим телима. Правни савет је информација о начину и могућностима решавања одређеног правног питања физичког лица у појединачној правној ствари. Састављање писмена обухвата израду писмена којим се поступак покреће, или се подноси у појединој фази поступка.

Заступање је скуп правних радњи које предузима давалац правне помоћи у својству пуномоћника, а које обухвата иступање пред судом, надлежним тужилашвом, органом управе у управном поступку и пред другим државним органима. Заступање се може одвијати у кривичном, парничном, прекршајном, извршном, управном поступку, и управном спору. Заступање обухвата и радње састављања и подношења писмена везаних за конкретан предмет.

Право на бесплатну секундарну правну помоћ остварује се потпуним или делимичним ослобађањем тражиоца правне помоћи од плаћања трошкова поступка заштите.

4. Одрживост и функционисање система бесплатне правне помоћи

За одрживост система бесплатне правне помоћи, веома је важно обезбедити стабилан извор финансирања и контроле рада пружаоца услуга бесплатне правне помоћи. По Законику о кривичном поступку и Закону о парничном поступку, средства за пружање бесплатне правне помоћи обезбеђују се из Буџета Републике. Неспорно је да и целовити систем пружања бесплатне правне помоћи мора, превасходно, да се ослања на буџетско финансирање. То су искуства већине земаља у региону.¹² Средства за пружање бесплатне правне помоћи коју организују службе у оквиру локалне самоуправе обезбеђују се, пре свега, из буџета и прихода локалне самоуправе, а може се, у ограниченој мери, рачунати и на небуџетске приходе – нпр. кроз пројекте које држава, општина или сами пружаоци услуга (коморе и правне клинике) спроводе у сарадњи са приватним фондовима или са фондовима Европске Уније. Суфинансирање у коме учествују држава и локална самоуправа, као и средства прикупљена по пројектима невладиних организација и правних клиника треба да буду у истој функцији – повећање ефикасности правне заштите.

Свакако, економичност система бесплатне правне помоћи, која не иде на штету правне сигурности и квалитета, омогућиће дуготрајност и ефикасност функционисања система бесплатне правне помоћи. Зато је потребно обезбедити јединствену централну евиденцију о свим корисницима бесплатне правне помоћи. Тиме ће се онемогућити и евентуалне злоупотребе овог права.

Како би се смањили трошкови и тиме омогућила бесплатна правна помоћ лицима којима је заиста потребна, неопходно је вршити проверу и процену испуњености услова за добијање статуса корисника бесплатне

¹² Најновије је решење Републике Хрватске чији законом установљени систем бесплатне правне помоћи треба да се примењује од 1. 1. 2009. године.

правне помоћи. Ова процена је неопходна за пружање секундарне бесплатне правне помоћи, а постоје дилеме када је у питању пружање бесплатне примарне правне помоћи (савети и попуњавање образаца). Сматрамо да и код примарне правне помоћи треба бити опрезан, јер искуства неких земаља говоре да је велики број лица користио ову помоћ непотребно (Република Словенија¹³), што може непотребно оптеретити ограничени буџет за ову намену. Ипак, овде ограничење не треба вршити према категоријама грађана и њиховом имовном стању, већ према садржини помоћи и суженом броју правних ствари за која се може користити, као и ограничењем броја обраћања на годишњем нивоу.

Важно је обезбедити контролу квалитета у функционисању бесплатне правне помоћи. То намеће потребу да пружаоци примарне бесплатне правне помоћи буду лица стручно оспособљена за ту делатност – адвокати, правници са положеним правосудним испитом у службама правне помоћи, психолози итд. За поједине области је потребна и додатна едукација и обука, као нпр. за рад са малолетницима, инвалидима, жртвама насиља и сл. Секундарну правну помоћ могу пружати само адвокати у оквиру адвокатских комора, или ангажовани у раду правних клиника и невладиних организација. Неке облике ове помоћи могу пружати и дипломирани правници са положеним правосудним испитом у оквиру служби бесплатне правне помоћи при општинама.

Индикатори процене функционисања и квалитета бесплатне правне помоћи могу бити: број клијената; задовољство пруженом правном помоћи (информацијом, саветом, заступањем...); време проведено са клијентом; разноврсност услуга и обим помоћи која је пружена; економичност; ефикасност итд.

Јавност у раду Службе и Фонда бесплатне правне помоћи, омогућава правичност и ефикасност у функционисању, али је битна и за квалитет. Потпуна транспарентност, од фазе пријављивања до праћења рада и трошења средстава на име бесплатне правне помоћи, треба омогућити механизмима контроле. У ту сврху, потребно је оформити посебну Комисију која би вршила контролу и спољну евалуацију рада свих пружаоца услуга и која би одлучивала по притужбама корисника бесплатне правне помоћи.

Закључна разматрања

Трајни и квалитетни систем бесплатне правне помоћи треба да омогући да угрожени грађани Србије и угрожене категорије грађана, могу да остваре Уставом прокламовано начело омогућавања правне заштите и бесплатне правне помоћи у функцији обезбеђивања једнаког приступа

¹³ Као извор наводим саопштење представника Републике Словеније на правној Конференцији: „Успостављање система бесплатне правне помоћи у Републици Србији“, оджаној у Београду, октобра 2008. године.

правди. Услове коришћења бесплатне правне помоћи треба одредити Законом о бесплатној правној помоћи. Претпоставка бесплатне правне помоћи је да је систем правне помоћи установљен законима уз обавезу сталне надградње. Само Уставом и законом призната и регулисана правна помоћ може бити предвиђена и као бесплатна правна помоћ, ако за то постоји потреба и ако су испуњени посебни законски услови.

Према Националној стратегији реформе правосуђа Србије из 2006. године, основни принципи за систем правне помоћи јесу ефикасност и исплативост, али такође и независност, транспарентност и одговорност. У току је рад Радне групе за припрему Националне стратегије о бесплатној правној помоћи за израду стратегије развоја бесплатне правне помоћи у Србије, у оквиру Пројекта „*Стварање ефективног и одрживог система за пружање бесплатне правне помоћи у Републици Србији*“, који реализују Министарство правде Републике Србије и Фонд за правну помоћ, као фондација којом управља UNDP (United Nations Development Programme).¹⁴

У последњих неколико година у Србији је израђено чак три модела закона о (бесплатној) правној помоћи.¹⁵ На усклађивању ових решења ради Радна група за припрему Нацрта Закона о бесплатној правној помоћи, али још увек није познато који ће модел бити прихваћен и када ће закон бити донет. У том смислу, требало би што пре усвојити закон о бесплатној правној помоћи који ће бити у складу са решењима из упоредног права и усаглашен са стандардима ЕУ. Концепт бесплатне правне помоћи прихваћен у Словенији, Бугарској, Македонији и другим земљама у региону, па и нови модел Хрватске, и њихова искуства, могу послужити као добар пример за изградњу система бесплатне правне помоћи у Републици Србији. Трајно и ефикасно пружање бесплатне правне помоћи не може се замислити без трајног и одрживог система за пружање те помоћи. Одрживост је неопходна и у институционалном и у финансијском смислу. У том погледу треба реално сагледати могућности наше државе.

У прилогу вам предочавамо извештај о функционисању система бесплатне правне помоћи на територији Града Ниша.

¹⁴ Циљ рада Комисије је, поред осталих, да се формулише стратегија за реформу система правне помоћи, и да се поставе темељи за развој система бесплатне правне помоћи. В., сајт Фонда за правну помоћ: <http://www.fondpp.rs>.

¹⁵ Модел закона о правној помоћи Министарства правде од 2006. године, Модел закона о бесплатној правној помоћи Адвокатске коморе Србије, и Модел закона о правној помоћи ЦУПС, од 2005. године.

Прилог: Резултати функционисања бесплатне правне помоћи на територији Града Ниша¹⁶

Предмет и циљ истраживања

Предмет овог истраживања биле су службе и организације које већ неколико година успешно пружају правну помоћ грађанима на територији Града Ниша и околине. У Нишу не постоји јединствено организовани и разгранати систем за пружање бесплатне правне помоћи, већ то раде, добровољно или по одлуци појединих општина: Адвокатска комора Ниш, поједине градске општине преко служби правне помоћи, поједине невладине организације и Правна клиника Правног факултета у Нишу. Град Ниш спада међу прве градове у Србији у којима су почели да се спроводе пројекти бесплатне правне помоћи.

Средства за финансирање служби за бесплатну правну помоћ обезбеђују се из буџета градских општина. Што се тиче невладиног сектора, средства се обезбеђују у виду донација из земље и иностранства.

Сврха истраживања је да се сагледа стање бесплатне правне помоћи на територији Града Ниша у условима непостојања целовитог система правне помоћи, и да резултати послуже за анализу и предлагање мера у оквиру наведеног пројекта.

Испитујући стање у локалним службама за пружање правне помоћи, анализиран је рад Адвокатске коморе Ниш, Градске општине Медијана, Градске општине Палилула, невладине организације „Одбор за људска права“ и Правне клинике Правног факултета у Нишу.

1) Адвокатска комора у Нишу као пружалац бесплатне правне помоћи

Адвокатска комора Ниш је била један од првих зачетника идеје бесплатне правне помоћи. Она је још средином 2003. г. отпочела сарадњу са Шпанским институционалним центром, Адвокатском комором Мадрида и Омбудсманом Каталоније. На основу потписаних уговора са овим иностраним институцијама, Адвокатска комора Ниш је започела пружање бесплатне правне помоћи. Правна помоћ се састојала у виду пружања правних савета, а средства за рад ангажованих адвоката обезбеђивале су поменуте иностране институције.

¹⁶ Истраживање је у оквиру пројекта: „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и технолошког развоја Републике Србије, обавио дипл. правник Урош Здравковић, студент докторских студија права и истраживач на пројекту.

Овакав вид функционисања бесплатне правне помоћи у Нишу трајао је годину дана, до јесени 2004. године. Од тада почиње сарадња Адвокатске коморе са тек формираним градским општинама Медијана, Палилула и Пантелеј. Ова сарадња се састојала у томе да је свака градска општина обезбеђивала средства за рад адвоката који су били ангажовани у пружању бесплатне правне помоћи на територији дотичне општине. Градске општине Медијана и Палилула су од почетка та средста обезбеђивале из својих буџета, док је Градска општина Пантелеј склопила уговор о сарадњи са UNDP-ом (United Nations Development Programme), који је обезбеђивао средства.

У току постојања пројекта бесплатне правне помоћи, Адвокатска комора Ниш је успоставила сарадњу и са Правним факултетом у Нишу у оквиру којег од 2002. функционише Правна клиника где студенти под надзором професора и адвоката пружају бесплатне правне савете грађанима. Такође, успостављена је сарадња Адвокатске коморе са невладиним сектором, односно са организацијом „CHRIS“ и Одбором за људска права и са организацијом „ОСВИТ“ која се бави заштитом права Рома.

Основну структуру бесплатне правне помоћи чине Адвокатска комора Ниш и градске општине. У просторијама Адвокатске коморе Ниш и градских општина у одређеним терминима могу да се добију правни савети, и на то има право сваки грађанин. Такође, Адвокатска комора и општине врше пријем захтева за пружање бесплатне правне помоћи у виду заступања пред судовима и другим државним органима, који се даље упућују Комисији за бесплатну правну помоћ.

Адвокатска комора Ниш и Градске општине оформиле су Комисију за бесплатну правну помоћ коју чине представници Коморе и градских општина и која одлучује о захтевима за бесплатну правну помоћ. Комисија одлучује искључиво о захтевима за заступање, а не о давању савета, на који имају право сви грађани. Комисија се састаје једанпут недељно када одлучује на основу Правилника о пружању бесплатне правне помоћи који је донела 2005.г. Правилник предвиђа да бесплатну правну помоћ могу да добију физичка лица која имају пребивалиште на територији општина које сарађују са Адвокатском комором и која су носиоци социјалне карте, или имају месечни приход по члану свог домаћинства мањи од 8.000,00 динара.

Комисији за бесплатну правну помоћ годишње пристигне око 200 захтева. Од тога само пар захтева не добије позитивну одлуку Комисије, углавном због неиспуњености услова које предвиђа Правилник.

У оквиру пројекта пружања бесплатне правне помоћи, у протеклом периоду је ангажовано око 50 адвоката из Адвокатске коморе Ниш. Након што Комисија донесе позитивно решење о одобрењу захтева за бесплатну правну помоћ, Комора ангажује адвоката са списка који преузима предмет. На крају, адвокат фактурише Комори рачун која му додељује накнаду за рад из буџета који је предвиђен за тај пројекат. Накнаде за рад адвоката су

прилично симболичне, далеко мање од званичне адвокатске тарифе. Грађани немају право да бирају адвокате са списка, међутим могу да уложе притужбу на рад адвоката Комисији за контролу квалитета бесплатне правне помоћи, и у том случају може да им се додели други адвокат са списка. Грађанин има право да највише два пута промени адвоката, након чега губи право на бесплатну правну помоћ.

Подносиоци захтева су углавном сиромашни грађани, свих старосних структура и по полној припадности око 70% корисника чине жене. Међутим, када је реч о пружању савета, заступљене су подједнако све категорије грађана.

Од правних проблема који су предмет захтева за бесплатну правну помоћ доминира област породичног права (разводи бракова, издржавање деце и старатељство над децом). Такође, све је већи број захтева поводом насиља у породици, као и због неплаћања алиментације (извршни поступак). Захтеви из области радног права су малобројни, иако су били преовлађујући у почетку пројекта. Имовинскоправна област је такође заступљена, али у далеко мањем обиму од породичноправне.

У Адвокатској комори Ниш позитивно оцењују досадашњи рад адвоката који су ангажовани у пружању бесплатне правне помоћи, углавном на основу веома малог броја притужби грађана којима су додељивани адвокати.

2) Службе за пружање бесплатне правне помоћи на територији Града Ниша

а) Градска општина Медијана

Градска општина Медијана има организовану службу за пружање бесплатне правне помоћи још од свог оснивања, октобра 2004. године, када је преузела надлежности од Општине Ниш, која је тада укинута. Правни основ за пружање бесплатне правне помоћи је уговор са Адвокатском комором Ниш, који је претходно потписала Општина Ниш, још 2002. године.

Градска општина Медијана је до сада, у погледу пружања бесплатне правне помоћи, осим са Комором, сарађивала и са невладином организацијом „ОСВИТ“, која се бави проблемима Рома, затим са „CHRIS-ом“, „Протектом“ и Правним факултетом у Нишу.

Правна помоћ се пружа грађанима у два термина, понедељком и уторком од 9-13 часова, у посебној просторији у згради Општине. На тим пословима је тренутно ангажовано једно лице са високом стручном спремом која врши пријем грађана и формира иницијалне предмете. Грађани најпре попуњавају упитник, који садржи податке о правном проблему и имовном стању. Служба се бави непосредним пружањем савета грађанима, као и

упућивањем предмета Комисији за бесплатну правну помоћ која одлучује да ли ће бити ангажован адвокат.

За савете се може обратити било који становник Општине. Да би лице добило бесплатно заступање пред судовима и државним органима неопходно је да буде носилац социјалне карте, тј. да приход по члану домаћинства не прелази 8000,00 динара месечно.

Служби се обраћа између 10 – 15 грађана месечно, па је експедитивност обезбеђена, тако да не постоји проблем дуготрајног чекања. Махом се јављају сиромашни и незапослени грађани средње доби између 35-55 година старости. Жене су нешто више заступљеније од мушкараца.

Грађани најчешће траже помоћ у вези имовинских права, деобе имовине, породичног права, и због неплаћања алиментације. Такође, заступљени су и проблеми из радних односа, па се неретко обраћају запослени када им се крше права од стране послодавца. Иако не спада у домен правног проблема грађана, велики број грађана се јавља због финансијских проблема са јавним дуговима, као и у Градској општини Палилула.

Око 80% захтева грађана се заврши пружањем примарне правне помоћи, док се око 20% упуту на даље бесплатно заступање преко адвоката, по претходној позитивној оцени Комисије за бесплатну правну помоћ.

Што се тиче резултата рада службе, не постоји довољно расположивих података који би помогли да се то испита, вероватно због непостојања и нетражења повратних информација од Коморе о току и исходу предмета који су додељени адвокатима. Међутим, чињеница да у току године пристигне највише 2-3 притужбе на рад адвоката, од укупно 30-так предмета, потврђује успех програма и потребу за успостављањем система бесплатне правне помоћи при општинама.

б) Служба у Градској општини Палилула

У оквиру Градске општине Палилула организована је служба за пружање бесплатне правне помоћи. Ова служба је основана септембра 2005. године, и успешно функционише већ преко 3 године. Основ за оснивање је била Одлука о организацији службе коју је донела Скупштина Општине и потписан уговор са Адвокатском комором Ниш. У почетку је била замишљена као испостава Народне канцеларије председника Републике, и у њој је радило једно лице, дипломирани правник. Данас су на пословима пружања бесплатне правне помоћи активно ангажована 2 лица, дипломирана правника. Пријем грађана се организује 4 пута недељно. Уторком и петком са грађанима раде лица ангажована у служби, а средом и четвртком - адвокати.

Служба врши пружање примарне и секундарне правне помоћи. Примарну правну помоћ пружају ангажована лица унутар службе, док се за

секундарну правну помоћ ангажују адвокати. Да би се пружила секундарна правна помоћ, потребна је позитивна одлука Комисије за пружање бесплатне правне помоћи, коју чине представници Адвокатске коморе Ниш и представници општина.

У току свог рада служба је сарађивала и са другим организацијама и установама, пре свега са Народном канцеларијом председника Републике и са Центром за социјални рад.

Од оснивања службе до данас, за бесплатну правну помоћ јавило се око 1300 грађана. У просеку се јавља између 8 – 10 грађана недељно. Од оснивања службе одржава се уједначен темпо долазака грађана. Готово сви грађани који се обрате за бесплатну правну помоћ спадају у сиромашне и социјално угрожене. Преовлађују жене, које чине око 70% од укупног броја грађана који траже правну помоћ.

Веома велики проценат грађана обраћа се служби, иако се не ради о правном проблему, него проблемима чисто социјалне природе. Од укупног броја грађана који се обрате, око 60% долази због нагомиланих јавних дуговања. Међутим и у таквим ситуацијама, ангажовани правници се труде да таквим грађанима олакшају ситуацију саветима и сугестијама.

Од правних области због којих се грађани обраћају служби, најчешће је у питању област породичног права, затим закључивање уговора о доживотном издржавању, закључење уговора о поклону и помоћ око састављања тестаментa. Такође, повремено се јављају и лица, најчешће жене, ради заштите од насиља у породици. Интересантан је податак да се из области радног и управног права јавља веома мали број грађана, за разлику од искуства других служби за пружање бесплатне правне помоћи у Нишу.

Од укупног броја пружене правне помоћи, око 70% се заврши на пружању примарне правне помоћи - у виду савета од стране ангажованих правника у служби. Око 30% случајева се упути на даље заступање пред судовима и другим државним органима од стране адвоката, по претходној позитивној одлуци Комисије за бесплатну правну помоћ. Највећи број случајева које преузимају адвокати, односно око 90%, спадају у домен стамбеног и имовинског права, док се остатак углавном своди на разводе бракова и старатељства над децом.

У Градској општини Паилула ова служба задовољава потребе грађана са територије Општине. У просеку се за пријем чека врло кратко и без претходног заказивања. Због тога, за сада, нема потребе за повећањем капацитета службе. Такође, до сада није евидентирана ниједна притужба на рад запослених у служби, нити на рад ангажованих адвоката.

3) Правна клиника Правног факултета у Нишу

Правна клиника Правног факултета у Нишу је прва правна клиника основана у Србији, 2002. године. Основана је уз едукативну и финансијску

помоћ и сарадњу са Америчким удружењем правника и Правном иницијативом за Централну Европу и Евроазију (АВА/СЕЕЛ). На факултету је формирана судница за симулације суђења, а касније и огледна адвокатска канцеларија. Правна клиника је формирана да би се омогућило практично образовање студената завршних година Факултета, у сарадњи са правницима практичарима. Уговори о сарадњи су закључени са тада Центром за социјални рад, Адвокатском комором, Општинским судом у Нишу, окружним судом у Нишу и Лесковцу итд. Најпре се радило са студентима кроз симулације интервјуа, консултација, правних техника писања докумената, вештина пријема клијената и вођења разговора итд. Примарна функција правне клинике је омогућавање студентима стицања практичних знања и вештина; учење поштовању професионалних и етичких принципа, развој аналитичког и критичког мишљења итд.¹⁷ Студенти су повремено радили са клијентима у сарадњи са Адвокатском комором Ниш, а почев од 2006 .г., у оквиру разних програма, студенти пружају бесплатну правну помоћ клијентима.

Интересантан је рад групе. Са клијентом, који је упознат са начином рада групе, разговара један студент, а остали студенти из групе (највише 10), адвокат и професор који је обукао групу, прате из суседне просторије на монитору ток разговора и по потреби, дају сугестије студенту. Правно консултовање се увек врши на другом пријему клијената, а у међувремену студенти припреме савет или поднесак, консултују се са професором и адвокатом, и пруже правну помоћ клијенту.

Са правне клинике смо добили резултате рада са клијентима у оквиру последњег пројекта: "Клинички програм обуке за заштиту права жена". На овом пројекту је, у периоду од 01. 04. 2008. до 18. 06. 2008. године и од 02. 09. 2008. до 12. 11. 2008. године реализован мониторинг, који се састојао у прикупљању података релевантних за процену квалитета спроведених активности и реализацију постављених циљева.

У наведеном временском периоду Клиници се обратило укупно 86 жена - клијенткиња. Већину тих жена – 65, тј. 75,5%, упутио је Центар за социјални рад Града Ниша, док су остале, укупно 21, тј. 24,4%, лично, без посредовања било каквих институција, успоставиле контакт са Клиником.

Правној клиници, по правилу, обраћале су се клијенткиње које због лоше материјалне ситуације нису биле у могућности да од адвоката, уз одговарајућу новчану накнаду, затраже помоћ. Међутим, било је и случајева да су од Клинике правни савет тражиле клијенткиње добро материјално ситуиране.

У оквиру пројекта "Клинички програм обуке за заштиту права жена" бесплатна правна помоћ пружана је клијенткињама различитог узраста, од 20

¹⁷ В., М. Лазих, Развој и функција правних клиника, Зборник Практично образовање правника, Ниш, 2003.г., стр. 3 и други радови. Овај зборник је први уџбеник те врсте у Србији, а уједно је и практикум за обуку студената за практично обављање адвокатске службе.

до 58 година. Највећи број клијенткиња који је добио бесплатну правну помоћ, њих 48 (73,8%), имао је двоје деце, а једно дете је имало 12 клијенткиња (18,4%), док се остале нису изјашњавале о броју деце. У 52 случајева (80%), клијенткиње су имале малолетну децу.

У време када су тражиле бесплатну правну помоћ од Клинике, већина клијенткиња, њих 47 (72,3%), била је у браку или ванбрачној заједници. У процентима мање клијенткиња, укупно 7 (10,7%), било је разведено или је прекинута ванбрачна заједница у којој су живеле (6 случајева, 9,2%).

Клијенткиње су се обраћале Правној клиници за решавање различитих правних проблема: издржавање малолетне деце; развод брака; заштита од насиља у породици; самостално вршење родитељског права над малолетним дететом; неиспуњење уговорених обавеза; деоба заједнички стечене имовине током брака; издржавање супруге; опозив уговора о поклону; утврђивање ванбрачног очинства; урачунавање поклона и легата у наследни део; извршавање одлуке о издржавању; лишење пословне способности.

Највише клијенткиња, њих укупно 41 (63%), тражило је одговарајуће правне информације и правне савете. Мањи број клијенткиња, укупно 16 (24,6%), обратио се Клиници са захтевом за писање тужби чији су тужбени захтеви углавном били усмерени на издржавање малолетне деце, развод брака и заштиту од насиља у породици.

Студенти су током рада на Клиници имали могућност да, на захтев клијенткиња, састављају и друге поднеске: кривичне пријаве, предлоге за дозволу извршења, предлог за лишење пословне способности, предлог за споразумни развод брака, и предлог за извршење привремене мере.

На Правној клиници, у назначеном временском периоду, састављено је укупно 26 поднесака. Од тог броја, састављено је 16 тужби са различитим тужбеним захтевима. У свакој тужби садржан је предлог за ослобођење клијенткиње од плаћања парничних трошкова.

Тужбе су се односиле на следећа правна питања: самостално вршење родитељског права; издржавање малолетног детета; развод брака; заштита од насиља у породици; утврђивање ванбрачног очинства; деоба заједничке имовине супружника; издржавање супруге.

Осим тужби, студенти су, у циљу заштите правних интереса клијенткиња, саставили и 4 кривичне пријаве, 3 предлога за дозволу извршења на основу извршне исправе, 1 предлог за споразумни развод брака, 1 предлог за лишење пословне способности и 1 предлог за извршење привремене мере.

Анкета клијенткиња показала је да су оне задовољне пруженим правним услугама и поступањем на Клиници. Готово без изузетака, све клијенткиње су одговориле да су им просторије Правне клинике биле погодне за посете, да није било никаквих потешкоћа око заказивања састанка

на Клиници, да су одговорне особе на Клиници прегледале њихову документацију, да су добиле потребне правне информације и одговарајуће правне савете, да су задовољне квалитетом рада студената, професионалним односом наставника и адвоката на Клиници и да би поново користиле услуге Правне клинике.

Свакако, то је омогућило да правна клиника оствари своју примарну функцију – практично образовање студената права, уз друштвено користан рад – пружање бесплатне правне помоћи угроженим грађанима.

4) Одбор за људска права

Одбор за људска права Ниш је члан Мреже „CHRIS“, невладине организације која обухвата 6 канцеларија на територији Србије (Ниш, Врање, Нови Пазар, Нови Сад, Неготин, Ваљево). Основни циљ Мреже „CHRIS“ је поштовање људских права предвиђених у Европској конвенцији, а у последње време највећа пажња се посвећује забрани мучења (тортуре) и праву на телесни интегритет. Свака канцеларија ангажује по 3 адвоката који стално сарађују са правницима из канцеларија тако да грађани у сваком тренутку могу да добију адекватну правну помоћ преко адвоката, уколико правни проблем превазилази могућности правника ангажованих у канцеларији. Не постоје никаква ограничења по питању правног проблема о коме је реч - помоћ добијају сва лица независно од социјалног статуса и правног проблема.

Одбор за људска права се бави пружањем бесплатне правне помоћи од 1999. године. У канцеларији Одбора, сваког радног дана од 9-16 часова, дежурају правници Одбора, који су задужени за давање правних савета, упута и консултовања са странкама. У сложенијим случајевима, правници контактирају са адвокатима, који, уколико је потребно, преузимају случај, и уколико добију одобрење комисије коју чине представници свих 6 одбора, преузимају заступање конкретне странке.

У току 2007. године, Одбору се јавило око 300 грађана за пружање правне помоћи. Ове године се јавило око 200 грађана. Највећи број се јавља поводом насиља у породици (нарочито у време реализације пројекта "Стоп насиљу у породици", који се реализује у сарадњи са Адвокатском комором Ниш). Велики број грађана се јавља због радно-правних спорова (оштећени у стечајном поступку, незаконит отказ итд.). У последње време се јављају и грађани поводом полицијске тортуре, али још увек у малом броју.

Адвокати који сарађују са Одбором заступају грађане пред судовима и другим органима, а уколико постоји потреба, покрећу случајеве пред Европским Судом за људска права у Стразбуру (постоји већ неколико случајева који су покренути представкама).

Отприлике око 70% пружене правне помоћи се заврши на пружању примарне правне помоћи у виду саветовања и евентуалног састављања

поднесака, док око 30% пружене правне помоћи обухвати и заступање од стране адвоката – сарадника Одбора.

5) Посебна заштита маргинализованих друштвених група

Адвокатска комора Ниш је септембра 2007. отпочела сарадњу са невладином организацијом за заштиту права Рома „ОСВИТ“, како би се овој маргинализованој националној групи помогло да лакше и ефикасније оствари своја права. Такође, Адвокатска комора сарађује са Одбором за људска права и „CHRIS-ом“, поводом пружања правне помоћи нарочито угроженим групама људи. Посебан програм се састоји у томе што такви грађани нису дужни да испуне материјални услов који Правилник о пружању бесплатне правне помоћи прописује. У Одбору за људска права Ниш спроводи се пројекат "Стоп насиљу у породици" који се реализује у сарадњи са Адвокатском комором Ниш. Циљна група у овом пројекту, поред жртава породичног насиља су и инвалиди. Једна од активности Одбора је и информисање о примени новог Закона о особама са инвалидитетом, нарочито доступност јавних установа за ову групу становништва. Инвалиди и жртве насиља могу сваког радног дана да добију потребне информације, а сваког уторка је у канцеларијама Одбора дежуран један адвокат из Адвокатске коморе који ради директно са странкама и уједно се упознаје са предходним случајевима.

Градска општина Палилула у оквиру свог пројекта пружања бесплатне правне помоћи нема посебне програме за осетљиве и маргинализоване групе људи, међутим, ангажовани правници таквим особама увек посвећују посебну пажњу, имајући у виду њихов угрожен статус и специфичност проблема због којих такви грађани долазе.

У оквиру службе за пружање бесплатне правне помоћи у Градској општини Медијана постоје посебни програми за жене жртве насиља, Роме и инвалиде. У вези са тим, Општина сарађује и са „Сигурном кућом“. Суштина посебног приступа се састоји у томе да овим групама даје приоритет приликом пружања бесплатне правне помоћи, док инвалиди и жене жртве насиља нису дужни да испуне материјални услов за пружање бесплатне правне помоћи.

* * *

Сагледавајући резултате обављеног истраживања, и у разговору са ментором, проф. Мирославом Лазићем, закључили смо да број клијената и правна заштита која је тражена, као и системска неуређеност и несигурност трајања постојећих облика бесплатне правне помоћи, указују на потребу хитног регулисања система бесплатне правне помоћи у Републици Србији.

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Uroš Zdravković, LL.B.
Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

INSTITUTING THE SYSTEM OF FREE LEGAL AID IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The system of free (*pro bono*) legal aid should be made accessible to all the impoverished and destitute citizens of Serbia. Instituting a system of permanent and good-quality free legal assistance enables the citizens from the disadvantaged social categories to exercise their constitutionally guaranteed right to legal protection and free legal assistance, which is a constitutional safeguard of the principle of an equal access to justice. The Republic of Serbia has not established a functional and comprehensive system of free legal aid yet. According to the 2006 National Strategy for Reforming the Judicial System of the Republic of Serbia, the basic principles for establishing the system of free legal aid are its efficiency and economic sustainability, as well as its independence, transparency and professional responsibility.

In the last couple of years, as many as three different committees have drafted three different models proposing the legislative solutions on the free legal aid but none of these legal texts has been adopted yet. In that context, the concepts of free legal aid adopted in the countries of this region may serve as good models for the development of the free legal aid system in the Republic of Serbia. However, these models have to be adapted to the specific characteristics of the Serbian legal system. In order to provide a permanent and efficient free legal aid, it is essential to establish a permanent and sustainable system of providing such legal assistance. Sustainability is necessary in terms of ensuring both the institutional and the financial framework.

UDK: 342.565.2

Др Ирена Пејић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА И КАРАКТЕР УСТАВНОГ СПОРА*

***Апстракт:** Предмет разматрања у раду представља уставносудска контрола у континенталном типу уставности коју је, сматрали смо, неопходно сагледати не само у контексту општег места судске контроле у правној држави, већ и кроз одређивање карактера уставног спора о коме овај орган решава. Док је профилисање и успостављање уставносудске контроле на почетку двадесетог века било праћено општим теоријским разматрањима о потреби установљавања новог уставног органа у систему поделе власти, данас је тежиште расправе померено на питање карактера уставног спора и „граница“ судске креативности, као израза судске независности, у његовом решавању. С обзиром да је ово питање задржало своју актуелност и у системима који имају традицију у изградњи принципа уставне и политичке демократије, утолико је важније да се о њему разматра у „новим“ уставним демократијама, као што је наша, које се налазе пред озбиљним изазовом у покушају да уравнотеже ставове о „аутентичности“ уставног спора у његовом правном и у његовом политичком значењу.*

Уставни суд је након више од пола века функционисања заузео своје место у уставном и политичком механизму поделе власти у грађанској држави. Данас су апстрактна спорења око природе уставног суда све мања, али су отворена нова питања у процесу функционисања и одлучивања која су много конкретнија: да ли постоји узрочна веза између демократије и судске креативности, односно, да ли уставни системи, посебно „нове“ европске демократије могу у процесу транзиције примењивати модел апсолутне „судске неутралности“ у процесу решавања уставних спорова? Односно, могу ли се успоставити јасне границе између објективних и субјективних метода и критеријума уставносудске интерпретације, као и да ли је судски позитивизам једино пожељан или је потребно дозволити уставном суду да иде даље и преко „ригидне дужности“ да сагледава искључиво „конформност“, тј. сагласност правних норми?¹

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Nova, F. "Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of

После више од пола века функционисања уставног судства у Европи може се рећи да је искуство сваког система аутентично, док уставноправна и политичка теорија пружају различита тумачења у комбинацији са развијеном уставном и политичком праксом која обезбеђује квалитет уставносудске контроле у истој мери у којој је неопходно успоставити нормативне стандарде.²

Питање карактера уставног спора и значења уставносудске контроле везано је за теоријска размисљања о појму устава, и то најпре, за оно мишљење које појму устава даје правно значење и за друго гледиште које истом појму даје политичко значење. Спорови који за свој предмет имају политичку моћ могу бити названи "форум принципа" (*R.Dworkin*) и они се у области уставног права трансформишу у "судско питање" или питање правде.³ Може се рећи да фузијом или стапањем уставног права и моралне теорије постоји тежња да се избегне мешање политике у тзв. уставни легализам.⁴

Уставни спор има претежно „аутентично“ правно значење, али се не могу оспорити његове политичке импликације. С обзиром на врсту уставних спорова који су били решавани у пракси Уставног суда Србије последњих година, јасно је да су они захтевали „ново читање“ устава и уставних принципа у погледу граница и овлашћења којима располажу носиоци власти (све три гране и на свим нивоима власти, од централне до локалних власти). Зато данас можемо упасти у замку објашњавајући улогу уставног суда у домаћем систему, јер је у првој декади било примера да, благо речено, Уставни суд покаже "крајњу уздржљивост и бојажљивост пред ауторитетом скупштинске већине" (К. Чавошки). Уставносудску контролу не треба изоловати из система поделе власти, јер улога уставног суда сублимира и ову димензију. Међутим, то не значи подређеност политичким ауторитетима, већ потребу да се исти ауторитети потчине праву и да се обезбеди функционисање уставне и политичке демократије са очувањем равнотеже у уставном систему.⁵

Discussion on Judicial Review”, *The American Science Political Review* Vol. 70, No.1. (1976), p. 117

² Стварна улога уставног суда, поред уставних надлежности, може бити комплетно сагледана у контексту друштвене структуре у којој они делују. Различити фактори делују у правцу обликовања функције уставног суда, без обзира на ширину установљених надлежности. Прво, требало би узети у обзир да се европско континентално право развија на другачијим правним основама у односу на англосаксонско, што се одражава на приступ и начин решавања уставних спорова. Степен сагласности о питањима уставног карактера, не у његовом формалном већ у материјалном смислу, далеко је теже постићи у континенталном праву него, на пример, у британском систему. (Упор. Cole, T. “Three Constitutional Courts: A Comparison” *The American Political Science Review* Vol. 53, No. 4 (1959), p. 970; G.Kisker, “The West German Constitutional Court as Guardian of the Federal System”, *Publius* Vol. 19, No. 4. (1989), pp. 35-52)

³ R.Dworkin, цитирано према: M.Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 51

⁴ M.Loughlin, *op.cit.* p. 52

⁵ О деловању Уставног суда Србије у првој деценији након доношења Устава видети:

Савремена уставна држава наметнула је уставном суду решавање уставних спорова који нису увек „аутентично правни“, већ са већом или мањом дозом политичких елемената. На овај начин, уставни суд је умешан у процес стварања права заједно са правним и политичким актерима у систему. Осим што је његова функција „чуvara устава“ помирила оба његова својства, сматра се да уставни суд може да обезбеди „мир у друштвеној стварности“, што су подвлачили немачки правни писци.⁶ У одређивању улоге уставног суда свака крајност је недопустива. Са једне стране, мешање политике дискредитовало би идеју уставносудске контроле, а са друге стране, од овог органа се не сме очекивати да поступа као „мехнички техничар“ у строго позитивистичком смислу. Уставни спорови јесу по својој природи правни спорови, али се улога уставног суда у поступку решавања ових спорова састоји у томе да обезбеди аутентично читање устава. У свим случајевима у којима се појављује правна празнина уставни суд има овлашћење да тумачи устав, као и намеру уставотворца у погледу основних уставних принципа (*Gerhard Leibholz*).⁷

Устав је основни и највиши општи правни акт државе, састављен од општих правних принципа који дају генерални оквир за функционисање правног и политичког система. С обзиром да се позитивним правом регулишу основни принципи које садржи устав у политичком смислу ("политички устав"), то је од посебног значаја за један уставни систем да постоји независно судство које на овај начин обезбеђује комплетну стабилност система власти.⁸ Уставом прописане основне надлежности и односи између највиших државних органа, начин на који они реализују своје надлежности, као и средства или инструменти којима се постижу постављени циљеви спадају у домен "фундаменталног права", које у њиховој реализацији обезбеђује уставни суд. С обзиром на ширину и апстрактност уставних норми, дешава се да постављени циљеви могу бити остварени на различите начине, при чему сваки од њих може да нађе своје оправдање и место у основним принципима правне државе.⁹

У вршењу своје основне функције „чуvara устава“, уставни суд располаже одређеном слободом у погледу тумачења уставних норми поштујући променљивост околности. Уставном суду је додељена

К.Чавошки, "Бојажљивост Уставног суда Србије", *Правни живот*, бр. 5-6, 1993, стр. 596;
С.Вучетић, "Однос правног и политичког карактера контроле уставности закона", *Правни живот*, бр. 12, 1995, стр. 201-215

⁶ F.Nova, *op.cit.* p. 117

⁷ *Ibidem*

⁸ M.Loughlin, *op.cit.* p. 44

⁹ Политички појам устава, који се реализује кроз "фундаментално право", може бити представљен као "комплет институција и праксе који дају идентитет политичком систему". (M.Loughlin, *op.cit.* p. 47)

„дискрециона власт у погледу креативне интерпретације“ (*Willi Geiger*).¹⁰ На то се може надовезати мишљење судије Савезног уставног суда Западне Немачке (*Martin Drath*, судија у периоду 1955-1963) да треба довести у рационалну везу значење уставних норми и уставних институција са реалним политичким окружењем. Није довољно, мада је неопходно, да буде испуњен правни захтев за функционисање уставног суда у духу Монтескијевог учења да суд само „проглашава право“, односно да конкретизује правне норме формалном интерпретацијом устава. Више од тога, уставни суд је „креатор права“ који својим оригиналним акцијама делује у духу устава, односно наступа као креативни интерпретатор устава при чему остварује и политичку функцију.¹¹

Наведено гледиште било је испољено у Западној Немачкој за време председништва Савезног уставног суда у коме су се налазили истакнути правници, као што су *J.Wintrich*, *R.Katz*, *G.Leibholz* (1954), када се Уставни суд приближио у својим прагматичним тумачењима америчком Врховном суду. Тако је *G.Leibholz*, дугогодишњи судија Савезног уставног суда Западне Немачке (1951-1971), припадао оним правницима који су се залагали за судски и правни аспект контроле, политичку неутралност и поштовање сагласности уставних норми. Међутим, он је сматрао да се Суд може упуштати у оне спорове који имају за предмет мање рационалне стандарде и захтевају од суда флексибилнији приступ у тумачењу уставних норми, јер су судије уставног суда натеране да у процесу разматрања сваке уставне норме заузму став према политичкој реалности. Уставни суд не би смео да буде индиферентан према политичком поретку. Од њега се очекује да уставне принципе доведе у рационалну и оправдану везу са датим политичким поретком, јер уставне норме и стварност нису увек у сагласности. У том циљу, судије не само да користе граматичке, историјске и логичке методе интерпретације, већ су дужне да схвате смисао устава у целини, што значи да се одговорно суоче са политичким последицама које њихове одлуке могу произвести.¹²

У поређењу са системом судске контроле уставности у англосаксонском систему, европски уставносудски систем инсистира у већој мери на позитивистичком приступу у процесу решавања уставних спорова. У пракси, међутим, функција уставних судова није се ограничила искључиво на тумачење уставних норми и обезбеђивање нормативне хијерархије у правном поретку, већ је расла и ширила се у правцу тумачења и интерпретације тзв. природног права и основних уставних стандарда у демократском систему.¹³ У

¹⁰ F.Nova, *op.cit.* p. 117

¹¹ *Ibidem*

¹² Према: F.Nova, *op.cit.* p. 120

¹³ Сматра се да је немачки Уставни суд својом пресудом од 18.децембра 1953. године начинио први искорак и поред принципа „хијерархије правних норми“ увео принцип тумачења

одлукама немачког Уставног суда, нарочито у првим годинама након конституисања, у њиховом образложењу коришћени су изрази: „супра-позитивна основна норма“, „фундаментални постулати правде“, „норме објективног морала“ или „природно право“.¹⁴ На овај начин, Суд је био у могућности да у изузетним ситуацијама образложи и оправда одлуку уколико сматра да су норме Основног закона на извешан начин у колизији са „вишим правом“. Данас је Суд више наклоњен тумачењу „базичних принципа“ Основног закона који му, такође, омогућавају одређену ширину у реализацији функције, али је то произашло из развоја и утемељености уставне демократије. Интерпретацијом уставних норми кроз бројне одлуке уставног суда има мишљења да је "Основни закон сада виртуално идентичан његовој интерпретацији од стране Савезног уставног суда" (*H.Abraham, D.Kommers*).¹⁵ Коначно, међународне конвенције пружиле су могућност да се у судској контроли уставности појави "екстра-ниво" интерпретације, који уставном суду оставља простора да пређе преко традиционалних граница тумачења националног законодавства. Ово је нарочито важно за земље чланице Уније у погледу поштовања и примене основних принципа права Европске уније.¹⁶

Уставносудски систем заштите суочава се са додатним проблемом у фази спровођења одлука уставних судова, при чему није довољно тражити и наћи одговор на формално-правно питање: ко је надлежан за спровођење његових одлука? У домену извршења одлука уставног суда није довољно утврдити формално одговорне субјекте, јер спровођење и примена одлука уставног суда произилази из комплетно успостављене добре уставне праксе и политичке културе која ствара амбијент за развитак независног судства.¹⁷ Већина упоредних истраживања показује да су уставни судови у

„природноправних начела“ када је одлучио у спору који се тиче једнакости мушкараца и жена. (Упор. T.Cole, *op.cit.* p. 973; W.R.v Brünneck, "Admonitory Functions of Constitutional Courts", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 20, No.3. (1972), pp. 387-403)

¹⁴ Упор. H.Rommen, "Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Court in Germany", *Natural Law Forum* Vol. 4 (1959), pp. 1/25, G.Dietze, "Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany", *Virginia Law Review* Vol. 42 (1956), pp. 1-22

¹⁵ Цитирано према: M.Gallagher, M.Laver & P.Mair, *Representative Government in Modern Europe*, McGraw Hill International Edition, 2001, p. 24

¹⁶ R.Hague & M.Harrop, *Comparative Government and Politics: an Introduction*, Palgrave Macmillan, 2004, p. 217

¹⁷ Један посланик немачког Бундестага је на питање да ли би се упустио у дискусију са Уставним судом одговорио: „Нема ни једног посланика који мисли да би био у стању да се супростави Уставном суду. Озбиљна конфротација би вероватно изазвала озбиљну јавну расправу у којој би тај (посланик, прим.аут.) извукао дебљи крај.“ (G.S.Vanberg, цитирано према Epstein,L. Knight,J. & Shvetsova,O. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* Vol. 35, No 1 (2001), p. 133)

традиционалним европским демократијама (као и судска контрола уставности у САД) у далеко бољем положају у погледу доношења и спровођења одлука које нису „драге или омиљене“ јавним функционерима и изабраним представницима, него што је то случај у новим уставним демократијама. У овој другој групи земаља, уставни суд је готово непрекидно у позицији да балансира између различитих субјеката: политичких актера у парламенту и влади, затим јавности, и коначно, претпостављеног циља да се заштите основни стандарди уставне и политичке демократије.¹⁸

Када је реч о уставним споровима који су проистекли из уставне жалбе, уставни суд остварује функцију „контроле схватања“ или „контроле разумевања“ уставом гарантованих права, односно, основних права. Уставни суд не испитује процедуру и начин одлучивања редовних судова, већ је његов задатак да испита схватање основног права од стране редовног суда. Полази се од претпоставке да је важеће тзв. уставно право и не улази се у домен других грана права (на пример, кривичног или грађанског права). Уставни суд врши контролу „уставне оправданости“ у разумевању основних права, односно права гарантованих уставом и потврђеним међународним уговорима.

У овом случају уставни суд поступа као специјална уставна власт, одлучујући по жалбама грађана по принципу *inter partes*. Овај начин одлучивања представља изузетак у односу на генерално *erga omnes* правило у поступку уставносудске контроле и решавања уставних спорова. За разлику од апстрактне контроле уставности, надлежност уставног суда по уставној жалби могла би се назвати оценом „микро-уставности“ („*the review of micro-constitutionality*“).¹⁹ Према изворном схватању о улози уставног суда, уставносудска контрола у апстрактном уставном спору даје уставном суду обележје „негативног законодавца“.²⁰ Са друге стране, надлежност уставног суда да одлучује о уставној жалби представља могућност да се уставносудска контрола испољи као функција у њеном позитивном значењу. Дакле, у овом случају суд не само да интерпретира уставне норме већ, у потребној мери, попуњава њихову правну садржину и конкретизује њихову функцију.

Коначно, решавање уставних спорова од стране уставног суда развија посебан интерактивни однос овог органа са парламентом. Укидање

¹⁸ Тако се за Савезни уставни суд Немачке може рећи да ужива веће поверење јавности него било која друга институција, укључујући парламент, цркве, синдикате и универзитете. Такве анализе у упоредним системима радили су крајем прошлог века: Caldeira (1987), Grosskopf (1999), Segal (1997), Vanberg (1999), Volcansek (1991). (Видети: L.Epstein, J.Knight & O.Shvetsova, *op.cit.* p. 155)

¹⁹ Упор. G.Harutyunyan & A.Mavcic, *Constitutional Review and its Development in the Modern World: a Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan-Ljubljana, 1999, p. 157

²⁰ У том контексту може се навести Келзеново виђење (1942) уставног суда који функционише у области апстрактне контроле уставности као "негативни законодавац" ("*negative legislator*"), док је функција "позитивног законодавца" препуштена парламенту. (Цитирано према: R.Hague & M.Hagor, *op.cit.*, p. 214)

неуставних закона, процењивање различитих могућности интерпретације нормативних аката и њихове сагласности са уставним принципима, има за циљ да се законодавцу упуту упозорење да постоји потреба измене, допуне или доношења потпуно новог нормативног акта, а што све спада у домен уставних овлашћења парламента.²¹ Решавањем уставних спорова суд има „задатак“ да охрабрује акције законодавца, при чему он не располаже директним инструментима утицаја у форми конкретне иницијативе за доношење или измену постојећег законског акта.²² С обзиром да систем поделе власти у уставној демократији не допушта уставном суду да наступа као овлашћени предлагач у законодавном процесу, постоји висок степен сагласности о томе да решавање уставних спорова сублимира и ову активност у корелацији са парламентом. Претпоставка је да је уставносудска контрола комплементарна са законодавном функцијом и да се у уравнотеженом систему поделе власти ове две функције употпуњују.²³ У том контексту може се истаћи и Келзеново виђење (1942) уставног суда који функционише као "негативни законодавац", док је функција "позитивног законодавца" препуштена парламенту.²⁴

²¹ Савезни уставни суд Западне Немачке деловао је својом одлуком (1967) на законодавца терајући га да извесна питања регулише законом, као у случају успостављања једнакости између деце рођене у браку и деце рођене ван брака. (Упор. T.Cole, *op.cit.* p. 973; W.R.v Brünneck, *op.cit.* pp. 387-403)

²² Уставни суд Италије је седамдесетих година прошлог века не само утицао на парламент, већ и помагао овом органу да се ослободи снажног утицаја Католичке цркве. Уставни суд је, тако, прогласио неуставним законе о забрани употребе контрацептивних средстава, афирмисао својим одлукама законе који су дозвољавали развод, а 1975. године поништио је и одредбу кривичног закона којом је абортус сматран кривичним делом. (Упор. M.Gallagher, M.Laver & P.Mair, *op.cit.*, p. 24; V.Vigoriti, "Italy: The Constitutional Court", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 20, No. 3. (1972), p. 408)

²³ У системима који су успоставили поделу власти са уставносудском контролом разликују се они у којима постоји висок проценат проглашења неуставних закона и они код којих је тај проценат нижи. Закључак, међутим, имплиците не упућује да су у првом случају судови активнији (или "независнији"), а у другом случају ограничени у вршењу своје основне функције. Управо обрнуто, у Немачкој је само око пет процената закона проглашено за неуставне, а што произилази из аргументације да уставни суд, чврсто уклопљен у институционалну структуру, своју улогу у очувању уставне демократије остварује и "превентивно". Једно радикално гледиште иде дотле да Бундестаг види као "законодавца у сенци" уставног суда, који је обазрив због страха да његов акт не буде предмет обарања (C.Landfried, D.Kommers). (Цитирано према: M.Gallagher, M.Laver & P.Mair, *op.cit.* p. 23)

²⁴ R.Hague & M.Harrop, *op.cit.* p. 214

Prof. Irena Pejić, LL.D
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CONSTITUTIONAL REVIEW AND THE NATURE OF CONSTITUTIONAL DISPUTES

Summary

The constitutional court should not only be the guarantee of constitutionality and legality but also the symbol of the rule of law. It has a crucial role in the establishment and protection of constitutional democracy because it is seen as the best guardian against the arbitrary actions of the participants in the political life of a state. After more than half a century of successful operation, the constitutional court has found its due place in the constitutional and political mechanism of the separation of powers. Nowadays, there are fewer abstract discussions concerning the very nature of the constitutional court but there has been a number of new, more explicit issues arising from its operation and decision-making processes. These new issues pertain to the nature and the boundaries of judicial activism, primarily regarding the questions whether there is a causal relation between democracy and judicial “creativity” and whether the newly established democracies can afford to implement the model of absolute judicial neutralism in the process of transition.

In this paper, the author discusses the constitutional control in the Continental-type constitutionality which should be considered not only in the context of a general position of judicial review in the rule of law principle but also in the context of determining the character of the constitutional dispute a constitutional court is obliged to rule on. Whereas the process of determining the profile and establishing the constitutional review at the beginning of the 20th century was accompanied by general theoretical discussions on the need for instituting a new constitutional body in the system of the separation of powers, the focal point of discussion nowadays has moved to the question concerning the character of the constitutional dispute and the boundaries of judicial creativity (as an expression of an impartial judiciary) in resolving the dispute. Considering the fact that it has remained a current issue in many legal systems with much longer tradition in building the principles of constitutional and political democracy, this issue is even more important to be discussed in the “new” constitutional democracies, which have been facing serious challenges in the attempt to balance the diverse legal and political standpoints on the “authentic nature” of the constitutional dispute.

UDK: 349.2

Др Горан Обрадовић

доцент Правног факултета у Нишу

О ДЕРЕГУЛАЦИЈИ РАДНИХ ОДНОСА *

Апстракт: Дерегулација радних односа је једно од најзначајнијих питања радног права данашњице. Циљ рада је да укратко изложи разлоге који стоје иза захтева да се улога државе у области радних односа сведе на што мању меру, као и да се упозори на опасности које прете од претераног препуштања радних односа тржишним механизмима.

Кључне речи: радни однос, неолиберализам, дерегулација, флексибилност.

Претходне напомене

Развој људског друштва увек је био технолошки управљан, од искорака пољопривредног друштва ка машинама и електричној енергији у индустријским друштвима, па до данашње и сутрашње информатичке револуције. Тај технолошки развој је увек продоран, доминантан и са драматичним утицајем на наше друштво уопште и на тржиште рада посебно.¹ У преиндустријским односима у раду ни питање времена није имало значај какав има данас. Индустријска револуција наметнула је други приступ времену, у коме је Тејлоров модел² организације рада виђен као идеалан.

Током XX века долази и до опсежних друштвених промена. Промене у области глобалног економског интегрисања довеле су у питање и институционални оквир радног права.³ Консензус који је после Другог светског рата заснован на идеји једнакости између послодавца и радника и

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ R. Blanpain, *The Changing World of Work*, у: R. Blanpain, C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer, 1999, стр. 26.

² „Тејлоризам“ носи назив по америчком инжењеру Ф. В. Тејлору (1856-1915), који је покушао да изради систем научне организације рада, тачним мерењем појединих покрета радника при раду, уз избегавање премора и расипања снаге. Систем утврђује формулу најрационалнијих потребних покрета чиме се постиже уштеда у времену и повећава производња.

³ V. Gotovac, *Radno pravo za 21. stoljeće: mitovi o fleksibilizaciji*, Financijska teorija i praksa, 27 (2003), стр. 417.

подршци колективном представљању унутар државе благостања почео је да се урушава 1970-тих година.⁴ „Фордизам“⁵ је замењен „Гејтизмом“⁶. Економски преображај, тј. стварање другачијег глобалног економског поретка, технолошке трансформације и велики раст запослености у услужним делатностима изазвали су велике промене у структури социјалних ризика и створили потпуно нове типове друштвених добитника и губитника. Типични индустријски радници и ниско образоване особе у ери социјалног капитализма већином су могли рачунати на солидно плаћене и сугурне послове. У двадесет првом веку то највероватније неће бити случај.⁷ Технологија, иако сама по себи не ствара и не уништава запосленост, дубоко мења природу рада и организацију производње. Реструктурирање предузећа и организација, које омогућава информациона технологија, а стимулише глобална конкуренција, најављују темељни преображај рада: индивидуализацију радне снаге и процеса рада. Трендови подстакнути конкуренцијом или вођени технологијом у смеру флексибилности, налазе се у позадини тренутног преображаја радних односа. Коначно, традиционални облик рада, заснован на сталној запослености, јасно одређеним задацима занимања и обрасцу каријере животном циклусу, полако али сигурно бледи.⁸

Као одговор на глобализацију економије и економске кризе у индустријализованим тржишним економијама општи тренд се кретао ка дерегулацији. Тачније, ка тржишној а не државној регулацији. Деретулација радних односа у основи значи уклањање препрека које капитал види на тржишту рада (регулација) и враћање неограничене моћи капиталу, уз разарање заштите коју у радним односима пружа држава⁹, односно,

⁴ В. Непле, *Labour Law di s and Global Trade*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, стр. 261.

⁵ „Фордизам“ је добио име по Хенрију Форду, америчком произвођачу аутомобила који је први увео масовну производњу. Појам подразумева употребу покретне производне траке која надгледа темпо рада: радник обављају увек исте задатке који захтевају мало образовања и релативно низак ниво квалификација. Делови који се користе тако су обликовани да их је лако склопити. Машине се користе да би произвеле стандардне делове за производе чија је производња масовна, тако да су ти производи сразмерно јефтине. Мали су и трошкови рада, јер је мала потреба за квалификованом радном снагом. Због велике количине произведене робе, режијски и фиксни трошкови, као што су трошкови набавке машина, сразмерно су ниски.

⁶ По Б. Гејтсу, оснивачу Мајкрософта.

⁷ G. Esping-Andersen, *Ka dobrom društvu, još jednom*, у: S. Zrinščak (ur), *Socijalna država u 21. stoljeću-privid ili stvarnost*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2006, стр. 62

⁸ M. Castells, *Informacijsko doba: Ekonomija, društvo i kultura, Svezak I. Uspon umreženog društva*, Golden marketing, Zagreb, 2000, стр. 293-296.

⁹ A. Supiot, *Beyond employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, New York, 2005, стр. 51. Ово је, заправо, познати Супиоов извештај „*Pad za 20 godina*“, који је је Европску комисију сачинила група експерата на челу са проф. Супиоом, 1999. године. Према овом извештају, постоје три могућа решења ситуације у којој су се нашли радни односи. Прва могућност је задржати постојеће, тј. у радном праву и даље инсистирати на јасно израженој интересној наклоности радног права ка радницима као слабијој страни. Друга могућност је прихватање слободе уговарања, односно повратка и приближавања радног

препуштање радних односа обичним тржишним принципима.¹⁰ Другим речима, радни односи морају бити „флексибилнији“. Индикатори тог тренда били су различити: укидање претходног одобрења од стране јавних власти у погледу отпуштања технолошког вишка (Француска), увођење веће флексибилности код уговора о раду на одређено време (Белгија, Немачка, Шведска, Шпанија, Италија), ограничавање послодавчевих обавеза у погледу периода упозорења (Белгија) и незаконитог отказа (В. Британија, Немачка). У неким од ових земаља то је било повезано са смањењем законске подршке учешћа радника у управљању (В. Британија, Белгија).¹¹

Као први заговорници реформе социјалних модела јавили су се неолиберали, чији је утицај пре тога био далеко мањи. Надахнути Милтоном Фридманом и Фридрихом фон Хајеком, њихов је нацрт препоручивао повратак индивидуализму, дерегулацији, те приватизацији социјалне заштите.¹² Политичку законитост модерне глобализације подржала је реторика неолиберализма¹³, са веровањем да тржишне снаге треба да владају, а да држава треба да има минималну улогу.¹⁴

1. Улога међународних финансијских институција

Још за време Другог светског рата, јула 1944. године, у Бретон Вудсу, у америчкој држави Њу Хемпшир, одржана је Међународна монетарна и финансијска конференција. Циљ јој је био улагање заједничких напора у обнову Европе и спречавање великих депресија у свету (сличној оној у САД-у пре Другог светског рата). На њој су основани Светска банка (пуно име је: Међународна банка за обнову и развој) и Међународни монетарни фонд (ММФ).¹⁵ У свом оригиналном концепту, Фонд је био заснован на сазнању да тржишта често нису добро функционисала, што може довести до велике незапослености и даљег подбачаја у попуњавању фондова потребних земљама да би поново успоставиле нормално стање у својим привредама.

права основама обвезног права. Трећа могућност, за коју се залаже и стручна група, укључује флексибилизацију, али не обавезно као дерегулацију, него као садржајно редефинисање радних односа и реорганизацију система права и обавеза у њима. Односно, прихватање нужности флексибилизације радних односа, али и потребу заштите тих односа.

¹⁰ V. Nepple, *Labour Laws and Global Trade*, стр. 262.

¹¹ V. Nepple, *Flexibility and Security of Employment*, у: R. Blanpain, C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, стр. 279.

¹² Ibid, стр. 65.

¹³ Под *неолиберализмом* се разуме правац у економској науци који се супротставља државној интервенцији у привреди.

¹⁴ V. Nepple (ed.), *Social and labour rights in a global context*, Cambridge University Press, 2002, стр. 2.

¹⁵ Уз Светску трговинску организацију, ове се две институције сматрају главним носиоцима процеса глобализације.

Дакле, ММФ је био основан с уверењем да је потребна *колективна акција на глобалном нивоу* да би се одржала економска стабилност.¹⁶

Међутим, током година свог постојања, ММФ се значајно променио. Заснован на изворном уверењу да су тржишта често лоше функционисала, ММФ је почео, уз идеолошку острашћеност, да уздиже идеју о тржишној супремацији.¹⁷ Сматра се да, у основи, политика коју данас воде Светска банка и ММФ, почива на најпростијој верзији теорије трговине Пола Самјуелсона.¹⁸

После краха економија у земљама Латинске Америке, на сцену је ступила нова политика, оличена у тзв. “Вашингтонском договору“. Фраза „Вашингтонски договор“ (eng. Washington Consensus) данас је веома популаран и широко коришћени израз у расправама о трговини и развоју. Такође, често се користи и као синоним за неолиберализам и глобализацију. Овај израз први пут је употребљен 1990. године, од стране економисте Џона Вилијамсона из Института за међународну економију из Вашингтона. У основи, ради се о моделу формулисаном, од стране Међународног монетарног фонда, Светске банке и Управе трезора САД, у десет основних препорука у циљу вођења здраве развојне политике у Јужној Америци. „Вашингтонски договор“ је, тада, био најмањи заједнички именитељ за политику која је од стране вашингтонских институција била саветована земљама Јужне Америке 1989. године. Основне препоруке су биле: фискална дисциплина, преусмеравање јавних расхода, пореска реформа, либерализација финансијског система, јединствен девизни курс утврђен на конкурентском нивоу, спољнотрговинска либерализација, отвореност према страним улагањима, приватизација, дерегулација и осигурање власничких права.¹⁹

¹⁶ Ibid, стр. 25.

¹⁷ Ц. Стиглиц, *Противречности глобализације*, СБМ-х, Београд, 2002, стр.26

¹⁸ Е. С. Реинерт, *Глобална економија-како су богати постали богати и зашто сиромашни постају сиромашнији*, Чигоја штампа, Београд, 2006, стр. 23. Овај амерички економиста је (1949/50) изнео теорију да ће слободна међународна трговина довести до „изједначавања цена фактора производње“, односно, цене фактора производње-капитала и рада-развијаће се у правцу тога да буду исте у целом свету. Данас је очигледно да је претпоставка била погрешна.

¹⁹ Сам Вилијамсон је тврдио да његове препоруке нису садржавале слободно кретање капиталних токова, монетаризам, „економику принуде“ (минималне порезе), и концепт тзв. „минималне државе“. Таква допуна концепта развоја, по њему, последица је неоконзервативних програма Маргарет Тачер и Роналда Регана. С друге стране, макроекономска дисциплина/стабилност, приватизација, тржишна економија и слободна трговина представљају додирне елементе с неолибералним економистима окупљеним у друштву Монт Пелерин и са идејама Милтона Фридмана и Фридриха фон Хајека. Више о томе у: J. Williamson, *What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?* The World Bank Research Observer, vol. 15, no. 2 (2000); Д. Радошевић, *Нова развојна парадигма: ствара ли се нови модел господарског и социјалног развоја*, „Пост-Вашингтонски консензус“?, Економски преглед, 54 (11-12), Загреб, 2003.

Фискална строгост, приватизација и либерализација тржишта представљали су три носећа „стуба“ „Вашингтонског договора“ током осамдесетих и деведесетих година 20. века. Политике Вашингтонског договора биле су осмишљене да пруже одговоре на врло стварне проблеме у Јужној Америци и у значајној мери су имале смисла. Проблем је што су многе од ових политика постале циљеви за себе, пре него средства за равномернији и одрживи раст. У том смислу су те политике форсиране сувише далеко и сувише брзо, при чему су изостале друге политике које су такође биле потребне.²⁰ Резултати политика наметнутих „Вашингтонским договором“ нису били охрабрујући за највећи број земаља које су пригрлиле његове догме: развој је био спор, а и где је дошло до раста користи нису биле равноправно дељене; кризе су лоше вођене, транзиција од комунизма у тржишну економију била је разочарење.²¹ У великом броју земаља Латинске Америке стагнација и рецесија су се усталиле.²² Политике „Вашингтонског договора“ су посветиле мало пажње питањима расподеле или коректности. Многи њихови заговорници верују у тзв. *економију капања*²³. Међутим, показало се да *економија капања* никад није била нешто више од пуког веровања. Сиромаштво је расло и у Енглеској 19. века, мада је земља у целини напредовала.²⁴

Услед очигледних недостатака, овај модел је напуштен и од Светске банке и ММФ-а и замењен је новим.²⁵

2. Садржина флексибилности радних односа и оправдања за њу

Флексибилност²⁶ се односи на бројна питања радног односа, у различитим облицима. Флексибилност може бити унилатерална, индивидуална, установљена законом или преговорима (што значи да флексибилни аранжман може бити могућ само ако се са њим сложе представници запослених у предузећу или на нивоу сектора).

²⁰ Ц. Стиглиц, *Противречности глобализације*, стр. 67-68.

²¹ Ibid, стр. 97.

²² Ibid, стр. 98.

²³ „Економија капања“ (*„trickle-down“*) је неокласични економски концепт. Његова основна претпоставка је да ће нагомилавање богатства у имућнијем слоју друштва довести до благостања свих слојева, кроз деловање тржишта и повећану потрошњу. Благотворни учинак богаћења богатих ће „прокапати“ и на мање имућне.

²⁴ Ц. Стиглиц, *Противречности глобализације*, стр. 91.

²⁵ Амерички економиста Дани Родик је 2002. године формулисао десет нових додатних мера развојне политике, које би се примењивале уз десет већ постојећих. Назвао га је „Допуњени Вашингтонски договор“. Осим тога, најзначајније међународне институције су почетком 2002. године организовале Међународну конференцију о финансирању развоја у Монтереју (Мексико). Скуп предложених мера развојне политике добио је назив „Договор из Монтереја“, тако да се потупно ствара нови развојни модел, условно назван „Пост-Вашингтонски договор“. Види: Д. Радошевић, *op. cit*, стр. 283-288.

²⁶ Флексибилност (≡прилагођавање=дерегулација). Види: R. Blanpain, *op. cit*, стр. 38.

Флексибилност се разматра у вези:

- уговора о раду, и то: уговора о раду на одређено време, на непуно радно време, на привремени рад, рад на позив, изнајмљивање особља, релаксирање ограничења у вези запошљавања и отпуштања;

- зараде: укидање минималне зараде, децентрализацију преговарања;

- радно време: прераспоређивање радног времена, раније пензионисање, мењање радног времена, ноћни рад, рад викендом, итд.²⁷

Неолиберална теорија легислативу види само као средство за уклањање тржишних несавршености. Међутим, ако правна регулатива има у виду и неке друге друштвене циљеве (нпр. социјалну праведност, сигурност), а не само економску ефикасности, она може имати супротне учинке.²⁸

Односно, ако се државном интервенцијом жели постићи нешто друго, осим повећања ефикасности, она је непожељна и лоша. Стога, стандардни облик запослења, тј. радни однос са пуним радним временом и неодређеног трајања, треба заменити „флексибилним“ облицима: радним односом на одређено време, са непуним радним временом, привременим и повременим пословима, радом код куће. Надаље, поступак отпуштања радника треба максимално поједноставити, уз минималне трошкове за послодавца. „Флексибилним“ треба учинити и друга права из радног односа, као што су она везана за распоређивање, зараду, радно време и сл.

Ако се, по присталицама дерегулације радних односа, послодавцима допусти да обављају свој посао онако како њима одговара, са минимумом интервенција са стране, они ће бити способни да се такмиче по глобалним мерилима. Уколико предузећа у другим земљама могу да раде још јефтиније, послодавци ће наћи начин да одговоре, смањујући своје трошкове. Уколико су предузећа профитабилнија, цело друштво ће, укључујући и запослене, убирати користи. Са овог гледишта, правна регулатива представља проблем због ограничења могућности које су послодавцу отворене и због наметања додатних трошкова који послодавце може учинити неконкурентним.²⁹

Тржиште рада у будућности види се као тржиште слободних агената, од којих свако преговара за своје сопствене услове запошљања и где ће дугорочно обавезивање предузећа према раднику, али и радника према предузећу, бити замењено краткорочним уговорним односом, где ће обојица партнера моћи да промене оног другог по жељи.³⁰

²⁷ R. Blanpain, op. cit, стр.38.

²⁸ Ž. Mrnjavac, *Može li se i treba li se radno zakonodavstvo suprotstaviti „fleksploataciji“*, *Financijska teorija i praksa* 27 (4), 2003, стр. 408.

²⁹ A. C. L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, 2004, стр. 26.

³⁰ P. Auer, S. Cazes, *Employment stability in an age of flexibility, Evidence from industrialized countries*, International Labour Office, Geneva, 2003, стр. 5.

3. Друга страна медаље

Идеја о саморегулативном тржишту је у последње време уздрмана. Програми које су међународне финансијске институције стварале са циљем да се оживи економија неких земаља у развоју довели су до њиховог још већег пада, углавном због пребрзог и превеликог захвата реформи („шок-терапија“). Актуелна економска криза на најбољи је начин показала да тржиште није у потпуности саморегулаторно и да је, у одређеним тренуцима, интервенција државе неопходна. Парадокс је да државу у помоћ призивају управо они који су били највећи заговорници њеног немешања у економију (банкарски сектор).

Тржишта, дакле, и нису баш савршена, а владе обавезно злоћудне. Мало је доказа остало за идеју да је тржишна економија механизам који, као што је Фурије говорио, када се једном успостави - функционише аутоматски.³¹

Такође, не постоје ни докази да земље са инфериорним основним радним стандардима показују супериорни извозни учинак. У свету где више од две милијарде људи живи са мање од два долара дневно, самохвалне тврдње о еманципаторном потенцијалу неолиберализма, приватизације и личне одговорности изгледају као сурова шала.³² Међутим, и поред тога, и даље је присутан општи образац по коме државе и компаније настоје да остваре краткорочне конкурентне предности нудећи инфериорне зараде и услове рада.³³ То се нарочито дешава код земаља у развоју које, такмичећи се у привлачењу страних инвестиција, снижавају своје радне стандарде. Овај феномен се описује изразом „трка до дна“ („race to the bottom“). Упркос томе, главни токови страних директних инвестиција иду ка подручјима са растућом тражњом.³⁴ Тиме се само потврђује стара истина да је, заправо, тржиште једина роба која стварно недостаје.

Посебно је питање ефеката које земље у развоју очекују од страних инвестиција, које толико желе да привуку. Упркос чињеници да мултинационалне компаније (и не само оне) своју производњу све више селе у земље у развоју, мало је користи које се у њима осећају због тога. Другим речима, богати постају богатији, а сиромашни сиромашнији.³⁵ Шта више, преношење производње у земље у којима се може наћи радник за плату мању од долара дневно, ствара незапосленост у развијеном свету, а плате у

³¹ G. M. Kelly, *Employment and concepts of work in the new global economy*, International Labour Review, Vol. 139 (2000), No. 1, стр. 19.

³² D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, New York, 2005, стр. 171.

³³ J. E. Dølvik, L. Tørrres, *Globalisation, Work, and Labour Standards. The Globalisation Project 2001-2002*, Report no. 9 (Apr.). Oslo, Norwegian Ministry of Foreign Affairs. Доступно на: <http://odin.dep.no/archive/udvedlegg/01/03/rapp9064.pdf>. Посећено 5. маја 2004. године, стр. 104.

³⁴ J. E. Dølvik, L. Tørrres, op. cit.

³⁵ E. C. Реинерт, op. cit. Ова књига је, иначе, посвећена ефектима глобалне економије на земље у развоју.

неразвијеном свету остају мизерне, и у њему се гомилају сиромаштво и мржња. Све препреке токовима капитала проглашавају се привредно штетним и непријатељским за западну демократију, иако страни капитал након повлачења оставља земље привредно и социјално опустошене.³⁶ Управљачи токова капитала, који посезање државе у привреду иначе не одобравају, помоћу те исте државе, с друге стране, спречавају токове рада.

У већини европских земаља у којима је владао комунизам, после његовог повлачења изабрано је нео-либерално размишљање, које је водило далекосежној дерегулацији тржишта рада, на основу флексибилности рада, неопходне, како се сматрало, за повећање извозне конкурентности, привлачење страних инвестиција и стварања могућности за запошљавање у растућем приватном сектору. Међутим, идеја да флексибилно оријентисана реформа суштински доприноси побољшању конкурентности тих земаља, привлачењу инвестиција и стварању запослења подржана је теоријским анализама и економетријским моделима, али док није било емпиријских доказа. Заправо, вероватније је да је њихова конкурентска предност настала из релативно ниских минималних и просечних зарада, него из њиховог хипотетички ниског нивоа радних стандарда.³⁷

Изгледа, стога, да је флексибилност далеко од осигурања сагласности у вези своје корисности за радно место.³⁸ Сигуран је, међутим, само редистрибутивни ефекат флексибилности – у корист послодавца – без приметних ефеката на производњу и ниво запошљавања.³⁹

С друге стране, не постоје ни емпиријски докази да строгост законодавства о раду има ефекте на ниво укупне незапослености. У том смислу, нарочито је значајна ОЕЦД-ова студија из 1999. године, као и више других.⁴⁰

Напомене за крај

Неспорно је да технолошке и економске промене неминовно доводе и до промена у радном праву, као и да стандардни облик запослења не може бити и једини (нити је то икада био). Радни однос на одређено време, са

³⁶ J. Менцигер, у поговору у књизи Ц. Стиглица: *Противречности глобализације*, стр. 287.

³⁷ A. Bronstein, *Trends and challenges of labour law in Central Europe*, у: J. Craig, S. M. Lynk, *Globalization and the future of labour law*, Cambridge University Press, 2007, стр. 197.

³⁸ G. M. Kelly, op. cit, стр. 21.

³⁹ ILO, *What is the future of work? Ideas from a French report*. International Labour Review, Vol. 135, No. 1, стр. 110.

⁴⁰ OECD, *Employment Outlook*, June 1999, Paris. Доступно на: www.oecd.org/dataoecd/9/46/2079974.pdf, посећено 7. 10. 2004; A. Nesperova, *Zašto je nezaposlenost i dalje tako visoka u Srednjoj i Istočnoj Evropi*, у: *Socijalna država u 21. stoljeću*; G. Bertola, T. Boery, S. Cazes, *Employment protection and labour market adjustment in OECD countries: Evolving institutions and variable enforcement*, Employment and Training Paper No. 48 (Geneva, ILO), 1999, доступно на: <http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/publ/etp48.htm>, посећено 11. 5. 2008.

непуним радним временом, привремени и повремени послови, итд, одувек су имали своје место у радном праву и били су обострано корисни. Правити, међутим, правило од нечега што би морало бити изузетак (и рестриктивно се тумачити) противно је смислу постојања оваквих облика радног ангажовања. Ако се томе дода могућност послодавца да лако отпусти, уз минималне или никакве трошкове, сигурност запослења више не постоји. Несигуран радник је, тако, приморан да прихвати малу зараду, мања права, неповољније услове рада, а допринос „економској ефикасности послодавца“ су слаба сатисфакција за личну несигурност. Ако флексибилизација радних односа буде водила (скоро) потпуној дерегулацији, онда ће бити укинуте све оне историјски остварене вредности и стандарди.

Чак и када би претпоставка да флексибилно тржиште рада може да смањи разлику између запослености и незапослености била потпуно тачна, то свакако не би смео да буде једносмеран процес. Социјална политика мора да промовише продуктивност и ефикасност, али и економска политика, у исто време, мора да промовише социјалне циљеве. Стварање посла мора бити удружено са побољшањем квалитета посла, који је исто тако важан. Сигурност која проистиче из рада не сме бити доведена у питање због немилосрдних закона које капитал намеће радној снази широм света. Радно законодавство, насупрот капиталу, и даље остаје национално и не постоји противтежа транснационалном економском одлучивању. Држава, стога, мора да остане гарант основних права из радног односа.

Како је још пре скоро 70 година истакао Карл Полањи у својој књизи „Велика трансформација“, ако би се тржишном механизму допустило да једини управља судбинама људских бића и њиховом природном средином, то би довело до уништења друштва. Наводна роба „радна снага“ не може да се разбацује, да се користи насумице или чак да се остави неискоришћена, а да то не утиче на људско биће које је носилац те посебне робе. Располажући човеком радном снагом, систем би исто тако располагао и физичким, психичким и моралним ентитетом човека који је нераздвојив од ње. Лишена заштитног закона културних установа, људска бића би настрадала од последица изложености друштву; умирала би као жртве акутне друштвене дислокације услед порока, перверзије, злочина и гладовања.⁴¹

⁴¹ К. Полањи, *Велика трансформација*, Филип Вишњић, Београд, 2003, стр. 81.

Doc. Goran Obradović, LL.D
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE DEREGULATION OF LABOUR RELATIONS

Summary

The changes in the field of technology (particularly in information technology) after the Second World War have necessarily led to the changes in the field of economy. These changes were particularly prominent in the 1970s of the 20th century. The global economic order, characterized by a new way of running business affairs, immediately gave rise to the issue of changing the concept of labour relations. Generally speaking, the new requests reflected the argument that the achieved level of legal protection of rights stemming from labour relations was too high and that the existing labour legislation was too rigid, which eventually hindered the economic development. Under the influence of the neo-liberal theories, most countries in the world have tried to make labour relations more flexible through the process of a “flexibilization” of labour relations. In that context, non-standard forms of labour have become more frequent, employment has become increasingly more uncertain, whereas the costs of the employees’ dismissal have been significantly reduced. It has been justified by the idea that it will enable the capital to adapt to the changes on the market, which would further increase the economic growth and, ultimately, lead to a higher employment rate. In that way, everybody would eventually feel the benefits of the economic development and the ensuing wellbeing.

In this paper, the author points to the numerous facts which do not go in favour of this standpoint, including not only the effect of the neo-liberal measures on the economies of the developing countries but also the insufficiency of empirical data proving that the reduced legal regulation in this field leads to a higher employment rate. Without disputing the necessity of adapting labour legislation to the changing needs of the society, the author emphasizes that the basic labour standards must be preserved, and points out that the excessive deregulation of labour relations is as dangerous as its excessive legal regulation.

UDK: 347.921.8(497.4)

Анђелија Адамовић, сарадник у настави
Правни факултет Универзитета у Нишу

СИСТЕМ БЕСПЛАТНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У СЛОВЕНИЈИ

***Апстракт:** У овом раду, аутор разматра остваривање права на приступ правди у Републици Словенији кроз начин уређења система бесплатне правне помоћи. Раd представља нормативни приказ међународних и националних докумената који регулишу ову материју, кроз који су анализирана важећа решења значајна за Словенију као чланицу различитих међународних организација, као и решења предвиђена домаћим законодавством. Посебна пажња посвећује се Закону о бесплатној правној помоћи, који представља примарни извор овог права за Словенију. У том смислу, радом се даје одговор на питање ко, под којим условима, на који начин и од кога може захтевати пружање бесплатне правне помоћи према правилима овог Закона.*

***Кључне речи:** бесплатна правна помоћ, Закон о бесплатној правној помоћи, трошкови судског поступка*

1. УВОД

Начин изградње система бесплатне правне помоћи представља одговор одређене друштвене заједнице на постојање једног броја социјално угрожених становника који нису у могућности да сами, без организоване друштвене помоћи, остваре једно од својих елементарних људских права – право на приступ правди.¹ Право на приступ правди само је један аспект комплексног права на правично суђење, које, према одређењу из члана 6. најзначајнијег регионалног документа из области људских права – Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода², обухвата право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона; право на јавно изрицање пресуде; право на презумпцију невиности; право да оптужени, у најкраћем року, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу против њега; да има довољно времена и могућности

¹ Access to justice (eng.)

² European Convention on Human Rights, „Сл. лист СЦГ“ (међународни документи), ратификована 26. децембра 2003. године, (у даљем тексту Европска конвенција)

за припремање одбране; да му се обезбеди право на приступ правди; као и право да испитује сведоке и да му се обезбеди преводилац, ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суду.

Различите државе су, имајући у виду своје друштвено политичке интересе, на различити начин и различитим актима конкретизовале стандарде које подразумева право на правично суђење.

Како је држава, а самим тим и модела за регулисање права на приступ правди много, са једне стране, али како је и само право на правично суђење сложено право које се може рашчланити на више сегмената, то ће тема овог рада бити ограничена на два начина - географски и садржински.

Овај рад бавиће се системом бесплатне правне помоћи у Словенији, на коју је избор пао јер представља једину државу чланицу бивше СФРЈ која је, након издвајања из заједнице, постала пуноправна чланица Европске Уније. Из тог разлога, у раду ће бити дат преглед међународних правних извора универзалног карактера, који садрже стандарде за обезбеђење права на приступ правосуђу, регионалних докумената у којима се налазе услови које је Словенија морала да испуни у домену права на правично суђење, да би се обезбедила хармонизација њеног законодавства са законодавством ЕУ, али и извора унутрашњег права који на детаљан и прецизан начин регулишу ово питање.

Садржинско ограничење теме рада тиче се обухватања само једног аспекта права на правично суђење – права на приступ правди, и то у домену цивилне процедуре, кроз обрађивање модела бесплатне правне помоћи који тренутно постоји у Словенији. У том смислу, овај рад покушаће да пружи одговор на питања ко, под којим условима, на који начин и уз чије деловање може остварити право на бесплатну правну помоћ у Словенији.

2. МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ИЗВОРИ ПРАВА НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ

Право на приступ правосуђу, као елементарно процесно људско право, препознато је и регулисано бројним међународним документима. Словенија, као и било која друга држава потписница ових докумената, дужна је да примењује њихове одредбе у мери у којој ти документи имају обавезујућу правну снагу.

Све међународне документе, с обзиром на њихову општост, можемо поделити на опште (универзалне) и регионалне међународне документе.

2.1. УНИВЕРЗАЛНИ МЕЂУНАРОДНИ ИЗВОРИ ПРАВА НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ

Документ који представља полазну основу за све касније акте који уређују право на приступ правди јесте Општа декларација о правима човека³.

³ Universal declaration of Human Rights, усвојена је 10. децембра 1948. године под окриљем

Чланом 10. ове Декларације предвиђено је да „свако има потпуно једнако право на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега“. Међутим, недостатак ове Декларације, а самим тим и ове одредбе, јесте у томе што државе немају никакву обавезу да права зајемчена њоме унесу у одредбе свог унутрашњег законодавства. Такође, не постоји надзор над применом прописаних права, нити могућност да појединци уложе жалбу у случају повреде права. Такав начин гарантовања основних људских права последица је широког консензуса који се желео постићи у тренутку доношења Декларације, а за који је оцењено да не би био могућ да је Декларација предвиђала чвршћи основ обавезивања.

Још један документ усвојен од стране Уједињених нација, који регулише питање приступа правди, јесте Међународни пакт о грађанским и политичким правима⁴. Овај Пакт, чланом 14, став 3 (д), прописује да свако, ко је оптужен за кривично дело има потпуно једнако право да буде присутан на суђењу и да се брани сам или уз помоћ правног заступника по свом избору, ако нема правног заступника да буде упознат о свом праву да га има и, кад год то интерес правде захтева, да му се постави бранилац по званичној дужности, без плаћања трошкова ако нема довољно средстава да га плати. Посебан значај овог Пакта јесте у постојању његовог Факултативног протокола⁵, који омогућава појединцима да се непосредно обрате Комитету за људска права.

Значај ових докумената огледа се у томе што су они утрли пут универзалној заштити људских права, под окриљем најзначајније универзалне међународне организације данашњице, Уједињених нација. Из тог разлога, оне представљају базу за конкретније и прецизније регулисање бројних основних људских права, доношењем аката на регионалном и националном нивоу.

2.2. РЕГИОНАЛНИ МЕЂУНАРОДНИ ИЗВОРИ ПРАВА НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ

Свакако најзначајнији регионални документ који се тиче заштите људских права јесте Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Овај документ, усвојен 1950. године од стране држава чланица Савета Европе, јесте и најзначајнији документ који се тиче института

Уједињених нација, и тај датум је, због њеног значаја на пољу људских права, проглашен Међународним даном људских права.

⁴ International Convenat on Civil and Political Rights, „Сл. лист СФРЈ“ (међународни уговори), 7/71, ступио је на снагу 23. марта 1976. године

⁵ Словенија је сукцесијом прихватила Пакт о грађанским и политичким правима 6.7.1992, а Факултативни протокол је ратификовала 16.7.1993. године.

бесплатне правне помоћи. Како је у уводу рада већ напоменуто, члан 6. став 3 (в) регулише питање обезбеђивања бесплатне правне помоћи, постављајући при том два услова: да на то упућује материјално стање оптуженика, и да је пружање ове помоћи у интересу правде. Иако се првобитно ова одредба односила само на оптуженике у кривичним стварима, доношењем одлуке у случају *Airey v. Ireland*⁶, њен домет проширен је и на грађанскоправне спорове.

Овом одлуком суд није у потпуности ускратио државама могућност да ограниче право на правну заштиту у грађанским стварима, али је захтевао испуњење два основна услова: да се таквим ограничењем постиже легитиман циљ и да ограничења нису тако широко постављена да се њима нарушава сама суштина овог права. Међутим, он је истакао „да су државе дужне да обезбеде бесплатну правну помоћ у грађанским стварима кад је таква помоћ од непроцењиве важности за делотворан приступ суду у оним случајевима у којима је пружање правне помоћи обавезно према одредбама домаћег права или кад је то потребно због комплексности поступка у питању“⁷.

Осим ове Конвенције, Савет Европе је и другим документима регулисао систем бесплатне правне помоћи.

Као акт којим се на најнепосреднији начин регулише ово питање појављује се Резолуција 78 (8) о бесплатној правној помоћи⁸. Значај овог института истакнут је већ у уводу Резолуције, у ком се наглашава да „обезбеђивање правне помоћи не би више смело да се посматра као милостиња сиромашнима, већ као обавеза друштва као целине“. Ова Резолуција прописује да нико не сме, због економских препрека, да буде спречен да обезбеди или одбрани неко своје право пред било којим судом који је надлежан за грађанска, трговинска, управна, социјална или пореска питања. Критеријуми који се приликом додељивања помоћи узимају у обзир јесу извори прихода и финансијске обавезе лица коме се обезбеђује помоћ и очекивани трошкови поступка. У тексту Резолуције се даље наводи да се правна помоћ треба доделити и у оним случајевима када је лице у могућности

⁶ *Airey v. Ireland*, одлука од 9. октобра 1979, Series A no. 32. Ове одлука тиче се тзв. раставе од стола и постеље, који је покренула сиромашна, постулативно способна али праву невична жена пред надлежним Вишим судом у Ирској. Иако, према прописима ирског законодавства, заступање у овој правној ствари није било неопходно, Европски суд за људска права нашао је да је „прикупљање и извођење доказа, посебно повезивање и испитивање сведока, било изузетно тешко за неуку странку“, а обзиром да је противна странка ангажовала адвоката, две странке не би биле „једнаке у оружју“ (детаљније о овој пресуди: Петрушић Н.: Право на приступ суду у светлу новог ЗПП, у: Н. Петрушић (ур.) Тематски зборник радова: Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије II, Ниш, 2007, стр. 166)

⁷ *Ibid*

⁸ Resolution 78 (8) on Legal Aid and Advice, усвојена 2. марта 1978. године, у даљем тексту Резолуција

да плати део трошкова суђења. У том случају, правна помоћ ће бити обезбеђена уз финансијски допринос и неће се проширивати на трошкове које лице може сносити без значајних тешкоћа. Ова помоћ односи се посебно на трошкове услуга адвоката, вештака, сведока и преводилаца⁹.

Наредни акт који је усвојио Савет Европе, а дотиче се питања бесплатне правне помоћи јесте Европски уговор о међудржавном преносу захтева за бесплатну правну помоћ¹⁰. Овим Уговором регулисан је начин остваривања права на бесплатну правну помоћ уколико држављанин државе чланице Савета Европе има пребивалиште на територији једне државе, а жели да оствари право на бесплатну правну помоћ на територији неке друге државе чланице. У том случају, органи државе где се налази његово пребивалиште јесу посредници у прослеђивању захтева држави у којој се ово право обезбеђује.

Препорука 93 (1)¹¹ Већа министара Савета Европе о делотворном приступу правди и правди за социјално угрожене још један је документ који доприноси регулисању ове материје на нивоу ове међународне организације. Њоме се од држава чланица тражи да обезбеде правну заштиту за најсиромашније, доступност вансудских метода попут посредовања и мирења уз појачан ангажман невладиних организација и делотворан приступ правосуђу кроз проширење права на бесплатну правну помоћ најсиромашнијима или апатридима.

Приступањем Европској Унији, Словенија је на себе преузела обавезу примењивања нормативе која чини правни систем Уније. Акт од значаја за предмет интересовања овог рада јесте Директива¹² 2002/08¹³ о побољшању приступа правди у прекограничним споровима кроз установљавање минимума заједничких правила која се тичу правне помоћи у оваквим споровима. Чланом 12. ове Директиве прописано је да „бесплатну правну помоћ одобравају или одбијају надлежне власти држава чланица у којима има седиште суд пред којим се решава спор који је предмет парнице“. Пријава за коришћење услуга бесплатне правне помоћи предаје се надлежним властима државе чланице у којој подносилац има пребивалиште или боравиште, или надлежним властима на оној територији на којој се налази суд или где одлука

⁹ Чл. 1 – 3 Резолуције 78 (8)

¹⁰ European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid, усвојен 27.1.1977. године, у даљем тексту Уговор

¹¹ Recommendation (93) 1 on effective Access to the Law and to Justice for the very poor, усвојена 8.1.1993. године

¹² Директива као правни акт обавезује само у погледу циља, рока и резултата, а државама оставља слободу у погледу средстава, форме и метода њеног имплементирања у национално законодавство

¹³ Council directive 2002/08/EC to improve Access to Justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, „Сл. лист Европских заједница“ L 26/47, усвојена 27.1.2003. године

треба да буде извршена¹⁴. Овом Директивом се наводе и два разлога из којих власти могу одлучити да не проследи захтев, а тичу се његове неоснованости и излажења из оквира ове Директиве¹⁵.

Према неким схватањима, још један документ везан за ову материју јесте Директива Европске уније 2000/43¹⁶, о примени начела равноправности особа без обзира на њихово расно или етничко порекло¹⁷. Ова Директива тиче се поштовања принципа једнаког третмана лица без обзира на њихово расно и језичко порекло, кроз дефинисање облика директне и индиректне дискриминације и прописивања механизма за њихово спречавање и санкционисање. Преамбулом ове Директиве, предвиђено је да би особе које су дискриминисане на основу расног или етничког порекла требало да имају прикладна средства за правну заштиту, као и могућност да удружења или друга правна лица буду овлашћена на покретање поступка на начин који утврде државе чланице, у циљу подршке или као заступници било које жртве. Иако се у цитираном чланку наводи да је бесплатна правна помоћ институт од значаја за најшире слојеве становништва, и да се због тога препоручује укључивање цивилног сектора тамо где држава није у могућности да задовољи потребе грађана за бесплатном правном помоћи, сматрам да ово није довољно да се наведена Директива сматра непосредним извором права на правну заштиту у законодавству Европске уније, а самим тим и Републике Словеније. Без обзира на то, ова Директива има несумњив значај за остваривање принципа једнакости, који у себи обухвата и једнакост пред судовима и право на „једнакост у оружју“.

Попут наведених Директива, које су донете у форми одлуке која нема непосредно обавезујући карактер, и Повеља ЕУ о основним слободама донета је у форми необавезујућег документа¹⁸. У члану 47. она истиче право на бесплатну правну помоћ кроз прописивање да се правна помоћ треба омогућити онима којима недостају финансијска средства, уколико је то неопходно да остваре право на приступ правди. Иако је ова одредба јасна, концизна и јако битна за широке слојеве становништва, њен недостатак, као и недостатак целе Повеље јесте у непостојању механизма за заштиту и остварење права која су њоме прописана.

¹⁴ Чл. 13 Директиве 2002/08

¹⁵ Ibid

¹⁶ Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, „Сл. лист Европских заједница“ L 180/22, усвојена 29.6.2000.

¹⁷ www.pravosudje.hr/Download/2005/06/30/komparativna_analiza.htm, приступ сајту 20.10.2008. године

¹⁸ Charter of Fundamental rights of EU, „Сл. лист Европских заједница“, 2000/C 364/01, усвојена 7.12.2000. године

3. УНУТРАШЊИ ПРАВНИ ИЗВОРИ ПРАВА НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ

Међународноправни извори права на приступ правосудју јесу оквири у којима се Словенија кретала приликом доношења закона и других правних аката који су за циљ имали уређење питања бесплатне правне помоћи. Најзначајнији акти који регулишу ову материју на националном нивоу јесу Закон о парничном поступку¹⁹ и Закон о бесплатној правној помоћи²⁰.

3.1. ЗАКОН О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ КАО ИЗВОР ПРАВА НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ

Закон о парничном поступку Републике Словеније представља основни извор грађанског процесног права ове државе, којим су обухваћени и обрађени појмови грађанске цивилне процедуре. Питање бесплатне правне помоћи доводи се у везу са главом дванаест овог Закона, којом је регулисано питање трошкова поступка. Чланом 151. ЗПП прописано је да се под трошковима поступка подразумевају трошкови настали у току или као резултат поступка, као и накнаде за рад адвоката или других лица чији је ангажман утемељен на закону (нпр. правни експерти). Пракса показује да су најчешћи издаци у парничном поступку судске таксе, као и трошкови вештака, саслушања сведока, тумача и обезбеђења доказа²¹.

Од значаја за институт бесплатне правне помоћи јесу и чланови овог закона који регулишу тзв. сиромашко право²². Овим одредбама одобрава се ослобођење од сношења трошкова поступка и/или плаћања судских такси оном лицу које би због намирења ових трошкова довело у опасност своју или егзистенцију своје породице. Уз захтев за ослобођење, странка прилаже потврду одговарајућег управног органа о свом имовинском стању и стању своје породице, као и потврду о својим и примањима чланова своје породице. На овај начин, омогућава се да и лица врло слабог имовинског стања остваре једно од својих основних права – право на правну заштиту.

3.2. ЗАКОН О БЕСПЛАТНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ

Закон о бесплатној правној помоћи представља акт којим се на конкретан, детаљан и прецизан начин регулише систем бесплатне правне

¹⁹ Закон о pravdnem postopku, „Сл. лист Републике Словеније“ 36/2004, у даљем тексту ЗПП

²⁰ Закон о brezplačni pravni pomoči, „Сл. лист Републике Словеније“ 48/2001, у даљем тексту ЗБПП

²¹ European Judicial Network in civil and commercial matters

http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_sln_en.htm, приступ сајту 3.11.2008. године

²² Чл. 168 – 173 ЗПП

помоћи у Словенији. Чланом 1. овог Закона предвиђено је да бесплатна правна помоћ представља средство којим се обезбеђује остварење права на правну помоћ – у складу са начелом једнакости а узимајући у обзир материјално стање појединца – уколико, у супротном, појединац не би био у могућности да оствари ово право без угрожавања своје или егзистенције своје породице.

Овај Закон, који је у тренутку усвајања био подељен у дванаест глава и педесет шест чланова, има за циљ да на јасан и недвосмислен начин уреди област бесплатне правне помоћи кроз прецизно одређивање појма бесплатне правне помоћи, корисника правне помоћи, начина остварења овог права, лица која учествују у пружању ове помоћи, као и трошкова који су њоме покривени.

4. КОРИСНИЦИ ПРАВА НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ

Закон о бесплатној правној помоћи прописује услове под којима једно лице може постати корисник ове помоћи. Према члану 10. ЗБПП, ово право припада држављанима Републике Словеније који имају стално пребивалиште у Словенији, странцима са дозволом за трајно пребивалиште, апатридима који законито бораве у Словенији, другим странцима којима ово право припада на основу међународних докумената и, под одређеним условима, невладиним организацијама и удружењима. Изменама и допунама ЗБПП²³ из 2004. године, круг корисника бесплатне правне помоћи је проширен, да би се словеначко законодавство ускладило са нормативом ЕУ. На овај начин, олакшан је приступ правди оним лицима која у тренутку подношења апликације имају пребивалиште у Словенији, независно од њиховог држављанства, а у складу са Директивом 2002/08 ЕУ.

Критеријум који сва ова лица треба да испуне финансијске је природе, и тиче се износа месечних примања и имовинског стања лица које аплицира за ово право, као и чланова његове породице. Првом редакцијом овог Закона прописано је да подносиоцу захтева за пружање бесплатне помоћи неће бити одобрено ово право уколико вредност његових непокретности или непокретности његове породице прелази износ од двадесет минималних месечних зарада или чији аутомобил вреди више од осамнаест минималних месечних зарада²⁴. Ипак, из овог рачунања вредности имовине изузети су одређени, ЗБПП таксативно наведени, извори прихода, попут помоћи за опрему новорођенчади, средстава за опоравак од последица елементарне

²³ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o brezplačni pravni pomoči, „Сл. лист Републике Словеније“ 50/04

²⁴ Минимална месечна бруто зарада у Словенији, за месец август 2008, износи 589.19 EUR (www.sloveniatimes.com, приступ сајту 15.11.2008. године)

непогоде или стипендија и других примања које су намењене омогућавању оспособљавања или образовања²⁵.

Међутим, најновијим изменама и допунама ЗБПП Словеније, које су ступиле на снагу 1. септембра 2008. године, бришу се чланови који на детаљан и прецизан начин прописују ко и под којим условима може бити корисник бесплатне правне помоћи. Уместо њих, ЗБПП упућује на сходну примену Закона о социјалној заштити²⁶.

С једне стране, приговори²⁷ који су упућени претходном²⁸ начину одређивања корисника овог права, а тичу се непостојања дискреционог права органа који ову помоћ додељује, имају основа јер живот често иде испред права и могућности да законодавац предвиди све ситуације, те је понекад нужно да се примењивачу права остави могућност да адекватно реагује. Сматрам, ипак, да је прецизност у дефинисању критеријума за примену законских прописа основни предуслов за њихово једнообразно, доследно и континуирано примењивање. Супротно, оставио би се простор да се норме ЗБПП на различити начин интерпретирају, те да једно тако значајно право, какво је право на приступ правди, буде препуштено субјективној оцени примењивача. Уколико се желело да се избегну ситуације које би довеле до размимоилажења права и правичности, у ситуацијама када једно лице очигледно не може да сноси трошкове свог учествовања у поступку, а формално не испуњава услове прописане законом, решење је можда требало тражити кроз комбинацију јасних критеријума и постојања дискреционог права.

5. НАЧИН ОСТВАРИВАЊА ПРАВА НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ

Лица која сматрају да им припада право на бесплатну правну помоћ, могу аплицирати за ово право путем формулара²⁹ предвиђеног у ту сврху. Уз овај формулар потребно је приложити документа којима се потврђује испуњење услова за остваривање овог права, а тичу се материјалног положаја лица које аплицира или чланова његове породице³⁰.

²⁵ Чл. 14 ЗБПП

²⁶ Закон о socialnem varstvu, „Сл. лист Републике Словеније“ 3/07, у даљем тексту ЗСЗ

²⁷ Анцлин М.: Развој на подручју правне помоћи: Најновија збивања у Словенији, у: Други европски форум о приступу правди – додатни материјал, Будимпешта, 2005, стр. 2

²⁸ Овај начин је и даље у употреби посредним путем, кроз примену одредаба ЗСЗ. ЗСЗ, у члану 23. прописује да вредност непокретности корисника права не сме достићи или прећи вредност од шездесет минималних месечних зарада, а вредност аутомобила тридесет пег минималних месечних зарада

²⁹ Формулари се могу наћи у организацијама за пружање бесплатне правне помоћи и књижарама

³⁰ Спецификација докумената који треба да буду приложени дата је у *Pravilnik o obrazcu za*

Уколико је реч о поступцима који треба да буду вођени пред домаћим судовима, апликација се предаје надлежном суду, у месту пребивалишта или трајног боравишта подносиоца захтева, словеначког држављанина, а уколико је у питању страни држављанин или апатрид, суду по њиховом избору. Међутим, ако је подносилац захтева држављанин неке друге државе, чланице ЕУ, захтев се мора поднети Министарству правде Словеније лично или преко тела надлежног за пренос захтева, а у складу са директивом 2002/08 ЕУ. Слично томе, када подносилац захтева има пребивалиште у Словенији, а жели да оствари своје право у некој другој држави чланици, овлашћен је да тражи помоћ за прослеђивање свог захтева, назависно од националности.

У случају да се подносиоцу захтева одобри право на бесплатну правну помоћ, њему ће бити издат документ у коме ће се, осим личних података, наћи и опис поступка за који му је неопходна правна помоћ, обим у коме ће му помоћ бити додељена, висина трошкова и друге информације прописане одговарајућим Правилником³¹. Након добијене правне помоћи, корисник ће вратити овај документ заједно са списком трошкова и потврдом да је ослобођен од њиховог плаћања служби која му је упутницу издала.

6. ПРУЖАОЦИ БЕСПЛАТНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ

Закон о бесплатној правној помоћи Словеније, у члану 30. прописује да бесплатну правну помоћ могу пружити адвокати, који су, према одговарајућим прописима, уписани у регистар адвоката који води Адвокатска комора или нотари, који су уписани у регистар нотара при Нотаријалној комори.

Такође, овим Законом омогућено је да иницијални правни савет³² и бесплатну правну помоћ³³ пруже и одговарајуће организације које, без намере да стекну профит, обављају активности обезбеђивања правне помоћи на основу дозволе министра правде.

У пракси, то су различите невладине организације које имају за циљ побољшање положаја маргинализованих друштвених група кроз пружање различитих врста помоћи. Извештај презентован на Другом европском

dodelitev brezplačne pravne pomoči in predložitve listin, „Сл. лист Републике Словеније“ 75/2001

³¹ *Pravilnik o obrazu nepotnice*, „Сл. лист Републике Словеније“, 136/2004

³² Појам „иницијални правни савет“, између осталог, означава обавештавање странке о њеном правном положају, о могућности да склопи вансудско поравнање, о врсти поступка, застарелости рокова, као и постојању и условима за стицање бесплатне правне помоћи (детално www.pic.si, приступ сајту 2.11.2008.)

³³ Према члану 26. ЗБПП, бесплатна правна помоћ, између осталог, обухвата, пружање правних савета који имају карактер првог саветовања, правно саветовање и заступање у случајевима закључења судског поравнања, првостепеним и другостепеним поступцима, поступцима пред међународним судовима и др.

форуму о приступу правосуђу³⁴ показује да се као пружаоци бесплатне правне помоћи најчешће појављују различите невладине организације, али и студентске клинике организоване при студентским организацијама или Правним факултетима (Љубљана).³⁵

Предност оваквог облика пружања бесплатне правне помоћи јесте у обостраној користи примаоца и даваоца издржавања. Прималац издржавања добија бесплатну а квалитетну правну помоћ, јер у њеном пружању, осим студената, кроз вршење надзора учествују и професори права, а даваоци помоћи, студенти, добијају прилику да се опробају у раду са тзв. живим клијентима. Ипак, рад ових клиника у Словенији ограничен је само на одређене области³⁶ и на давање иницијалног правног савета, што је и природно с обзиром да студенти права треба да решавају случајеве који одговарају њиховом тренутном нивоу знања и који их на адекватан начин могу припремити за каснији рад у пракси.

7. ТРОШКОВИ ОБУХВАЋЕНИ БЕСПЛАТНОМ ПРАВНОМ ПОМОЋИ

Последње питање које ће бити обухваћено овим радом јесте питање трошкова које покрива систем бесплатне правне помоћи. Чланом 7. ЗБПП прописано је да бесплатна правна помоћ обухвата правно саветовање, правно заступање и пружање других услуга које су прописане законом а тичу се свих видова правне заштите пред судовима опште надлежности и специјализованим судовима у Словенији, пред Уставним судом Словеније и свим институцијама, телима и појединцима надлежним за вансудско поравнање. Осим тога, постоји могућност да се одобри бесплатна правна помоћ и за поступке пред међународним судовима и арбитражама.

За разлику од овога, бесплатна правна помоћ се не одобрава за поступке поводом кривичних дела увреде, усмене или писмене клевете, осим ако оштећена страна учини уверљивим да јој је тим делима начињена правом призната штета; парнице које се тичу смањења издржавања, уколико лице одговорно за давање издржавања има заостала дуговања која се тичу тог издржавања, осим ако то није узроковано околностима на које то лице није могло да утиче; парнице које се тичу накнаде имовинске или неимовинске штете, као и поступке поводом повреде части или неистинитих оптужби, осим ако оштећена страна учини уверљивим да јој је тим делима начињена правом призната штета³⁷.

³⁴ Други европски форум о приступу правосуђу, 24 – 26.2.2005. године, у организацији Open Society Justice Initiative и Public Law Institute

³⁵ Анцлин М., *op. cit.*, стр. 3

³⁶ Правна клиника при Правном факултету у Љубљани бави се проблемима избеглица и страних држављана.

³⁷ Чл. 8. ЗБПП

Трошкови у поступку од чијег се плаћања странка ослобађа су у првом реду они који се тичу услуга вештака, сведока, тумача, преводилаца, судских позивара и др. Такође, у ове трошкове спадају и они начињени изван седишта суда и других органа Републике Словеније, трошкови јавних исправа и извођења доказа, кауције, довођења окривљеног у суд, као и трошкови оштећених који су се придружили гоњењу и њихових заступника³⁸.

Као што може да се примети, ЗБПП предвиђа широк круг трошкова које покрива систем бесплатне правне помоћи. Осим тога, као добро решење јавља се могућност да држава сноси трошкове пред различитим судовима и органима, чиме се доступност правди не ограничава само на првостепени и другостепени парнични поступак.

8. ЗАКЉУЧАК

Анализа система бесплатне правне помоћи у Словенији показује да је законодавац, са једне стране, тежио да усклади унутрашње законодавство у овој области са важећим међународним прописима, а, са друге стране, да постојећом регулативом на јасан начин обухвати све сегменте права на бесплатну правну помоћ.

У том смислу, треба похвалити настојања законодавца да предупреди шаренило у примени права регулишући детаљно ко, под којим условима и на који начин може бити корисник овог права. Управо из тог разлога налазимо неоснованим поједине примедбе које су се односиле на прецизно навођење финансијских критеријума за остваривање овог права. Чини се да постојање јасног и у закону прецизно дефинисаног критеријума представља боље решење, јер се на тај начин избегава стварање разнородне праксе у примени закона. На овај начин обезбеђује се објективизирање услова за доделу бесплатне правне помоћи, што даље доприноси остваривању начела правне сигурности и једнакости грађана пред законом.

Начин остваривања и трошкови које ова помоћ обухвата такође су јасно одређени ЗБПП. Овај Закон пружа широке могућности за остварење права кроз неограничавање бесплатне правне помоћи само на првостепени и инстанциони парнични поступак. Иако најчешћи, парнични поступак ипак не даје могућност да се у њему остваре сва прописана права, па је важно да је законодавац то препознао и проширио ово право на поступке пред Уставним судом, Међународним судовима, поступке арбитраже и вансудског поравнања.

За пружаоце бесплатне правне помоћи, ЗБПП одређује адвокате, нотаре и одређене организације, које испуњавају законом прописане услове. Овакав начин регулисања има својих добрих страна, а односе се на

³⁸ Чл. 26. ЗБПП

формирања Правних клиника при Правним факултетима у Словенији. Овим путем, омогућава се студентима да, током студирања, савладају правне вештине од значаја за њихов каснији рад у пракси. Ипак, треба бити обазрив у давању дозвола за овакву делатност појединим удружењима, с обзиром да право на приступ правди подразумева доступност, али и квалитет и ефикасност пружене правне помоћи.

Коначно, може се извести закључак да је законодавац успео у намери да свеобухватно и темељно регулише питање бесплатне правне помоћи, имајући у виду актуелне међународне прописе и модерне тенденције, уз остављање простора за евентуалну будућу измену овог закона, у циљу омогућавања ширем слоју становништва да оствари ово своје основно људско право.

Анђелија Адамовић, LLB
Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš

THE SYSTEM OF FREE LEGAL AID IN SLOVENIA

Summary

In this paper, author deals with the issue of exercising the right to access to justice in the Republic of Slovenia, with special reference to the organization and structure of the free legal aid system. The paper includes a normative review of both international and national documents regulating this subject matter. These documents are subsequently used in an analysis of the current legislative solutions significant for Slovenia as a member of various international organizations, and the legal solutions envisaged in the national legislation of Slovenia. The author specifically refers to the Free Legal Aid Act, as the primary source of the right to access to justice in Slovenia. In that context, this paper provides answers to the questions on the eligibility for exercising this right under this Act, the circumstances under which it can be exercised, the competent institutions which are entitled to provide free legal aid, and the procedures for claiming free legal aid.

Key words: free legal aid, Free Legal Aid Act, costs of a court proceeding

ГРАЂАНСКО И ТРГОВИНСКО ПРАВО

UDK: 339.54:061.1(100)

Др Александар Ђирић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

СВЕТСКА ТРГОВИНСКА ОРГАНИЗАЦИЈА КАО ФОРУМ РЕШАВАЊА МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ СПОРОВА *

Апстракт: У овом раду аутор указује на значај, улогу и ток поступка за решавање међународних спорова привредног карактера, који настају између држава-чланица Светске трговинске организације (СТО, World Trade Organization - WTO). Спорове који, по правилу, настају на двостраној основи између држава као субјеката међународних трговинских односа, СТО решава на мултилатералном нивоу. Аутор, најпре, у уводним напоменама и делу рада о општим карактеристикама и правним оквирима за решавање спорова између држава-чланица СТО, указује на значај овог механизма, а потом у другој целини рада анализира систем решавања спорова, кроз инстанциони правни пут, чијом применом је до сада решено више стотина спорних трговинских односа насталих услед повреде обавеза из споразума који постоје у оквиру СТО.

Кључне речи: Светска трговинска организација (СТО); Решавање спорова; «Договор о правилима и процедурама решавања спорова»; Орган СТО за решавање спорова; Панел; Апелациони орган; Арбитражни поступак.

1. Увод

Међународни спорови економског карактера између појединих држава, или њихових међународних организација, настају као последица сукобљених интереса испољених кроз предузимање мера у области спољнотрговинске политике. Начин решавања ове врсте спорова је од интереса за целокупни стратешки курс у процесу промена правне регулативе и развоја општих оквира међународне трговине на планетарном нивоу.

Једна, у низу значајних, карактеристика делатности Светске трговинске организације (СТО, World Trade Organization - WTO) је њена

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

улога као форума за решавање међународних спорова привредног карактера. Спорове који, по правилу, настају на двостраној основи између држава као субјеката међународних привредних односа, СТО решава на мултилатералном нивоу. У функцији реализације тог циља налази се систем чијом применом је до сада решено више стотина спорних трговинских односа између бројних држава у свету, по правилу привредно најразвијенијих. Дакле, реч је о споровима у којима се у улози странака појављују суверене државе поводом спорних правних питања која могу настати услед повреде обавеза у вези са споразумима који постоје у оквиру Светске трговинске организације.

Регулисање међународних привредних спорова има значај једног од централних елемената у институционалном облику мултилатералног међународног трговинског система какав је СТО. Адекватност решавања насталих међународних трговинских спорова, је уникална делатност СТО. Она према учесницима у спору несумњиво има обележја јавно-правне природе, а по предмету спора спада у сферу међународних трговинских односа који се могу рефлектовати и на конкретне односе приватно-правног карактера. Тај јединствени и специфичан аспект делатности СТО представља важан фактор укупне стабилности саме те Организације, али и светске привреде и света у целини.

Поредак успостављен на нивоу СТО, настоји да афирмише начело једнакости свих њених чланица пред правилима те Организације. Оно би требало да афирмише висок степен стабилности и предвидивости у међународним трговинским односима. Решавање спорова се заснива на јасно одређеним правилима, а коначни циљ се не исцрпљује простим доношењем одлуке у формално-правном смислу, већ се тежи суштинском уклањању конфликта. Због тога СТО настоји да се настали сукоби у односима њених чланица, када је то могуће, решавају и «вансудским методама», мирним путем и на пријатељски начин, без ангажовања панела, експертских група и арбитражних већа.

Целокупан механизам функционисања СТО без средстава за решавање спорова, био би мање ефикасан. Систем решавања спорова у оквирима СТО се развијао из концепта предвиђеног Споразумом GATT 1947. GATT је у основи избегавао и саму употребу термина „спор“. Његов основни механизам регулисања неспоразума на светској економској арени су биле консултације дипломатског карактера и политички преговори. У литератури се наглашава да начин решавања спорова према механизмима GATT 1947. излази из оквира међународног трговинског права (International trade law), као и да има јавноправни карактер. Нема сумње да разлози целисходности

налажу да академски приступи у одређивању природе ових односа треба да уступе место разлозима практичног карактера. Често се, на пример, извозник, као приватно-правно лице, суочава са дискриминационим карактером законске регулативе или административне праксе одређене државе у коју извози своју робу и услуге, или обавља друге врсте привредне делатности. У таквим ситуацијама је потребно размотрити оправданост и целисходност покретања процедуре ради решавања спорног питања у вези са „сужавањем општег оквира“ неопходног приватној пословној иницијативи привредних субјеката појединих земаља. Једностране мере које предузимају државе-чланице СТО, услед којих и настају спорови, представљају повреду међународног права, под условом да се то докаже у поступку њиховог решавања.

2. Опште карактеристике и правни оквири решавања спорова између држава - чланица СТО

Свака земља чланица, или група држава-чланица СТО, када сматра да друга држава – чланица нарушава утврђена правила трговине, има право да користи колективни систем решавања спорова, утврђен правилима СТО.

Отклањању конфликта и решавању спорова значајну пажњу су посвећивале и државе потписнице Споразума ГАТТ 1947¹. Оне су прибегавале образовању радних група састављених од представника различитих држава. Карактеристично је да су представници појединих земаља иступали у име својих влада². Значајна трансформација карактера тих преговора уследила је после оснивања Светске трговинске организације 1995. године. По новом систему решавања спорова, стране у сукобу упућују своје спорне односе специјалном Органу СТО и панелима, састављеним од специјализованих правних експерата, који решавајући спор, иступају у својству независних стручњака, а не у улози представника влада странака у спору. Тако је панел временом постао орган, који своје одлуке заснива на правним, а не на политичким и дипломатским основама. Очигледни

¹ Clive M. Schmitthoff, *SCHmitthoffs export trade, The law and practice of international trade*, London, 1990. и у преводу на руски језик, одговорни редактор: А. С. Комаров: К. Шмитхофф, *Экспорт: право и практика международной торговли*, Москва, 1993. стр. 374.

² Више о томе видети: Ernts-Urlich Petersmann, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT since 1948*, 31 *Common Market Law Review*, 1994, str. 1157. Наведено према: Р. Cvetkovic, *Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije*, „Pravo i privreda», V. Banja, br. - 8/2006, str. 713-727. Члан XXIII ГАТТ упућује странке у спору на „пријатељско разматрање“ (енгл. „Sympathetic consideration“) и консултације у вези са било којим питањем које се тиче ГАТТ-а. О овоме и: Р. Bjelić, *Svetska trgovinska organizacija*, Beograd, 2002, str. 158 – 159.

недостаци решавања спорова у оквирима ГАТТ-а 1947, условили су појаву новог система решавања спорова унутар Светске трговинске организације. Функционисање тог система и ефикасно извршење одлука које се у споровима доносе, представља својеврстан вид гаранције у односу на целокупан поредак установљен системом СТО. Тај циљ се остварује, пре свега, заштитом права држава-чланица, која су предвиђена постојећим споразумима у оквиру СТО, као што су Општи споразум о царинама и трговини (ГАТТ 1995.), Општи споразум о трговини услугама (ГАТС), Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) и други акти те Организације³.

Решавање спорова које се у оквиру СТО заснива на **примени права** као врховној руководној идеји, доприноси правној сигурности у обављању привредних делатности на светском тржишту.

Приоритетни начин да се настали спор међу чланицама СТО реши на миран начин подразумева **процедуру консултација**, уколико је она могућа. За случај да таква мера не може да резултира успехом, односно решењем спора на миран начин, прибегава се утврђеном правном механизму за његово решење (енгл. „**rule-oriented approach**“). Тај начин подсећа на поступак пред међународном трговинском арбитражом, али са низом специфичности. Предвиђена је надлежност сталног Органа за решавање спорова СТО, који у поступку примењује право и одговарајуће правне норме. Донете одлуке имају снагу обавезне примене за странке у спору, уз предвиђене мере са карактером санкција, за случај њиховог неиспуњења или неуредног испуњења. Процедура решавања спорова заснива се на јасно одређеним начелима и правилима, уз предвиђене рокове трајања појединих фаза поступка и рокове за окончање целог процеса.

Правни оквир читавог поступка решавања спорова има јасно одређене стадијуме, што није био случај са системом решавања спорова предвиђеним ГАТТ-ом 1947.

Основни правни извор новог система за решавање спорова је документ донет 1994. године у оквиру Марокешког пакета под називом «Договор о правилима и процедурама решавања спорова» («**Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes**»)⁴, који се налази у прилогу самог Споразума о СТО, као Анекс бр. 2. За овај документ се користи и назив «Agreement DSU - Споразум – Договор DSU».

«Договор DSU» се, у најширем смислу, примењује на:

а) **консултације** и

³ Чл. 3. ст. 2-3. . «Договора - DSU».

⁴ <http://www.wto.org/english>

**б) уређивање питања решавања спорова између чланица СТО⁵ и
в) испуњење одлука и препорука.**

Његова примена се односи на решавање свих спорова, који настају у вези са применом правила предвиђених нормативним оквирима СТО, који чине сви мултилатерални трговински споразуми, изузев Анекса 3, као и плурилатерални трговински споразуми, осим Споразума о трговини цивилним ваздухопловима.

Дакле, предмет спора се односи на повреду права и обавеза предвиђених свим постојећим споразумима на нивоу СТО, у односу на које се примењује „Договор DSU». Правила предвиђена «Договором DSU» се примењују на консултације и спорове који се односе на права и обавезе сагласно нормама о оснивању Светске трговинске организације, као и на споразуме из његових Анекса, који су означени као «обухваћени споразуми» (енгл. „covered agreements“ - «покривени - гарантовани споразуми»)⁶.

«Договор DSU» предвиђа да државе-чланице потврђују своју приврженост начелима утврђеним за решавање спорова, која су усклађена са новим правилима и процедурама из његових одредби⁷. Међу њима су посебно значајни принципи једнаког третмана странака, принцип оперативности и ефективности, начело прихватљивости процедуре за све странке у поступку и други.

Важно је подвући да се уз «Договор DSU» примењују и посебне допунске материјалне норме, као и норме о процедури регулисања спорова, које су садржане у споразумима, из његовог прилога број 2⁸. Када постоји разлика

⁵ Видети: чл. 1. «Договора - DSU».

⁶ «Договором DSU» су «обухваћени» следећи споразуми СТО:

Прилог 1: (А) Споразум о оснивању Светске трговинске организације; (В) Вишестрани трговински споразуми. Прилог 1А: Вишестрани споразуми за трговину робом 1: Општи споразум за трговину услугама (ГАТЦ); Прилог 1С: Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине;

У Прилогу 2 је садржан сам «Договор о правилима и процедурама за решавање спорова - «Договор - DSU»; (С) Трговински споразуми са ограниченим бројем учесника (плурилатерални трговински споразуми);

Прилог 4: Споразум о трговини цивилном авиотехником; Споразум о државним куповинама; Међународни споразум о млечним производима; Међународни споразум о говедини. Применљивост «Договора DSU» на плурилатералне трговинске споразуме зависи од одлуке самих потписника сваког од споразума, који одређују услове примене «Договора - DSU» у односу на индивидуални уговор, укључујући и право уговарања допунских материјалних норми и правила процедуре за решавање спора.

⁷ Члан 3. «Договора - DSU».

⁸ Прилог 2, поред Договора о правилима и процедурама за решавање спорова, садржи и специјалне и допунске материјалне и процесне норме, које се налазе у «обухваћеним» споразумима, међу којима су: Споразум о применени санитарних и фитосанитарних мера (чл. 11,2); Споразум о текстилу и одећи (чл. 2,14, 2,21, 4,4, 5,2, 5,4, 5,6, 6,9,6,10, 6,11, 8,1, 8,12);

између норми «Договора - DSU» и допунских правила о процедури из Прилога бр. 2, допунска правила, као специјална, имају приоритет у примени⁹.

Уколико се догоди да спорна питања задиру у норме више од једног од «обухваћених споразума», поставља се питање сукоба у вези са применом специјалних или допунских правила појединих споразума. То питање могу саме странке решити договорно. Уколико оне о томе не постигну споразум у року од двадесет дана од дана образовања панела, председник сталног Органа СТО за решавање спорова – OPC (DSB), уз претходну консултацију са странкама, у року од десет дана од дана подношења захтева државе - чланице, одређује меродавне норме које ће се применити на решавање конкретног спора.

Како смо напред истакли, међународни спорови економског карактера између појединих држава, или њихових организација, настају као последица сукобљених интереса испољених кроз предузимање мера у области спољнотрговинске политике. Они се појављују у случају када је једна од земаља предузела мере унилатералног карактера у оквиру своје спољнотрговинске политике, које по оцени једне или већег броја других држава-чланица, противурече споразумима постигнутим у оквиру СТО.

У пракси се најчешће догађа да су предмет спорова економска питања, а односе се на област царинског права, царинских дажбина, тарифних уступака, непоштовања статуса најповлашћеније нације, повреду принципа националног режима, као и на питања техничког карактера у вези са неиспуњењем или неуредним извршењем преузетих обавеза из споразума у оквиру СТО. Чланице СТО су се споразумеле да ће, за случај да нека од њих сматра да је било која друга чланица повредила утврђена правила понашања у међународном трговинском промету, користити вишестрани систем решавања спорова, и да неће предузимати мере једностраног карактера. То значи да спор може настати у двостраним односима, што је у пракси и најчешћи случај, а да ће се увек решавати у вишестраном систему предвиђеном правилима СТО¹⁰.

Споразум о техничким баријерама у трговини, (чл. 14,2 у вези са чл. 14,4); Споразум о примени чл. VI ГАТТ 1994 (чл. 17,4 и 17,7); Споразум о примени чл. VII ГАТТ 1994 (чл. 19,3 - 19,5); Прилог II.2 (ж), (чл. 3, 9, 21 Споразума о субвенцијама и компензационим мерама (чл. 4,2 - 4,12, 6,6, 7,2, 7,10, 8,5, у вези са чл. 35, 24,4, 27,7); Прилог V Генералног споразума о трговини услугама (чл. XXII: 3, XXIII: 3 Прилог у вези са финансијским услугама; Прилог 4 о авиатранспортним услугама.

⁹ Видети: чл. 1. тач. 2. «Договора - DSU». У спору “Guatemala-Anti-dumping Investigation regarding Portland Cement from Mexico”, “Report of the Appellate Body”, WT/DS60/AB/R, 2. новембра 1998. године, стр. 24-25, пар. 64-67, сајт www.wto.org.

¹⁰ Видети: Publication Trading Into the Future

http://www.commercialdiplomacy.org/manuals/wto_dispute.htm

Поједине одлуке поводом насталих спорова су произвеле веома широк одјек у светској јавности¹¹.

¹¹ Међу таквим одлукама се може сврстати, на пример, Одлука из 1991. године, која је донета по основу покренутог захтева према систему ГАТТ 1947, против законских мера САД, којим је регулисано питање увоза рибе **туне**. Амерички Закон о заштити морске млађи је забрањивао увоз рибе уловљене применом одређеног типа мрежа, чијом су употребом могли страдати делфини. Закон се је примењивао како у односу на америчке, тако и на стране продавце рибе и, по мишљењу владе САД, његова примена је служила легитимном циљу заштите природне околине. Мексико, као земља у којој се практиковао такав начин улова туне, је покренуо поступак против примене наведене одредбе Закона, износећи аргумент да она крши споразум о слободној трговини и представља нетарифно ограничење, које је забрањено Споразумом ГАТТ. У вези са спорним питањем је заузет став да је поменута норма Закона у супротности са правилима о слободи трговине и да је америчка влада, упркос настојању да заштити животну средину, што представља легитиман акт, ипак то могла да постигне другим методима који не би погађали интересе других држава. Видети: Tuna/Dolphin Case I, <http://ru.wikipedia.org/wiki>.

Други сличан спор у вези примене законске забране **увоза шкољки** у САД уловљених методима који су опасни по морске корњаче био је предат 2000. године Органу за решавање спорова (DSB) у оквиру СТО. Азијске земље Индија, Пакистан, Малезија и Тајланд, које су користиле такав метод улова шкољки, заступале су мишљење да таква ограничења увоза робе у САД нису ништа друго до «зелени протекционизам», иза кога се суштински крије жеља развијених држава да ограниче увоз јефтине робе, а образложење засновано на екологији је само параван. Разматрајући описани спор, Орган за решавање спорова, без обзира што је признао у свом образложењу да мере предузете у циљу заштите животне средине могу теоријски бити легитимним разлогом ограничења увоза одређене врсте робе, ипак у конкретном случају, норма националног законодавства о забрани увоза шкољки противречи нормама СТО. Из тих разлога је наложено САД да такву норму не примењују. Shrimp/Turtle Case, <http://ru.wikipedia.org/wiki>

Посебно је карактеристичан и спор у вези са **трговином бананама** на тржишту Европске уније. Европска унија је један од највећих увозника банана у свету, чији је увоз приближно једнак увозу САД, што је три пута више него увоз банана у Јапану, који је трећа земља по увозу ове врсте робе. При томе само у ЕУ постоје тарифна и количинска ограничења увоза банана. Још 1975. године Европска економска заједница (ЕЕЗ) је потписала међународни уговор са 48 бивших колонија, пре свега, Француске и Британије, на основу кога им је признат режим бесцаринске трговине на територији ЕЕЗ. Међу тим државама су се налазиле Обала Слоноваче, Камерун, Јамајка, Сомалија и друге. Истовремено су се на банане пореклом из држава Латинске Америке, пре свега из Еквадора, Коста Рике, Гватемале, Панаме и других примењивале увозне дажбине, режим сагласности и квоте. После успостављања јединственог европског тржишта ситуација се је у потпуности одржала, без обзира на протесте неких чланица ЕУ, као што је Немачка, која се залагала за либерализацију односа на тржишту банана. Таква ситуација није одговарала ни транснационалним компанијама САД, које директно или индиректно контролишу око 60% извоза банана из поменутих земаља. Прве мере САД уперене на противправне радње ЕУ предузете су још у оквиру ГАТТ 1947. Тако је већ 1993. године у оквиру ГАТТ-а заузета позиција да трговински режими појединих држава у вези са увозом банана противрече нормама ГАТТ. Године 1994. на основу тужбе САД, оцењено је да се јединственим режимом увоза банана на тржиште ЕУ крше правила ГАТТ. ЕУ је окривљена, пре свега, за нарушавање режима најповлашћеније нације, имајући у виду да је неким чланицама сам ГАТТ омогућио повољнији трговински статус. Упркос таквом закључку, против ЕУ, том приликом, нису уведене било какве казнене мере. **Након оснивања СТО**, 1966. године, пет земаља и то Хондурас, Гватемала, Еквадор, Мексико и САД су поднели тужбу против ЕУ. Хондурас, Гватемала и Еквадор, као најкрупнији извозници банана, истакли

Правила «Договора - DSU» предвиђају обавезу држава да до покретања поступка објективно оцене у којој је мери њихов захтев оправдан¹².

Како смо напред истакли, предвиђени процесни механизам, пре свега, служи за решавање спорова, који се тичу повреде обавеза предвиђених споразумима у оквиру СТО. Међутим, према екстензивном тумачењу, које према нашем мишљењу има оправдања, норме «Договора - DSU» се могу примењивати и на спорове насталим између чланица, када једна од њих сматра да јој је причињена штета предузетим мерама неког другог члана СТО.

Члан 26. тач. 1. «Договора - DSU», позивајући се на чл. XXIII:1b GATT, допушта покретање поступка за решење спора и у случају када мере неке од чланица СТО, које су предмет спора, не противрече било ком споразуму у оквиру WTO. Другим речима, покретање поступка за решење спора је легитимно уколико се тиме омогућава отклањање трговинских ограничења и препрека, чак и када не постоји директна повреда WTO споразума. Дакле, услов коришћења поступка предвиђеног «Договором - DSU» се налази у чињеници, на основу које држава покретач поступка за решење спора сматра да је мера неке друге државе лишава користи или реализације права из «гарантованих споразума», чије су оне потписници („чланови“).

су да их дискриминациона дејства трговинских мера ЕУ онемогућавају у заузимању одговарајућег положаја на тржишту банана. САД, које су лобирале интересе својих транснационалних компанија, попут Chiquita Brands International, такође су желеле да увећају своју квоту у извозу банана на тржиште ЕУ. После 16 месеци од дана покретања поступка, Орган за решавање трговинских спорова СТО (DSB) донео је одлуку, на основу које је ЕУ дозвољено да сачува дејство споразума из кога су произлазиле преференције, али је наложено да се механизми издавања увозних дозвола и механизми расподеле квота измене услед свог дискриминаторног карактера. Полазећи од такве одлуке, ЕУ је 1999. године спровела реформе трговинског режима у вези са увозом банана. Тако су укинута захтеви за подношење извозних сертификата и упрошћен је систем увозног лиценцирања. Упркос предузетим мерама, Влада Еквадора је остала незадовољна, сматрајући да је квота додељена Еквадору исувише мала и да нов систем издавања увозних лиценци дискриминише произвођаче Еквадора. САД су такође биле незадовољне резултатима спроведене реформе. Еквадор је поново подигао тужбу, на подлози које је у априлу 1999. године утврђено да је нови режим ЕУ дискриминисао банане из Еквадора. ЕУ је обавезана да у року од 15 месеци усагласи режим трговине бананама сагласно нормама и правилима СТО. Еквадор је 2000. године добио још један спор против ЕУ. СТО је обавезала ЕУ да, услед «банана политике», на име причињене штете исплати Еквадору укупну суму од 201 милион долара САД. То је пример у коме је мала земља у развоју добила спор против трговинског и политичког гиганта, какв је ЕУ. Цео «банана случај» је добио свој епилог тек у априлу 2001. године, када је ЕУ закључила споразум са САД и Еквадором. Главним уговорним достигнућем може се сматрати обавеза ЕУ да од 1. јануара 2006. године почне да примењује само тарифни режим за банане из земаља Латинске америке, без квота и увозних лиценци, као и са значајним смањењем «преференцијалне» квоте за бивше колоније.

¹² Видети: чл. 3. тач. 7. DSU.

Терет доказивања чињенице о постојању претпоставки и услова из чл. 26. тач. 1. «Договора - DSU», односно о наступању околности лишења користи из «гарантованих споразума», било проузроковања немогућности реализације циљева таквих споразума, лежи на држави-чланици која је покренула поступак¹³.

Спор најчешће настаје када једна држава примени мере у виду својих законских аката, одлука, уредби и њима сличних докумената, којима спроводи економску и трговинску политику, или предузима друге конкретне мере, које једна или више чланица СТО, сматрају нарушавањем мултилатералних и плурилатералних трговинских споразума који постоје и примењују се на нивоу Организације. Било која трећа земља – чланица СТО, која има интерес у одређеном предмету спора, који се разматра пред панелом, има право да се укључи у процес, уз обавезу да о томе обавести DSU.

Већина трговинских спорова у пракси у оквиру СТО тиче се спорова између њених чланица, које су најзначајнији субјекти међународне трговине. Тако, на пример, велики одјек је имао конфликт који је настао увођењем високих царинских дажбина од стране САД у марту 2002. године на увоз европског челика у циљу заштите и помоћи америчкој индустрији прераде и топљења челика. Европска унија је такву меру оценила као дискриминацију и недопуштено понашање које је супротно нормама СТО и покренула поступак за решење насталог спора. Орган за решавање спорова је оценио да су САД нарушиле правила СТО мерама које су предузеле у конкретном случају, што је резултирало обустављањем примене дискриминационих дажбина¹⁴. Што се тиче спорова, који могу настати у оквирима конкретног плурилатералног трговинског споразума на нивоу СТО, као што су трговински споразуми у области пољопривреде, Споразум о текстилу и одећи, Споразум о техничким препрекама у трговинској размени и други споразуми у оквиру СТО, **термин «члан»**, који се употребљава у «Договор - DSU», тиче се само чланица СТО које су неком од одговарајућих споразума и приступиле. Значи, «Договор - DSU» се примењује код решавања спорова из конкретног трговинског споразума. Другим речима, чланице, које су стране конкретног споразума у оквиру СТО могу и бити странке у поступку решавања спорова.

3. Органи надлежни за решавање спора

На основу «Споразума DSU», функцију специјалног Органа СТО за **решавање спорова – ОРС**, обавља Генерални савет СТО, који се често

¹³ У спору “Japan-Film”, Панел је, примењујући чл. 26. ст. 1. «Договора - DSU», утврдио да се терет доказивања налази на страни Јапана и да се односи на питање лишења користи из “гарантованих споразума”, односно утврђивања чињенице о недопуштању реализације њихових циљева. См.: “Report of the Panel”, WT/DS44/R, от 31. марта 1998. года, стр. 378, www.wto.org. На основу, Р. Цветковић, нав. дело. стр. 723.

¹⁴ <http://ru.wikipedia.org/wiki>

назива и Комитет за решавање спорова и који има карактер стално постојећег органа. ОРС оснива два органа и то: експертску групу – панел (**panel**), за разматрање конкретних спорова, који има карактер арбитражног већа или трибунала, као и Апелациони орган - АО, који у својству другостепеног органа решава спор у поступку по жалби на извештаје, одлуке и препоруке панела. Уколико је чланица, која се одлуком или препоруком обавезује на одређено поступање, незадовољна, она може изнети случај пред арбитражу.

Дакле, у решавање спорова су укључене три, односно четири унутрашње институције СТО:

- а) Орган за решавање спорова (ОРС) - (**Dispute Settlement Body - DSB**);
- б) Панели (**Panels**);
- в) Апелациони орган (**Appellate Body - AB**) и
- г) Арбитража (**Arbitration**), под одређеним условима.

а) Функцију **Органа за решавање спорова** (ОРС) врши Генерални савет СТО¹⁵. Када поступа у својству органа за решавање спорова, Савет примењује правила поступка, која се разликују од правила поступка, која важе за редовна заседања Савета¹⁶. Савет, у основи, представља квази-судски орган, који је позван да непристрасно, брзо и ефикасно поступа у границама своје надлежности¹⁷.

Савет, у улози органа за решавање спорова (DSB), поред тога што оснива панеле и апелациони орган, разматра и оцењује њихове извештаје, спроводи надзор и контролу препорука и одлука. Он такође решава и питање примене санкција за случај неизвршења одлука од стране држава-чланица и одобрава суспензију концесија¹⁸. Савет у улози ОРС доноси своје одлуке консензусом.

б) **Панели** воде порекло из механизма решавања спорова према ГАТТ 1947. Имају три, а у посебним случајевима и пет чланова (панелиста), које имањује ОРС са списка Секретаријата WTO, уз узимање у обзир мишљења земаља-чланица. У основи панел представља трибунал, који је надлежан да спор реши, као првостепени орган.

¹⁵ Генерални савет WTO се састоји од представника свих држава-чланица. О томе видети: Popović, Vitomir/Vukadinović, Radovan, *Međunarodno poslovno pravo-opšti deo*, Banja Luka-Kragujevac, 2005, str. 135-136.

¹⁶ Видети: чл. IV:3. Споразума о оснивању WTO.

¹⁷ У годинама после оснивања СТО, Орган за решавање спорова је био принуђен да у многим случајевима решава веома сложене и често политизоване трговинске проблеме и спорове између утицајних чланица Организације. Многе одлуке ОРС изазивају значајне полемике. Посебну пажњу скрећу поборници заштите животне средине, који сматрају да је обим начела слободне трговине између држава конципиран на штету интересима заштите природне средине. Видети: <http://ru.wikipedia.org/wiki>

¹⁸ Видети: чл. 2. ст. 1. „Споразума - DSU“.

в) **Апелациони орган** је другостепени орган, који поступа по поднетим жалбама на препоруке и одлуке (извештаје) панела, као првостепеног органа. Има стални карактер. Његова структура одржава структуру држава-чланица СТО. Образује га Орган за решавање спорова. Има седам чланова, из реда стручњака са признатим ауторитетом у области права и међународне трговине, који су независни од утицаја влада било које државе. Бирају се на период од четири године, са могућношћу обнављања мандата на још један изборни период. Чланови Апелационог тела су дужни да прате начине решавања и оних спорних односа у којима они нису чланови већа које доноси конкретне одлуке¹⁹.

4. Поступак решавања спорова

4.1. Процесна легитимација за покретање поступка

Право покретања поступка за решавање спора пред органима WTO имају **све државе** – чланице Организације. Свака од њих самостално доноси одлуку о томе. Таква могућност сведочи о постојању високо либералне и противречне концепције. Упозорава се да, иначе неспорно признато право на покретање поступка пред WTO, добија карактер „*actio popularis*“ (*народна тужба*), будући да, теоретски, свака држава-члан WTO, може исказивати интерес заштите од материјалних повреда норми из “гарантованих споразума”²⁰.

«Споразума - DSU» признаје право свакој држави-чланици WTO, која није странка у спору, да под одређеним претпоставкама учествује у поступку у улози заинтересованог лица. За реализацију таквог права потребно је, дакле, да држава - чланица има реални интерес у вези спорног питања, што је легитимише да свој захтев истакне усмено, или у писаној форми²¹ у току трајања поступка, или да иницира његово покретање у циљу реализације таквог свог права²².

4.2. О појединим фазама поступка

Упркос чињеници што СТО има сопствена правила процедуре и што се настојало да таква процедура не подсећа на поступак пред судовима и арбитражама, ипак она има бројне карактеристике и тих начина решавања спорова.

¹⁹ Видети: чл. 17. ст. 1. „Споразума - DSU“.

²⁰ О томе више, видети: „Report of Appellate Body“, WT/DS27/R/USA, 22 Мај 1997, параграф 132; www.wto.org, и Р. Цветковић, наведени рад, стр. 724.

²¹ Видети: чл. 10. ст. 2. „Споразума - DSU“.

²² Видети: чл. 10. ст. 4. „Споразума - DSU“.

Пре покретања поступка за решење спора, странке имају могућност да спор реше међусобним договором, на пријатељски и миран начин. Уколико спор није могао да буде решен, консултацијама, мирењем или посредовањем, приступа се утврђеној процедури његовог решавања пред надлежним органима СТО.

4.2.1. Мирни начини решавања спора

Како је крајњи циљ механизма решавања спорова усредсређен на уклањање конфликта и коначно решење спора, а не на формално доношење одлуке о спору, **директни преговори, консултације и други видови мирног начина решавања спорова** у процедури медијације и добрих услуга, се и могу сврстати у каталог начина решавања спорова у систему СТО.

Прва фаза у процесу решавања спорова између влада држава-чланица су **консултације** (consultations) међу странама у спору и **обавештавање** надлежних органа СТО о насталом спору. Уколико земља-чланица сматра да јој је нека друга чланица нанела штету, има право да се обрати **другој страни захтевом за консултације**, било незванично или дипломатским каналима, у циљу заштите сопствених права и права својих лица, у процедури **узајамних и директних преговора**. Захтев за консултације се подноси у писаној форми. Држава - чланица којој је захтев упућен, дужна је да се о примљеном захтеву изјасни у року од 10 дана од дана његовог пријема, као и да приступи консултацијама најкасније у року од 30 дана од дана пријема захтева. Уколико «разумни» рок од 30 дана истекне без резултата, ОРС ће омогућити «тужиоцу» примену одговарајућих привремених мера у виду суспензије концесија или других обавеза по одговарајућем споразуму у односу на «туженика», осим уколико такве захтеве тужиоца ОРС не одбије консензусом, односно уколико такве мере забрањује сам конкретни споразум.

Повреда права се може тицати тарифних уступака, царинских дажбина, непоштовања статуса најповлашћеније нације, принципа националног режима и т.д. Уколико се преговори успешно окончају, стране у спору обавештавају Орган за решавање спорова (DSB) и одговарајуће Савете и Комитете²³, чиме омогућују достављање информације трећим државама-чланицама СТО о чињеници да је проблем постојао и да је он решен²⁴. За ову фазу поступка, правила «Договора - DSU» остављају рок у трајању од 60 дана.

Саме консултације имају конфиденцијални карактер. Оне се покрећу и спроводе на начин који не сме нанети штету или погоршати позицију било које државе-чланице у било ком даљем поступку у процесу решавања спора²⁵.

²³ Чл. 3. ст. 6. „Споразума - DSU“.

²⁴ Чл.3. „Споразума - DSU“.

²⁵ Видети: чл. 4. ст. 6. „Споразума - DSU“.

Уколико директне узајамне консултације не дају резултат, стране се уз своју узајамну сагласност могу **обратити Генералном директору СТО**, који им омогућава коришћење **добрих услуга**, мирења и посредовања (good offices, conciliation and mediation), које се спроводе у узајамно усаглашеном поступку посредовања. Добре услуге, узајамно усаглашена процедура и посредовање се могу спроводити искључиво добровољно и уз сагласност учесника, односно странака. Захтев за спровођење процедуре за мирно решење спора, странке могу истаћи у било којој процесној фази, укључујући и ток поступка пред панелом, уз испуњену претпоставку да о томе постоји њихова међусобна сагласност. Мере које странке предузимају у циљу мирног начина решења спора се сматрају поверљивим и оне не утичу на право било које стране у даљој процедури панелног начина решавања спора, укључујући и поступак по жалби пред Апелационим органом. Такве мере немају ни преклузивно дејство у односу на право странака да захтевају «судски»-панелни начин решења њиховог спора²⁶.

Дакле, уколико покушај да се спор реши директним преговорима између страна у спору, консултацијама, пружањем добрих услуга, или на други миран начин, не успе у року од 60 дана²⁷ од дана његовог покретања, стране имају право да покрену процедуру за решење спора, сходно предвиђеним правилима «Договором - DSU»²⁸. Претпоставка таквог начина решавања спора је образовање „судећег“ органа у првом степену, предвиђен «Договора - DSU» под називом панел (жири, комисија, трибунал, веће), који је дужан да донесе одговарајућу одлуку о насталом спору.

4.2.2. Решавање спорова применом правних механизма СТО

4.2.2.1. Формирање панела и његова надлежност

Најкасније после истека рока од 60 дана од дана покретања процедуре за миран начин решења спора (консултациони стадијум), која није дала позитиван резултат, будући да странке нису решиле спор, земља - чланица - тужилац преузима даљу иницијативу. Она подноси захтев Органу СТО за решавање спорова – OPC (Dispute Settlement Body – DSB), и тражи предузимање мера у циљу формирања **панела**, као органа за доношење одлуке о спору у првом степену. Захтев за оснивање панела се подноси у писаној форми и садржи податке о евентуално спроведеном поступку консултација, мерама повреде права и карактеру и природи спора²⁹.

²⁶ Видети: чл. 5. „Споразума - DSU“.

²⁷ У изузетним околностима, као што је на пример брзокварљива роба, стране у спору су дужне да заврше консултације најкасније за 10 дана од момента пријема захтева. Ако консултацијама није могуће решити спор у року од 20 дана након пријема захтева за њиховим спровођењем, држава-чланица се може обратити молбом за оснивање панела.

²⁸ Видети: чл. 4. „Споразума DSU“.

²⁹ Чл. 6. «Договора - DSU».

Панел се конституише у року од 30 дана од дана доношења одговарајуће одлуке о његовом саставу од стране ОРС. Он се, по правилу, састоји од три члана (панелиста), који се бирају са утврђене Листе стручних лица. Уколико странке сагласно захтевају, у року од десет дана од момента именовања састава панела, панел може бити састављен од пет чланова. Такав захтев странака се доставља Секретаријату СТО на коначно одобрење. Без сагласности страна у спору, састав панела не могу чинити лица која су њихови држављани. Странке се без одлагања обавештавају о саставу панела. Треба напоменути, да чланови панела иступају као независни и непристрасни стручњаци, а не као заступници влада, или представници и заступници било које организације³⁰.

Надлежност панела, према «Договору DSU», осим ако се странке нису друкчије споразумеле, је да, „у светлу меродавних норми одговарајућег трговинског споразума у оквиру СТО, размотри захтев за решење спорне правне ствари, који је конкретна држава - чланица поднела Органу за решавање спорова и да донесе закључке, који ће омогућити ОРС доношење одговарајућих одлука и препорука у вези конкретног спора“³¹.

4.2.2.2. Поступак пред панелом

Странке у спору, пре првог састанка, односно првог „расправног рочишта“, достављају панелу, податке о предмету спора, као и своје позиције о чињеничном и правном основу, са одговарајућим доказима и аргументацијом³². Након тога се заказује „прво рочиште“ на коме заступници «**тужиоца**» истичу своје захтеве, а заступници «**туженика**» одговарају на наводе тужиоца и износе аргументе своје одбране. На „првом рочишту“ се могу појавити и трећа лица у чије интересе спор задире. Она имају право да изнесу своје позиције и запажања у вези са насталим спором. Трећа лица добијају релевантне материјале од самих странака на првом заседању панела.

За случај да се у току расправе појаве питања научно - техничког, економског, или другог профила стручности, панел може одредити вештаке од којих ће затражити одговарајући налаз и мишљење.

Део процедуре пред панелом, који у формално-правном смислу највише подсећа на главну расправу, одвија се на другом састанку („рочишту“) пред панелом, и он се тиче суштине спора.

Заседања панела су затворена од јавности. Странке у спору и заинтересована трећа лица немају обавезу да присуствују седницама, уколико их панел изричито не позове.

После одговарајућег разматрања чињеничног и правног основа конкретног спора, панел подноси странкама у спору **међуизвештај**. Он

³⁰ Чл. 8. ст. 9. «Договора - DSU».

³¹ Чл. 7. «Договора - DSU».

³² Прилог бр. 3 - «Радне процедуре» уз «Договора - DSU», тачка 2.

саджи ставове, закључке, чињенични опис предмета спора и доказе. Странке могу поднети своје примедбе на такав документ и тражити преиспитивање његовог садржаја. У року од две недеље од пријема примедба, панел их је дужан размотрити и у том циљу може заказивати допунске састанке са странкама. Након тога, панел доставља странкама **коначан извештај**, а у додатном року од три недеље, од дана његовог достављања странкама, извештај постаје доступан свим чланицама СТО.

Панел је дужан да размотри предмет спора и да донесе свој коначни извештај, односно одлуку о спору, најкасније у року од шест месеци од дана покретања поступка. У хитним случајевима, укључујући и околности да је реч о лакокварљивој роби, рок може бити скраћен до три месеца³³.

Када панел оцени и сматра да он није у стању да извештај припреми у остављеном року од шест месеци, или у поменутих случајевима, у року од три месеца, дужан је писмено обавестити Орган за решавање спорова (ОРС) о разлозима који условљавају прекорачење рокова. При том је панел дужан да да процену периода у коме ће бити у могућности да поднесе извештај. У сваком случају панел је дужан да, од датума свог оснивања до достављања извештаја свим чланицама СТО, обави задатак најкасније у року од девет месеци. Уколико странке у спору нису постигле међусобно прихватљиво решење у другом делу поступка, панел је дужан доставити Органу за решавање спорова своје закључке и одлуку у виду писаног извештаја. У таквим случајевима, у извештају панела се износе утврђене чињенице, применљивост правних норми, основни смисао сваког од заузетих ставова о конкретним питањима, као и одговарајуће препоруке. Сагласно тач. 2. чл. 3. «Договора - DSU», панел својим закључцима и препорукама, садржаним у извештају, нема мандат да призна већа или мања права и обавезе странакама у односу на она која су предвиђена одговарајућим трговинским споразумом.

У случајевима када спор током поступка пред панелом буде решен поравнањем странака, извештај панела садржи кратак опис предмета спора и одговарајуће засведочење о томе како је спор решен.

Уколико панел сматра да је оспоравана мера, коју је предузимала конкретна чланица СТО, супротна условима и примени одговарајућег трговинског споразума СТО, он препоручује конкретној чланици Организације, предузимање мере, која није у супротности са нормама конкретног споразума. Панел има право да предложи и начине којима ће чланица СТО удовољити захтевима конкретне предложене мере или препоруке.

4.2.3. Процедура усвајања извештаја панела и право апелације

Процедура одобрења, односно усвајања извештаја панела и право апелације су две одвојене фазе у постпанелном поступку.

³³ О томе више.: Г. М. Вельяминов, *Международное экономическое право и процесс*, «WoltersKluwer», Москва, 2004. стр. 408.

4.2.3.1. Усвајање извештаја панела

У циљу обезбеђења потребног времена за разматрање извештаја панела, извештај се пре истека 20 дана од дана његовог достављања, не разматра од стране Органа за решавање спорова у циљу његовог прихватања.

Чланице, које имају примедбе на извештај панела, достављају писмено образложене разлоге свог неслагања у року од десет дана пре седнице ОРС, на којој ће бити разматран извештај панела.

Странке у спору имају право да са пуним капацитетом учествују у разматрању извештаја панела пред ОРС.

У року од 60 дана од дана достављања извештаја панела чланицама СТО, извештај се прихвата на седници ОРС. Под условом да ни једна од странака не саопшти своју намеру да уложи жалбу Органу за решавање спорова, постиже се «консензус»³⁴, а извештај панела се сматра коначно усвојеним.

Разматрање извештаја у циљу његовог прихватања се неће спроводити уколико било која од странака у спору званично саопшти ОРС о својој одлуци да захтева апелацију.

Међутим, ако је странка обавестила ОРС о својој намери покретања апелационог поступка, извештај се не може прихватити све док се не оконча жалбени поступак. Такво процедурално решење не штети реализацији права држава - чланица, ако оне на тај начин испољавају свој став у односу на извештај панела³⁵.

4.2.3.2. Апелациони поступак

Право на апелацију, или право покретања поступка по жалби, није обавезна фаза, али то право има свака од странака. Оно подразумева постојање права на жалбу Апелационом органу у циљу преиспитивања извештаја панела³⁶. Трећа лица немају право подношења жалбе на извештај панела. Жалбени поступак (**апелација**) је усредсређен на правна питања, која су садржана у извештају панела, као и на питања њиховог тумачења.

Треће лица, која су обавестила Орган за решавање спорова о постојању свог оправданог интереса у односу на спорно питање међу странкама, сагласно тачки 2. члана 10. «Договора - DSU», имају право подношења писмених поднесака Апелационом органу.

Апелациони орган, као другостепени орган и стално тело, разматра поднету жалбу на извештај панела у саставу од три члана. За окончање поступка апелације предвиђен је рок у трајању од 60 дана, односно најдуже

³⁴ Ibidem, str. 408.

³⁵ Чл. 16. ст. 4. «Договора - DSU».

³⁶ Чл. 17. «Договора - DSU».

90 дана. У поступку апелације извештај панела може бити **потврђен, измењен, или укинут**. Важно је међутим подвући да, сагласно са тач. 2. чл. 3. «Споразума - DSU», Апелациони орган нема право да призна већа или мања права и обавезе, од оних које су предвиђене мултилатералним споразумима у оквиру СТО. За случај да панел или Апелациони орган, као другостепени, закључе да мера коју је конкретна држава чланица унилатерално предузела и поводом које је спор настао, није у складу са одговарајућим споразумом у оквиру СТО, препоручиће држави – «туженику» да своје мере усклади са нормама споразума у питању. Препорукама ће Апелациони орган, по правилу, предложити начине и механизме за њихово спровођење у пракси.

4.2.4. Испуњење донетих одлука и арбитражни поступак

Претпоставка и правни основ извршења одлука и препорука донетих у поступку решења конкретног спора је правноснажни извештај. Извештај Апелационог органа **одобрава ОРС у року од 30 дана**, од дана пријема. Он подлеже извршењу, осим у случајевима када је извештај укинут на основу «негативног консенсуса» ОРС.

Извештај панела против кога није изјављена жалба, којом би био покренут поступак апелације, је такође подобан за извршење. Ефикасно испуњење одлука и препорука Органа за регулисање спорова (ОРС) је **неопходни услов** обезбеђења ефикасног функционисања система решавања спорова у оквиру СТО, што би требало да представља и интерес свих држава-чланица.

Након што извештај панела постане коначан, на саветовању, које се организује 30 дана после усвајања коначног извештаја панела или извештаја Апелационог органа, странке у спору су обавезне да **информишу ОРС** о својим намерама у вези са извршењем препорука и одлука из коначног извештаја. Уколико је извршење без одлагања за «дужника» немогуће, њему се оставља рок разумне дужине у коме је извршење препорука или одлуке реално могуће. **Рок разумне дужине** одређује се «Договором DSU» и он се тиче периода времена који:

- а) предложи држава - чланица, под условом да га потврди ОРС;
- б) је узајамно усаглашен међу странкама у спору у периоду 45 дана после датума коначности одлуке или препоруке, или ако такве сагласности нема,
- с) је одређен од стране обавезне арбитраже, у току 90 дана након коначности препорука и одлуке.

Разумни период времена за извршење одлука и препорука не може прећи 15 месеци од тренутка коначности извештаја панела или Апелационог органа, ако се странке нису усагласиле о чињеници постојања изузетних околности, које утичу на продужење предвиђеног рока. Међутим, и код постојања објективних и неспорних тешкоћа, рок не би требало да прелази 18 месеци.

Када странка која је дужна испунити утврђене обавезе у одређеним роковима, то не учини, дужна је да ступи у преговоре с «**тужиоцем**», у циљу утврђивања узајамно прихватљиве компензације. **Компензација** и **уступци** су мере привременог карактера, које се могу примењивати за случај када се препоруке и одлуке не извршавају у току разумног рока. Компензација је добровољна и није допуштена уколико противречи обухваћеним споразумима. Она се може тицати, на пример, одобравања смањења царинских тарифа од стране «туженика» у областима које представљају интерес за «тужиоца». Када се ни после истека двадесет дана не постигне споразум о компензацији, «тужилац» може захтевати од ОРС примену мера у виду обустављања од примене постојећих повољности (**суспензија концесија**), предвиђених у оквиру СТО, којим се користи «туженик». Суспензија концесија има карактер и правну природу привремених мера у случајевима када «туженик» не испуњава своје обавезе по донетим одлукама и препорукама у вези коначно решеног спора.

Приликом оцене о постојању услова за обустављање примене одређених уступака у односу на странку која не испуњава одлуке и препоруке, или друге обавезе СТО који се њеним споразумом гарантују, «тужилац» има право да примени репресивну обуставу уступака у истом сектору који је предмет спора. Уколико предузимање такве репресивне мере не даје позитиван ефекат, обустава уступака се може проширити и на друге секторе истог споразума, на коме се заснивају одговарајући правни односи. Али, ако се и такве мере покажу непрактичним и неефикасним и ако су разлози довољно озбиљни, мера обуставе у примени уговорених уступака може бити проширена и на друге споразуме у оквиру СТО³⁷.

Одобрена суспензија концесија се може примењивати све док се кршење утврђених норми понашања одговарајућим споразумом не отклони, или док «туженик» не понуди решење за елиминисање или умањење користи коју је имао сопственом повредом правила понашања, односно док се сааме странке о томе не договоре.

Интересантно је решење које предвиђа «Договор - DSU» за случај да је чланица СТО, на коју се препорука или одлука односи, незадовољна врстом и обимом компензација и суспендованих концесија. У таквим околностима странка се може обратити **арбитражи у оквиру СТО**. Арбитража је **средство** за хитно решавање насталог спора у фази извршења већ донете одлуке или препоруке у предвиђеном поступку. Арбитражни поступак се одвија пред првобитним панелом и мора се окончати у року од 60 дана. Арбитража је овлашћена да утврди да ли је ниво суспендованих концесија или других мера једнак степену умањења користи, као и да ли је предложена суспензија дозвољена самим споразумом, а ако јесте да ли су испоштоване све правне норме, које се на такву суспензивну меру односе.

³⁷ Видети: Г.М. Вельяминов, наведено дело стр. 410.

Стране су дужне да прихвате одлуку арбитраже као коначну и сагласне су да поштују арбитражну одлуку (чл. 25. DSU). Оне не могу спорни однос поверавати на решавање некој другој арбитражи.

На крају ваља напоменути да је за механизам решавања спорова пред СТО карактеристично да је Орган за решавање спорова надлежан не само за доношење одговарајућих одлука и препорука у вези са насталим споровима, већ је он истовремено и **орган контроле**, који директно надзире њихово извршење.

* * *

Може се закључити да се основни циљ решавања трговинских спорова у оквиру СТО, исцрпљује у настојању да се отклони свака мера или радња која је супротна одредбама споразума у оквиру СТО, као и да се превазиђе и реши сваки настали спор у трговинским односима између њених чланица применом норми WTO³⁸. Такав циљ је у потпуности у складу са начелом ефикасности у раду и деловању СТО, као једном од темељних принципа читавог облика институционалног организовања светске трговине.

³⁸ Чл. 3. ст. 7. «Договора DSU».

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

THE WORLD TRADE ORGANISATION AS A FORUM FOR RESOLVING INTERNATIONAL TRADE DISPUTES

Summary

One in a series of important activities of the World Trade Organization (WTO) is its role as a forum for resolving international economic disputes. As a rule, these disputes are a result of a bilateral relationship between the WTO member states; as such, they have to be resolved at the international level. This is achieved by the implementation of the WTO dispute resolution system which has been applied in solving hundreds of contentious trade relations stemming from a breach of contractual obligations under the agreements between the WTO member states. Under the WTO Agreement, the WTO is a forum which has the final word in these disputes where sovereign states appear in the role of disputing parties.

In this paper, the author points to the significance, the role and the course of the proceeding for resolving international trade disputes between the WTO member states. In the introductory notes and in the first part of the paper, the author points to the significance of this mechanism and gives an overview of the general characteristics and the legal framework for resolving disputes between the WTO member states. In the second part of the paper, the author analyses the WTO dispute resolution, the authorities responsible for the settlement of disputes, the procedure for resolving disputes and legitimizing the process of initiating the proceedings, the stages in the proceedings, peaceful means of settling disputes, dispute resolution by the implementation of the WTO mechanisms, the formation of the WTO Panel and its jurisdiction, the proceedings before the Panel, the status of a pending report panel and the right of appeal, the implementation of the panel decisions and arbitration proceedings.

Key words: World Trade Organization (WTO), dispute resolution, the WTO Dispute Settlement Understanding (DSU), the WTO dispute settlement bodies, Panel, the Appellate body, arbitration proceeding

UDK: 343.54/.55(497.11)

Др Невена Петрушић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

Др Слободанка Константиновић-Вилић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

НОРМАТИВНИ ОКВИР ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У СРБИЈИ И РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА ПРАВНЕ ПРАКСЕ СУДОВА У БЕОГРАДУ*

***Апстракт:** У раду се презентује теоријски оквир породичноправне заштите од насиља у породици и резултати прве фазе емпиријског истраживања које су ауторке реализовале са циљем да се стекне увид и критички анализира и евалуира правна пракса настала применом мера породичноправне заштите од насиља у породици, установљених Породичним законом Републике Србије од 2005. године. Истраживањем су обухваћени поступци у парницама за заштиту од насиља у породици, који су пред судовима у Београду вођени као основни поступци или као адхезиони поступци, уз поступак у бракоразводним парницама. Резултати истраживања омогућавају да се сагледа феноменологија насиља у породици чије извршење узрокује потребу за одређивањем мера породичноправне заштите, евидентирају проблеми који се у судској пракси јављају приликом спровођења поступка у парницама за заштиту од насиља у породици и стекне увид у степен делотворности и ефикасности механизма породичноправне заштите од насиља у породици.*

***Кључне речи:** насиље у породици, парница, поступак, мере заштите од насиља.*

Уводне напомене

Насиље у породици је универзални феномен, који прожима сва друштва, све културе и све регионе света. Оно спада у ред најтежих облика насиља јер се његовим испољавањем крше основна људска права и слободе чланова породице. Насиље је веома раширено у свим регионима света и

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

његове најчешће жртве су жене, деца и старе и немоћне особе.¹ Ова глобална и пандемична патолошка појава, изазива несагледиве последице и на друштвеном плану, а због својих карактеристика озбиљно угрожава саму институцију породице, као основне ћелије друштва.

На основу досадашњих истраживања о насиљу у породици несумњиво је утврђено: да насиље у породици представља модел понашања, а не изоловани инцидент,² да је пораст насиља у друштву директно повезан са порастом насиља у породици; да особа може бити изложена насиљу у породици током целог свог живота, од најранијег детињства до дубоке старости; да су најчешће жртве насиља у породици жене, деца и старе особе; да насиље у породици обухвата разноврсне радње и понашања, које један члан породице предузима, одн. испољава према другом како би успоставио моћ и контролу и/или задовољио неке своје потребе на штету другог члана; да су последице изложености насиљу бројне и да битно утичу на ментално здравље оних који су му непосредно изложени, али и оних који га посматрају и да „количина“ насиља доживљена у детињству доприноси развоју и прибегавању насиљу у међуљудским односима у одраслом добу живота.³

Све до краја шездесетих година XX века, насиље у породици није изазивало позорност друштва. Доминирало је схватање да је „дом човекова тврђава“, да је насиље у оквиру породице приватна ствар и да конфликте, уколико се не ради о наношењу тежих повреда или о лишењу живота, треба да реше сами чланови породице. До преокрета у односу друштва према насиљу у породици дошло је тек седамдесетих година 20. века.⁴ Захваљујући залагању за права жртава насиља у породици и лобирању за увођење ефикасног механизма заштите од насиља у породици, полако је сазревао став да је насиље у породици криминалитет, да чињеница што се оно догађа код куће не умањује његову друштвену опасност.

¹ Према подацима УН, 17-38% свих жена у свету претрпело је физичко насиље у свом животу од стране блиских мушкараца, а у 60% свих случајева сексуалног насиља, учинилац је мушка особа из непосредне близине жртве. (Видети: *Inter-Balkan Conference on Legal Strategies to Combat Domestic Violence*, Sofia, Bulgaria, 1997; Логар, Р., *Аустријски модел интервенције у случајевима насиља у породици*, Европска мрежа против насиља над женама, српски превод Аутономни женски центар, Београд, 2005, стр. 3; Николић-Ристановић, В., *Од жртве до затворенице*, Виктимолошко друштво Србије, Београд, 2000, стр. 17).

² Маркус, И., *Тамне бројке: истраживање о кућном насиљу у централној и Источној Европи*, у: „Женска права и друштвена транзиција“, Центар за женске студије, истраживања и комуникацију, Београд, стр. 101

³ Ајдуковић, М.: *Одређење и облици насиља у обитељи*, Насиље над женом у обитељи, Друштво за психолошку помоћ, Загреб, 2000, стр. 11.

³ Galles, R.J., *Intimate Violence in Families*, Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage Publication, pp. 24.

⁴ Кључну улогу одиграо је феминистички покрет. О томе, детаљно: Мршевић, З., *Правни аспекти структуралних узрока насиља*, у: „Правом против насиља у породици“, ЖИЦ, Ниш, 2002, стр. 38-42.

Савремени приступ насиљу у породици заснива се ставу да оно није искључиво лични проблем и индивидуална патологија, већ друштвени проблем и социјална патологија и да има дубоке корене у патријархалној структури друштва.⁵ Подаци о томе ко су доминантне жртве насиља у породици потврђују став да је феномен насиља у породици омогућен родном дискриминацијом и недостатком друштвене одговорности за насиље над онима који немају моћ, нити способност да му се одупру.⁶ У сагледавању насиља у породици указује се да на појаву насиља у породици утичу бројни социо-економски, друштвени, културолошки, психички и други фактори, при чему у постратним друштвима и друштвима под стресом, попут Србије, транзиција и рат представљају додатне веома снажне генераторе насиља у породици.⁷ На међународном плану насиље у породици препознато је као друштвено опасно и недопуштено понашање, којим се крше основна људска права и слободе.

Сагледавајући насиље у породици као посебно значајан друштвени проблем за чије је изучавање подједнако значајно теоријско уопштавање, нормативно регулисање и емпиријско истраживање практичног остваривања заштите жртава, ауторке су у раду изложиле најпре нормативни оквир породичноправне заштите од насиља у породици, а затим и резултате емпиријског истраживања.

1. Насиље у породици на територији Србије – обим и обележја

Насиље у породици једна је од оних социјално-патолошких појава коју је наше друштво деценијама маргинализовало и игнорисало. Патријархална схватања о односу полова и родитељству, која су још увек доминантна у нашој средини, представљају један од основних разлога због којих се породично насиље не сматра озбиљним обликом криминалитета, већ уобичајеним и социјално прихватљивим обликом понашања за који се налазе оправдање и умањују негативне последице које оно изазива.⁸ Досадашња

⁵ Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., *Ставови о насиљу у породици*, у: „Друштвена свест, људска права и активизам грађана у Јужној и Источној Србији“, ОГИ, Ниш, 2005, стр. 135-141.

⁶ У свим друштвима насиље гравитира ка партнеру са највећом моћи и догађа се у односима у којима међу субјектима постоји највећа разлика у моћи. (Видети: Николић Ристановић, В., *Ка објашњењу и превенцији насиља у породици у Србији: мултиваријантни приступ*, у: „*Правом против насиља у породици*“, ЗИЦ, Ниш, 2002., стр. 7; Лукић, М., *Модел заштите од насиља у породици, Нека позитивноправна решења у свету и контраверзе у њиховој примени*, „Темида“, бр. 2/99, стр. 9).

⁷ Детаљно видети: Николић Ристановић, В., *Насиље над женама у условима рата и економске кризе*, Социолошки преглед, 3/1995., стр. 409; Николић Ристановић, В., *Ка објашњењу и превенцији насиља у породици у Србији: мултиваријантни приступ*, у: „*Правом против насиља у породици*“, ЖИЦ, Ниш, 2002, стр. 9-15 и тамо наведену литературу.

⁸ То је, вероватно један од разлога због којих, све до недавно, насиље у породици на територији Србије није било предмет ширег истраживања и проучавања како би се утврдили

емпиријска истраживања феномена породичног насиља на територији Србије показала су: да је овај облик насиља у порасту, да су жртве породичног насиља најчешће жене и деца, да су породице у којима се насиље испољава место у коме се угрожавају и крше елементарна људска права,⁹ да су најчешћи извршиоци насиља брачни, односно ванбрачни партнери, те да жртве насиља у породици још увек ретко пријављују насиље.

Према резултатима истраживања породичног насиља у Србији,¹⁰ скоро свака друга испитана жена доживљава неки облик психичког насиља у породици, свака трећа жена је доживела физички напад од неког члана породице, док се свакој четвртој прети насиљем. Истраживање процесуираних случајева насиља према члановима породице¹¹ показало је да су у преко 92% случајева извршиоци кривичног дела насиља у породици мушкарци и да је најраспрострањеније брачно насиље, и то насиље извршено према супрузи са којом насилник јесте или је био у браку.

2. Процес изградње интегралног система правне заштите од насиља у породици

Захваљујући, пре свега, дугогодишњим настојањима женских НВО да породично насиље учине друштвено видљивим и њиховом систематском јавном заговарању и лобирању за усвајање одговарајућих законских решења, у Србији је 2005. год. окончан процес изградње институционалних правних механизма за спречавање и сузбијање породичног насиља. Први корак учињен је инкриминисањем породичног насиља као посебног кривичног дела "насиље у породици",¹² а усвајањем новог Породичног закона,¹³ заокружен је

његов стварни обим, структура и динамика, његове карактеристике и облици испољавања. Крајем 2001. год. окончано је прво истраживање ове појаве на територији Републике Србије. Резултати истраживања публиковани су у: *"Породично насиље у Србији"*, Николић Ристановић, В., (ур.) ВДС, „Прометеј“, Београд, 2002. Исте године објављени су и резултати истраживања праксе правосудних органа. Видети: Лукић, М., Јовановић, С., *Друго је породица, Насиље у породици - насиље у присуству власти*, Институт за криминологију и социологију, Београд, 2001.

⁹ У свим међународним актима посвећеним друштвеном положају и правима жена, насиље у породици апострофирано је као кршење основних људских права на живот и здравље.

¹⁰ *Породично насиље у Србији*, оп. цит., стр. 13.

¹¹ Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., *Кривично дело насиља у породици – правна пракса у Републици Србији*, ЖИЦ, Ниш, 2002.

¹² Народна Скупштина Републике Србије донела је 28. фебруара 2002. год. Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, којим је, у чл. 118а, предвиђено ново кривично дело насиље у породици и одговарајућим изменама Кривичног закона обезбеђена кривичноправна заштита жена од сексуалног насиља у браку што је инкриминисано силовање брачне супруге. Установљени систем кривичноправне заштите од насиља у породици претрпео је у међувремену измене, доношењем Кривичног законика Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005). Усвајањем овог закона, смањене су санкције за све облике извршења кривичног дела насиља у породици (чл. 194). Поред тога, у Кривични

систем правне заштите од насиља у породици прописивањем и регулисањем породичноправних мера заштите. Тиме је на нормативном плану створен свеобухватан, целовит и кохерентан систем правне заштите од породичног насиља, заснован на прожимању превентивних породичноправних мера заштите и мера кривичноправне заштите.¹⁴

Изградња нормативних инструмената за заштиту од насиља у породици представља израз настојања државе да одговарајућим правним механизма започне борбу против насиља у породици и домаће законодавство усклади са савременим међународним стандардима у домену људских права. То, несумњиво, показује да је законодавац прихватио став да држава има дужност да обезбеди адекватна средства за заштиту од насиља у породици, да деловањем својих институција предупреди и спречи испољавање насиља у породици, те да је одговорна за кршење људских права уколико не обезбеди адекватну институционалну заштиту жртвама насиља.¹⁵

3. Породичноправна заштита од насиља у породици

Породичноправна заштита од насиља регулисана је тако што је законодавац у изричито забранио насиље у породици, члановима породице признао право на заштиту од насиља у породици (чл. 10. ПЗ), регулисао мере породичноправне заштите и услове под којима се оне одређују и предвидео (одредбе чл. 197- 200. ПЗ) и уредио посебан поступак по чијим се правилима поступа у парници која се води ради заштите од насиља у породици (одредбе чл. 283-289. ПЗ).

3. 1. Операционална дефиниција насиља у породици

Насиље у породици дефинисано је одредбом чл. 197, тако што је у првом ставу одређено да се под насиљем у породици подразумева *"Понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице"*, а док су у другом ставу, само примера ради, наведени карактеристични случајеви насиља у породици, који се у пракси најчешће испољавају: наношење телесних повреда; покушај наношења телесних повреда, присиљавање на сексуални

законик унет је нови облик извршења кривичног дела насиља у породици, чија се радња састоји у кршењу изречене мере заштите од насиља у породици коју је суд одредио на основу закона (чл. 194. ст. 5).

¹³ Породични закон, "Сл. гласник РС", 18/2005 од 17. фебруара 2005, (у даљем тексту "ПЗ").

¹⁴ За такав приступ определила се Аустрија и њен модел заштите од насиља у породици послужио је за углед и другим државама. (Видети: Логар, Р., оп. цит. стр. 14-19).

¹⁵ Видети: Банч, Ш., *Права жена као људска права: прилог ревизији људских права*, Београдски круг, 3-4/1995, 1-2/1996, стр. 175.

однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или са немоћним лицем, ограничавање слобода кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање (именовани облици насиља), као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање (неименовани облици насиља).

Евидентно је да је законска дефиниција насиља у породици веома широка јер обухвата све могуће видове испољавања насиља, тј. свако дрско, безобзирно и злонамерно понашање, којим се угрожавају основне вредности људског бића: његов телесни интегритет, душевно здравље и спокојство. Апстрактно и широко дефинисање појма насиља у породици било је неопходно како би се омогућила правремена реакција институција система на насиље у породици, тј. одређивање мера заштите од насиља у породици док оно још увек није попримило теже облике, јер се тиме може прекинути процес ескалације насиља.

У сваком поступку за заштиту од насиља у породици суд треба да испита да ли је и како је насиље испољено. Без обзира на то да ли се утврђује именовани облик насиља или насиље које законодавац није именовано, суд има задатак да утврди да ли је конкретно понашање лица за које се тврди да је извршилац насиља, које се састоји у одређеним радњама (телесним актима, изговарању речи и сл.), пропуштању (нечињењу), гестикулацији и сл., заиста испољено и да, потом, квалификује то понашање.

Кад су у питању неименовани облици насиља у породици, суд има веома сложен задатак јер треба не само да утврди да ли је конкретна радња заиста предузета, већ и да оцени да ли се предузета радња, одн. испољено понашање може сматрати *дрским, безобзирним и злонамерним понашањем*, с обзиром на то у чему се радња, одн. понашање састоји, шта је циљ радње и какве је непосредне последице изазвала у односу на лице које тврди или за које се тврди да је жртва насиља. „Дрскост“, „безобзирност“, „злонамерност“, испољени у понашању члана породице према другом члану породице, јесу стандарди чија се садржина може одредити само релацијски – у односу на опште друштвене норме и вредности. Због тога се може јавити сукоб између породичног и друштвеног система вредности, посебно кад члан породице у свом понашању према другом члану породице одступа од културних образаца понашања и захтева који се поставља као изричита забрана одређеног понашања.

Појмови „дрско понашање“, „безобзирно понашање“ и „злонамерно понашање“, који су коришћени приликом формулисања правне норме, представљају типичне правне стандарде, чију садржину суд треба да попуни својим судом вредности. Иако суд има широка овлашћења у конкретизацији правних стандарда, то не значи да је лишен било каквих ограничења и да произвољно може попуњавати њихову садржину.

Као што су у судској пракси изграђени уједначени критеријуми и мерила за конкретизацију правних стандарда у другим сферама права, очекује

се да током времена судска пракса изгради поуздана и релевантна мерила на основу којих ће се процењивати када се понашање члана породице има сматрати дрским, безобзирним и злонамерним. Да би ови критеријуми у пракси довели до адекватне и правовремене реакције на насиље у циљу његовог спречавања, неопходно је да судије покажу „нулту толеранцију“ на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда „нормалног“ опхођења и комуницирања са члановима породице квалификују као насиље у породици. За случај да се у правној пракси појаве евентуалне произвољности у конкретизацији правних стандарда, које могу да доведу до неједнакости у остваривању правне заштите од насиља у породици или, пак, до сужавања домета породичноправне заштите, биће неопходно користити стандардне мере за уједначавање и усмеравање правне праксе.

Приликом квалификације дела насиља у породици, треба имати у виду да је испољавање насиља према деци један од разлога за лишење родитељског права, као најтеже породичноправне санкције, која се изриче родитељима ради заштите детета (чл. 81. ПЗ).¹⁶ Евентуално покретање поступка за лишење родитељског права због испољеног насиља родитеља према детету не искључује могућност да због истог акта насиља према родитељу буде изречена и одговарајућа мера заштите детета од насиља.¹⁷

3. 2. Титулари права на породичноправну заштиту од насиља у породици

Круг субјеката којима припада право на породичноправну заштиту од насиља у породици одређен је тако што је дефинисано ко се, за потребе пружања ове врсте заштите, сматра чланом породице. Према одредби чл. 197. ст. 3. ПЗ, у круг ових субјеката спадају: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, као и лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство, лица која живе

¹⁶ Одредбама Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања од 31. августа 2005. године, који је усвојила Влада РС, дефинисани су разноврсни облици злостављања и занемаривања деце (злоупотреба или злостављање детета, физичко злостављање детета, сексуална злоупотреба детета, емоционална злоупотреба детета и др.), сагласно критеријумима Светске здравствене организације. (Детаљно: Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Аутор, Чигоја штампа, Београд, 2005, стр. 306-307; Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Заштита деце од злостављања и занемаривања - Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања и Посебни протокол о поступању полицијских службеника у заштити деце од злостављања и занемаривања - Двадесети сусрет Копаоничке школе природног права 13-17. децембра 2007. године*).

¹⁷ Према томе, уз захтев за лишење родитељског права над дететом може бити истакнут и захтев за одређивање мере заштите детета од насиља у породици против тог родитеља, ако је то потребно ради заштите детета. Ако су испуњени законски услови, суд ће донети одлуку о лишењу родитељског права и одлуку којом одређује једну или више мера заштите детета од насиља у породици. Ове одлуке суд може донети и по службеној дужности, кад се пред њим води поступак у појединим брачним парницама и парницама из односа родитеља и деце.

или су живела у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.¹⁸

Приликом одређивања титулара права на породичноправну заштиту од насиља у породици, законодавац је настојао да омогући заштиту не само особа које повезује "класичан" породични однос, већ и особа које су у квазипородичним односима, за које се зна да могу бити подлога насилничком понашању.¹⁹

3. 3. Мере породичноправне заштите

У свим правним системима у којима су мере породичноправне заштите од насиља у породици предвиђене, суштина ових мера састоји се у ограничењу или привременој забрани одржавања личних односа насилника са жртвом насиља. Полази се од тога да је извршено породично насиље, без обзира на интензитет и облик испољавања, довољан разлог за изрицање ових мера и да је привремена забрана контакта једини начин да се предупреди ново насиље. При томе се има у виду да породично насиље, по правилу, има узлазну линију у погледу облика испољавања и последица које изазива, те да је, зато, неопходно изрицање мера заштите онда кад насиље још увек није попримило теже облике. Исто тако, изрицању мера заштите од породичног насиља има места и у периоду "примирја", нарочито ако се има у виду да је за ову специфичну врсту насиља карактеристичан циклус у испољавању: након фазе "примирја", у којој се насилник "искрено" каје и обећава да ће променити, наступа фаза "гомилања беса", која после одређеног времена кулминира и прераста у праву ерупцију насилничког понашања, да би после тога опет наступила фаза "примирја".²⁰

Имајући у виду упоредноправна решења и искуства у њиховој примени, приликом креирања мера породичноправне заштите од насиља у

¹⁸ Иако је у току јавне дискусије о Нацрту ПЗ било примедби да је овако широк круг активно стварно легитимисаних субјеката којима припада право на породичноправну заштиту од насиља у породици, наводно, непримерен и да је појам "члан породице" проширен лицима међу којима не постоје било какав породичноправни однос, какав је случај, нпр. са лицима у емотивној вези која не живе нити су живела заједно, ове примедбе нису прихваћене. Напротив, у коначној верзији текста ПЗ дефиниција појма "члан породице" још више је проширена тиме што је овај појам обухватио и лица која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

¹⁹ Тако и: Драшкић, М., оп. цит., стр. 57. Проф. Поњавић указује на тешкоће у доказивању емотивне или сексуалне везе, одн. другог личног односа на које се позива особа која тражи заштиту од насиља у породици. (Поњавић, З., *Породично право*, Крагујевац, 2005, стр. 395).

²⁰ Према једном броју аутора, циклус насиља, који се понекад означава и као "точак насиља", састоји шест фаза: стварање тензије, фаза контроле, фаза експлозије, "покајничка фаза", фаза убеђивања и фаза "меденог месеца" (Видети: Петрушић, Н., Константиновић Вилић С., оп. цит., стр. 27).

породици, у чл. 198. ст. 2. ПЗ предвиђено је пет посебних мера заштите: 1. издавање налога за иселење из породичног стана или куће, без обзира на право својине одн. закупа непокретности; 2. издавање налога за уселење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; 3. забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; 4. забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и 5. забрана даљег узнемиравања члана породице.²¹ Мере су одређене таксативно, по систему енумерације, тако да суд није овлашћен да одреди било коју другу меру.

Сврха заштитних породичноправних мера јесте да се њиховом применом спречи поновно извршење насиља у породици, да се обезбеди нужна заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности члана породице изложеног насиљу, као и да се отклоне околности које погодују или подстичу понављање насиља, одн. извршење других видова насиља. Суштина ових мера огледа у ограничавању или привременој забрани одржавања личних односа извршиоца насиља са жртвом насиља, што укључује и ограничавање извесних права и слобода извршиоца насиља. Полази се од тога да је у случају насиља над чланом породице привремена забрана контакта извршиоца насиља са жртвом једини начин да се предупреди ново насиље.

Одредбама ПЗ није предвиђено ограничење у погледу броја мера које се могу тражити, односно издати, већ оне могу бити комбиноване и прилагођене околностима конкретног случаја.

У погледу налога за иселење из породичног стана, одн. куће (породичног дома) и налога за уселење у породични дом,²² законодавац је изрчито предвидео да ове мере могу бити изречене независно од права својине односно закупа на стану, одн. кући, што подразумева да ове мере могу бити издате и кад је стан, одн. кућа у искључивој својини извршиоца насиља.

Код налога за уселење у породични стан, односно кућу, због израза који су употребљени у формулацији законске одредбе чл. 198. ст. 2. т. 2, ПЗ појављује се низ спорних питања. Пре свега, поставља се питање на кога се уопште односи мера заштите од насиља у породици: на насилника, туженог у парници, или на тужиоца, жртву породичног насиља. Сматрамо да се уселење у породични стан може односити само на тужиоца, жртву породичног насиља. Ако је овај закључак исправан, онда је одредбу чл. 198.

²¹ У „Моделу ПЗ“ Центра за унапређење правних студија биле су предвиђене још две мере: обавезно лечење од алкохолизм и других болести зависности и обавезно саветовање или психијатријско лечење. У “Моделу правне заштите од насиља у породици ВДС” такође су биле предвиђене још две мере: обавезно лечење од алкохолизма и других болести зависности и обавезно психолошко саветовање или третман. На жалост, законодавац је ове мере изоставио из коначног текста закона, иако се ради о мерама које могу значајно да допринесу спречавању насиља у породици.

²² Налог за уселење у породични стан, доносно кућу није био предвиђен у "Моделу правне заштите од насиља у породици ВДС" као посебна мера заштите од насиља у породици.

ст. 2. т. 2, ПЗ требало друкчије редиговати јер суштина заштитне мере није у налогу за уселење, већ у налогу туженом да тужиоцу “допусти” уселење,²³ тј. да се уздржи од радњи којима спречава уселење тужиоца, жртве насиља у породици.

Мера заштите од насиља у породици може се састојати у налогу туженом да се уздржи од приближавања тужиоцу, жртви насиља, на одређеној удаљености, као и у налогу туженом да се уздржи од приступања у простор око места становања или места рада тужиоца. Ове заштитне мере састоје се у забрани (ускраћивању права) извршиоцу насиља да се у одређеном временском периоду приближава жртви насиља на одређеној удаљености, одн. њеном месту становања и/или месту рада и у издавању налога извршиоцу насиља у породици да се уздржи од понашања супротног изреченој забрани.

Сврха ових мера је да се предупреди ново насиље и жртви насиља у породици омогући слободно и безбедно кретање, обављање свакодневних животних активности без страха да ће је извршилац насиља узнемиравати самим својим појављивањем, ухођењем и другим сличним понашањем. Мера забране приближавања члану породице на одређеној удаљености и мере забране приступа у простор око места становања и места рада имају превентивни карактер и њихово одређивање оправдано је кад постоји опасност да ће извршилац насиља поново извршити насиље. Услови за одређивање ових мера постоје, међутим, не само кад постоји опасност да ће жртва насиља бити (поново) физички повређена, већ и онда кад се процени да би и само приближавање извршиоца насиља жртви насиља било акт насиља, с обзиром да, је у извесним ситуацијама, само појављивање извршиоца насиља, одн. његово приближавање жртви, вид испољавања психичког насиља јер код жртве насиља изазива узнемирење, оправдан страх од понављања насиља и бројне друге психичке последице.

Одређивање мере забране приближавања жртви насиља, одн. приступа у простор око места становања и/или места рада подразумева да суд утврди удаљеност испод које се извршилац насиља у породици не сме приближити жртви. Колика ће бити та удаљеност, одређује суд, имајући у виду низ околности: где се налази место становања и место рада извршиоца насиља и жртве, да ли се ради о градском, приградском или сеоском подручју на коме су извршилац насиља и жртва настањени и др.

Забрана даљег узнемиравања члана породице је најблажа мера заштите, која се састоји у налогу туженом да се уздржи од даљег узнемиравања члана породице, што подразумева да се уздржи од сваког понашања које, према законској дефиницији, представља акт испољавања насиља. Ова заштитна мера

²³ У пракси су чести случајеви да жртва насиља под принудом напусти породични дом или то учини у акутној ситуацији насиља, ради спашавања свог живота и здравља или живота и здравља своје деце.

може бити одређена и као једина мера заштите, али се она редовно комбинује са другим заштитним мерама, као пратећа мера.²⁴

Коју ће меру заштите суд одредити, зависи од разноврсних околности: од тога који је вид насиља испољен и како је дошло до угрожавања телесног, одн. психичког интегритета жртве, какве су животне прилике жртве и извршиоца насиља, који је степен опасности од даљег испољавања насиља и др. У сваком случају, избор мера заштите од насиља у породици мора бити такав да обезбеди адекватну реакцију на насиља у породици и жртви насиља пружи максимално могућну заштиту у датим околностима.

Избор мера заштите подразумева процену степена опасности (ризика) од понављања насиља. Приликом избора мера заштите које ће бити одређене, суд мора да узме у обзир и максимално уважи мишљење саме жртве о нивоу опасности која јој прети јер је управо жртва та којој се заштита пружа, тако да њена субјективна процена, заснована на искуству, представља кључни фактор приликом избора мере заштите која ће у конкретном случају бити одређена.

Приликом одређивања мера заштите од насиља у породици, треба имати у виду њихов заједнички циљ, сврху сваке појединачне мере и околности у којима ће свака појединачна мера бити испуњена. Ради спречавања даљег испољавања насиља према члану породице путем мера породичноправне заштите, по правилу је неопходно да кумулативно буде одређено више мера, а у појединим случајевима и све законом предвиђене мере.²⁵

3. 4. Трајање, продужење и престанак мера заштите од насиља у породици

Мере заштите од насиља у породици, по природи ствари, имају привремени карактер, те је, зато, неопходно да већ приликом изрицања оне буду временски ограничене. Према одредби чл. 198. ст. 3, суд, по својој оцени, одређује дужину трајања сваке изречене мере, при чему је максимални рок за сваку меру годину дана.

Одредбом чл. 198. ст. 4. ПЗ изричито је прописано да се време проведено у притвору, као и свако лишење слободе у вези с кривичним

²⁴ Сврха заштитне мере је да спречи даље испољавање насиља према члану породице. Начини узнемиравања жртве насиља веома су разноврсни и немогуће је унапред одредити које су то све радње, одн. понашање чије би предузимање представљало акт узнемиравања жртве насиља. Због тога у одлуци суда није потребно посебно наводити видове испољавања насиља на које се мера односи, већ извршиоцу насиља треба забранити свако даље узнемиравање жртве и наложити му да се, док траје мера забране, уздржава од сваког дрског, злонамерног и безобзирног понашања којим угрожава њен телесни интегритет, душевно здравље или спокојство.

²⁵ Да би се остварили постулирани циљеви прописа о заштити од насиља у породици и жртвама овог облика насиља пружила адекватна правна заштита, неопходно је да суд, на основу утврђеног стања ствари, сагледавајући конкретну животну ситуацију и прилике у којима жртва насиља и извршилац насиља живе, као и све околности везане за њихов међусобни однос, одреди такву “комбинацију” заштитних мера, да оне буду једна другој компатибилне и да, све заједно, пруже максимално могућну заштиту од насиља у породици.

делом, односно прекршајем урачунава у време трајања мере заштите од насиља у породици. Приликом прописивања правила о урачунавању времена проведеног у притвору, одн. затвору у време трајања мере заштите од насиља у породици, законодавац није прецизирао које је то кривично дело, одн. прекршај поводом кога је извршилац насиља био лишен слободе. Због непостојања било каквог одређења у погледу кривичног дела, одн. прекршаја, могло би се закључити да се у време трајања мере породичноправне заштите од насиља у породици има урачунати време које је извршилац насиља провео у притвору, одн. затвору, без обзира на то које је дело и извршио и које је лице оштећено тим делом. Имајући, међутим, у виду циљ законске норме о урачунавању, несумњиво је да урачунавање треба вршити само ако је у питању лишење слободе извршиоца насиља поводом кривичног дела, одн. прекршаја који је он извршио према оном члану своје породице, ради чије се заштите води парница у којој се одлучује о мерама заштите од насиља у породици. При томе је ирелевантна квалификација самог дела: – дело може бити квалификовано као кривично дело насиља у породици, као неко друго кривично дело или као прекршај. Битно је да се ради о делу са елементом насиља и да је дело било уперено управо против оног лица ради чије се заштите води парница за заштиту од насиља у породици.

Одредбама чл. 199. ПЗ предвиђена је могућност продужавања трајања изречене мере, све док не престану разлози због којих је мера била одређена. Сагласно томе, поступци за продужење трајања мере могу се сукцесивно покретати неограничени број пута.

Мера заштите од насиља у породици има за циљ да се жртви насиља пружи заштита од даљег насиља и да се позитивно утиче на будуће понашање извршиоца насиља. За случај да је пре истека времена на који је мера одређена престану разлози због којих је она одређена, постоји могућност да се тражи њен престанак.

4. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици

У парницама за заштиту од насиља у породици примењује се посебан парнични поступак који је законодавац регулисао тако што је креирао један број посебних процесних правила садржаних у чл. 283-289 ПЗ²⁶ и предвидео

²⁶ Приликом регулисања поступка за одређивање породичноправних мера заштите од насиља у породици, законодавац се определио за парницу као метод правне заштите. У „Моделу правне заштите од насиља у породици“ Виктимолошког друштва Србије била је предвиђена примена ванпарничног поступка. Радна група била је мишљења да је, с обзиром на природу и циљ који се изрицањем ових мера остварује, најпримеренији овај тип процедуре јер су ванпарнична правила еластичнија и једноставнија у односу на парнична процесна правила, тако да би њихова примена омогућила да се на брз и ефикасан начин пружи правна заштита и предупреди даље насиље, а сам поступак у потпуности прилагоди садржини правне ствари и циљу правне заштите која се остварује. Исто тако, приликом одређивања за ванпарнични поступак као метод правне заштите имало се у

супсидијарну примену Закона о парничном поступку²⁷ (чл. 202. ПЗ).

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици примењује се у парницама у којима суд, на захтев овлашћених лица, односно органа или по службеној дужности, одређује једну или више мера заштите од насиља у породици, у којима одлучује о продужењу трајања мере заштите од насиља у породици после истека времена на који је мера одређена, као и у парницама у којима суд, на захтев лица против кога је мера заштите одређена, одлучује о престанку ове мере пре него што је истекло време на које је она одређена.

4. 1. Надлежност и састав суда

У парницама за заштиту од насиља у породици стварно је надлежан општински суд²⁸ док је месно надлежан суд опште месне надлежности и суд на чијем подручју има пребивалиште, одн. боравиште члан породице према коме је насиље извршено (чл. 283. ПЗ). Правило о изборној месној надлежности у интересу је члана породице према коме је насиље извршено јер му пружа могућност да покрене поступак пред судом на чијем је подручју његово пребивалиште, одн. боравиште.

У овим парницама у првом степену одлучује веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби, веће састављено од троје судија (чл. 203. ст. 1. ПЗ).

Правне ствари заштите од насиља у породици, као и остале правне ствари из брачних и породичних односа, веома су комплексне и зато постоји потреба да у овим правним стварима поступају посебно стручно оспособљене и квалификоване судије. Због тога је поступање у парницама за заштиту од насиља у породици поверено специјализованом већу. Специјализовано веће чине посебно стручно оспособљене и квалификоване судије професионалци, који су стекли посебна знања из области права детета, и судије поротници, који се бирају из редова стручних лица са искуством у раду са децом и младима.²⁹

виду да се изрицањем мера заштите од породичног насиља штите не само приватни интереси, већ и јавни интерес. Несумњиво је, наиме, да се јавни интерес у поступку може боље остварити у ванпарничном поступку, него у парници, с обзиром на конструкцију саме парнице и начела на којима је она заснована.

²⁷ Закон о парничном поступку од 15. новембра 2004. год. „Сл. гласник РС“, 125/2004, (у даљем тексту “ЗПП”).

²⁸ Чл. 21. ст. 2. Закона о уређењу судова РС, „Сл. гласник РС“, 63/2001, 42/2002, 27/2003 и 29/2004.

²⁹ Правила о специјализацији суда почела су да се примењују од 1. јула 2006. год., после реализације програма едукације судија, који је утврђен Правилником о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, („Сл. гласник РС“, 44/2006).

4. 2. Начела поступка

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици представља посебан парнични поступак, који је заснован на модификованим парничним процесним начелима и тиме прилагођен природи правних ствари у којима се примењује.

Према изричитој одредби садржаној у чл. 285. ПЗ, поступак у парницама за заштиту од насиља у породици нарочито је хитан. Ако се поступак односи на дете или на родитеља који врши родитељско право, тужба се не доставља туженом на обавезан одговор (чл. 204. ст. 2. ПЗ), а суд је дужан да поступак спроведе на највише два рочишта (чл. 204. ст. 3. ПЗ). Прво рочиште треба да буде одржано у року од осам дана од дана пријема тужбе у суду, а другостепена одлука треба да буде донета у року од 15 дана од дана кад је жалба достављена другостепеном суду (чл. 285. ПЗ).

У поступку у парницама за заштиту од насиља у породици начело диспозиције битно је сужено. Суд није везан границама тужбеног захтева и може одредити меру заштите од насиља у породици коју тужилац није тражио, ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита члана породице према коме је насиље извршено (чл. 287. ПЗ). Одступање од начела диспозиције огледа се у томе што суд по службеној дужности може да покрене адхезиони поступак за заштиту од насиља у породици уз поступак у брачним парницама (чл. 226. ст. 3. ПЗ), у матернитетским и патернитетским парницама (чл. 260. ст. 3. ПЗ), у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење родитељског права, као и у парницама за лишење и враћање родитељског права (чл. 273. ст. 3. ПЗ).

У погледу прикупљања процесног материјала, доминира истражно начело у односу на расправно начело (чл. 205. ПЗ). Суд има активну улогу у прикупљању чињеничног и доказног материјала и дужан је да подстиче странке да износе чињенице и нуде доказе, а овлашћен је и да самостално истражује и прикупља чињенице које странке нису изнеле и проверава истинитост и оних чињеница које међу странкама нису спорне. Суд је, такође, овлашћен да изводи и оне доказе које странке нису предложили.

Сагласно истражном начелу, суд на усменој расправи није само оној ко руководи расправом странака, већ активни подстрекач страначке процесне делатности и активни “трагач” за релевантним чињеницама. Зато је неопходно да приликом извиђања стања ствари суд преманентно има на уму да је примарно одговоран за резултате извиђања. У том смислу, суд је дужан да подстиче странке да изнесу све правнорелевантне чињенице, да допуне своје наводе и изјасне се о наводима противника, да пруже потребна објашњења и понуде све расположиве доказе. Улогу активног подстрекача страначке активности суд врши тако што странкама поставља питања и тражи неопходна разјашења и допуне навода ради утврђивања стања ствари. У

парницама за заштиту од насиља у породици суд сам истражује чињенице и у подлогу своје одлуке може да узме и ону правнорелевантну чињеницу на коју се ниједна странка није позвала. У складу са начелом контрадикторности, неопходно је, међутим, да странкама пружи могућност да се о тој чињеници изјасне.

У току усмене расправе долази до пуног изражаја начело саслушања и начело једнакости странака. Ради остваривања ових начела, неопходно је да странке буду упознате не само са наводима и захтевима свог противника, већ и са ставовима суда од којих зависи усмеравање поступка и ток самог расправљања.

Поступак у парницама за заштиту од насиља у парници заснован је на принципима тзв. отвореног правосуђења.³⁰ Суд је дужан да странке перманентно упознаје са својим хипотезама, радним квалификацијама и оценама у погледу правне ствари, да без икакве резерве саопштава странкама своје ставове, правна схватања и концепцију којом се руководи приликом прикупљања и оцењивања процесне грађе. Суд је, исто тако, дужан да у току читавог поступка странкама пружа потребна разјашњења и упознаје их са својим виђењима правне ствари и да заједно са њима размотри све чињеничне и правне аспекте истакнутог правозащитног захтева.

С обзиром да суд није везан тужбеним захтевом, тј. да може одлучивати *ultra* и *extra petitum* у погледу мере заштите коју ће одредити, потребно је да суд постави радну тезу у погледу мере коју намерава да одреди и да са тим отворено упозна странке, како би им омогућио да о томе расправљају. Од посебне важности је да суд странкама објасни смисао и сврху сваке од мера заштите од насиља у породици, као и последице одређивања мера заштите од насиља у породици.

У поступку у парницама за заштиту од насиља у породици јавност је законом искључена и важи начело дискреције, које је конкретизовано правилом да подаци из судских списа представљају службену тајну, коју су дужни да чувају сви учесници којима су ти подаци доступни (чл. 206).

Остала парнична процесна начела, која важе у општем парничном поступку, у неизмењеном виду важе и у поступку у парницама за заштиту од насиља у породици.

4. 3. Покретање поступка

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици редовно се покреће тужбом активно легитимисаних лица, одн. органа и води се као основни поступак. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици

³⁰ О концепту отвореног правосуђења, детаљно, Трива, С., Белајец, В., Дика, М., *Ново парнично процесно право*, Загреб, 1977.

може се водити и као адхезиони (придружени) поступак уз поступак у брачним парницама³¹ у матернитетским и патернитетским парницама,³² у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење родитељског права, као и у парницама за лишење и враћање родитељског права.³³

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици, као адхезиони поступак, може покренути нека од парничних странака у основном поступку или сам суд, *ex officio*. Потреба да суд по службеној дужности покрене поступак за заштиту од насиља у породици постоји кад суд, на основу резултата изврљања и расправљања у основном поступку, који се води у некој од брачних парница или парница из родитељско-дечијег односа, дође до сазнања да постоји потреба за пружањем правне заштите од насиља у породици, а да ниједан од активно легитимисаних субјеката није затражио одређивање мере заштите.

Према одредби чл. 284. ст. 2. ПЗ, активно процесно легитимисани у парницама за одређивање мера заштите од насиља у породици и у парницама за продужавање трајања мера заштите је члан породице према коме је насиље извршено, његов законски заступник, јавни тужилац и орган старатељства. Активна легитимација у парници у којој се тражи престанак мера заштите од насиља у породици пре истека времена на који је она одређена, према изричитој законској одредби, припада искључиво лицу против кога је мера одређена (чл. 200. ПЗ).

4. 4. Садржина и правна природа тужбе

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици покреће се тужбом.³⁴ У погледу садржине тужбе у овим парницама, у свему важе правила ЗПП којима је регулисана формална садржина ове иницијалне парничне радње у општем парничном поступку.³⁵

Централни део тужбе за заштиту од насиља у породици је тужбени захтев, који може бити једноставан и сложен, у зависности од тога да ли се тражи издавање једне или више мера заштите. Тужбени захтев треба да буде прецизно и јасно одређен и опредељен и у субјективном и у објективном смислу. То подразумева да тужилац одреди: лице против кога се мера има одредити, лице ради чије се заштите мера одређује, врсту мере чије се одређивање тражи, укључујући све оне елементе који су потребни за њену конкретизацију, као и дужину трајања тражене мере.

Свака тужба у парници за заштиту од насиља у породици којом се тражи одређивања мера заштите има и контитутивни и кондемпнаторни елемент. Конститутивни елемент тужбе огледа се у захтеву тужиоца да суд

³¹ Чл. 226. ст. 3. ПЗ.

³² Чл. 260. ст. 3. ПЗ.

³³ Чл. 273. ст. 3. ПЗ.

³⁴ Чл. 284. ст. 1. ПЗ.

³⁵ Чл. 187. ЗПП.

својом одлуком изрекне одређену промену, чија је суштина, без обзира на врсту мере, у томе да се туженом забрани вршење одређеног права, одн. понашања и тиме унесе промена у постојеће односе странака. Кондемпнаторни елемент тужбе огледа се у тражењу да се изрекне конкретну заповест туженом, тј. да му наложи да, сагласно изреченој забрани, нешто учини или да се уздржи од неког чињења.

4.5. Улога органа старатељства

У парницама за заштиту од насиља у породици орган старатељства суделује у различитим процесним улогама и остварује различите функције и задатке.³⁶

Пре свега, орган старатељства има положај странке (тужиоца) у парници за заштиту од насиља у породици. Положај тужиоца у овој парници орган старатељства стиче кад покрене поступак или кад се у току поступка придружи тужиоцу и тиме накнадно стекне положај јединственог супарничара.

Уколико орган старатељства није сам покренуо овај поступак, он у поступку који су покренули други овлашћени субјекти или суд, *ex officio*, може да се јави као специфичан вештак, као помоћни орган суда и као сарадник суда.

Орган старатељства има положај специфичног вештака кад даје своје мишљење о сврсисходности тражене мере заштите од насиља у породици. Суд може да затражи од органа старатељства да да своје мишљење о сврсисходности мере заштите од насиља у породици уколико орган старатељства није сам покренуо поступак (чл. 286. ПЗ). Мишљење органа старатељства не везује суд, већ суд слободно оцењује мишљење органа старатељства, тако да може да га уважи у целости, само делимично или да га уопште не уважи. Орган старатељства у парници може кумулативно стећи и улогу помоћног истражног органа суда. Такву улогу он има кад, по налогу суда, пружа суду помоћ у прибављању потребних доказа (чл. 286. ПЗ). Тако је орган старатељства дужан да, на захтев суда, прикупи и суду стави на увид податке до којих је дошао применом различитих метода социјалног рада са појединим члановима породице. Орган старатељства је сарадник суда када, на захтев суда, пружа стручну помоћ у утврђивању мишљења детета (чл. 65. ст. 6. ПЗ).

4. 6. Садржина и правна природа пресуде

Суд доноси мериторну одлуку у парницама за заштиту од насиља у породици у форми пресуде.³⁷ Мериторне одлуке којима је одређена мера

³⁶ Видети: Станковић, Г., Петрушић, Н., *Новине у грађанском процесном праву*, Удружење за грађанско процесно право, „Свен“, Ниш, 2005, стр. 43.

³⁷ Кад се поступак за заштиту од насиља у породици води као основни (самостални) поступак, пресуда којом се одлучује о мерама заштите од насиља у породици израђује се у форми посебног писмена. Уколико се, међутим, поступак води као адхезиони, пресуда којом је одлучено о мерама заштите редовно се уноси у писмено у коме је садржана пресуда о тужбеном захтеву у основном поступку. Ради се, међутим, о два посебна одлукама, које су

заштите од насиља у породици су, с обзиром на тип и садржину заштите која се њоме пружа, комплексне природе јер имају обележја и контитутивних и кондементорних судских одлука.

Конститутивни елемент пресуде којом је одређена мера заштите од насиља у породици огледа се у томе што се одређивањем мере туженом одузима одређено право, одн. ускраћује одређена слобода и тиме уноси промена у постојећи правни однос странака. Тако, кад су у питању пресуде којима се одређује мера забране приближавања жртви насиља у породици, одн. забрана приступа у простор око места рада и/или места становања, конститутивни део ових пресуда садржи појединачну правну норму, којом суд, користећи своја законска овлашћења, извршиоцу насиља привремено забрањује одређено понашање (приближавање жртви насиља), чиме га ограничава у вршењу једног од његових основних људских права и слобода – права на слободу кретања. Кондементорни елемент пресуде којом је одређена мера заштите од насиља у породици састоји се из конкретног налога (заповести) туженом да, у складу са изреченом променом, нешто учини, да нешто трпи или да пропушта да чини и тиме своје будуће понашање, док траје мера заштите, усклади са садржином контитутивног дела диспозитива.

Приликом редакције диспозитива пресуде којом се одређује мера заштите од насиља у породици, неопходно је да суд води рачуна о чињеници да се ради о пресуди двојачке правне природе, тј. о пресуди која има и конститутивни и кондементорни елемент. Из формулације и стилизације конститутивног дела пресуде треба да буде јасно видљиво ког је конкретног права, одн. слободе тужени лишен, тј. у чему се ова промена огледа и за који ће временски период она важити. Приликом редакције кондементорног дела пресуде, суд мора користити оне формулације које су уобичајене кад су у питању кондементорне одлуке, како би било сасвим јасно и недвосмислено како се тужени има понашати да би његово понашање било саобразно наређењу из судске одлуке.

У судској пракси уобичајено је да се, у виду посебног става, у диспозитив пресуде уноси констатација да мере заштите могу бити продужаване, све док не престану разлози због којих су одређене. Иако, стриктно посматрано, уношење ове поуке није неопходно, практични разлози оправдавају да овај вид упозорења и поучавања странака буде садржан у судској пресуди.

4. 7. Правни лекови

Изричитим законским прописима предвиђено је да жалба у парницама за заштиту од насиља у породици не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици. Против одлука у овим парницама ревизија је дозвољена.³⁸

потпуно независне једна од друге у погледу побијања, ступања на правну снагу и др.

³⁸ Чл. 228. ПЗ и чл. 208. ПЗ.

4. 8. Трошкови поступка, достављање одлуке и евиденција о насиљу

О трошковима поступка суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.³⁹

Пресуду у парницама за заштиту од насиља у породици суд доставља странкама. Суд је дужан да пресуду одмах достави и орагану старатељства на чијој територији има пребивалиште, односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено и орагану старатељства на чијој територији има пребивалиште односно боравиште члан породице против кога је мера заштите одређена.⁴⁰ Орган старатељства дужан је да води евиденцију и документацију како о лицима према којима је насиље извршено, тако и о лицима против којих је одређена мера заштите.⁴¹

5. Интерпретација резултата истраживања

5.1. Предмет истраживања

Истраживањем су обухваћени поступци у парницама за заштиту од насиља у породици, који су пред судовима у Београду вођени као основни поступци или као адхезиони поступци, уз поступак у бракоразводним парницама.

Непосредни предмет истраживања били су списи парничних предмета формираног поводом тужби за заштиту од насиља у породици, као и списи парничних предмета формираног поводом тужби за развод брака, у којима је, поред захтева за развод брака, био истакнут и захтев за одређивање мера заштите од насиља у породици.

Истраживањем је обухваћен период од друге половине 2006. године до прве половине 2008. године. Истраживачки узорак чине списи 104 парничних предмета општинских судова у Београду. Како је истраживање спроведено у 5 београдских општинских судова, формираног узорак предмета одговарао би случајно формираном репрезентативном узорку предмета.

Укупно су прегледана 104 предмета општинских судова у Београду, и то 19 предмета Првог општинског суда, 20 предмета Другог општинског суда, 20 предмета 20 Трећег општинског суда, 21 предмета Четвртог општинског суда и 24 предмета Петог општинског суда. У једном броју предмета дошло је до заснивања супарничарства на страни тужила/тужилаца, што је условило да укупан број тужила/тужилаца буде за 16 већи од броја предмета, укупно 120.

³⁹ Чл. 207. ПЗ.

⁴⁰ Чл. 289. ПЗ.

⁴¹ Чл. 289. ст. 2. и 3. ПЗ. Начин вођења евиденције регулисан је Правилником о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици ("Сл. гласник РС", бр. 56/2005).

Како је у предметима у којима је засновано активно супарничарство дошло и до објективне кумулације захтева, у погледу којих је суд утврђивао чињенице и испитивао њихову основаност, ради стицања што објективнијег увида у поступак, његов ток и трајање, унос и обрада података вршени су према укупном броју тужила/тужилаца, а не према броју предмета.

5.2. Циљ истраживања

Основни циљ истраживања био је да се стекну сазнања о примени законских прописа којима је регулисана породичноправна заштита од насиља у породици, да се омогући евидентирање и сагледавање проблема који се у судској пракси јављају приликом спровођења поступка у парницама за заштиту од насиља у породици и стекне увид у степен делотворности и ефикасности механизма породичноправне заштите од насиља у породици.

5.3. Опис истраживања

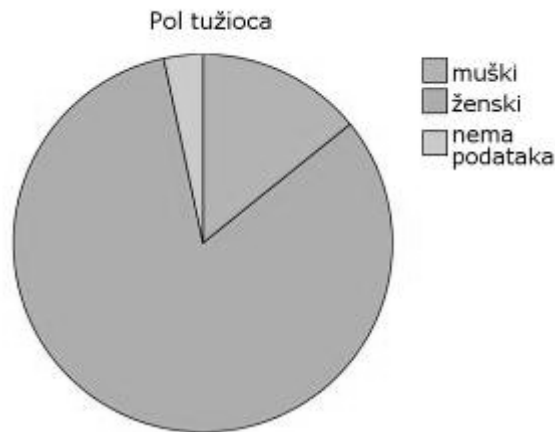
Прикупљање, обрада и анализа релевантних података обављени су у периоду од 5 месеци.

У припремној фази истраживања, утврђени су истраживачки узорак и план истраживања и добијене одговарајуће дозволе за његово спровођење. За прикупљања података из списка парничних предмета коришћен је посебан упитник, који је обезбедио да се прикупе и селекују подаци о парничним странкама и извршеном насиљу које је било повод за покретање поступка, као и подаци о садржини парничне делатности и о току самог поступка у парницама за заштиту од насиља у породици.

У завршном делу прве фазе истраживања прикупљени подаци су статистички обрађени коришћењем СПСС 14.0 програма и на одговарајући начин приказани.

5.4. Профил тужиље/тужиоца

Поступак за заштиту од насиља у породици најчешће су покретале особе женског пола (85,3%), док су у знатно мањем проценту (14,7%) то чиниле особе мушког пола. (Графикон 1).



Графикон 1.

Овај налаз се у потпуности слаже са раније спроведеним истраживањима правне праксе судова у Београду приликом процесиурања кривичног дела насиља у породици из чл. 194 КЗ РС. Наиме у два истраживања⁴² констатовано је да је према подацима из судских списа две трећине жртава женског пола (66,7% у првом истраживању и 80,4% у другом истраживању), што само поткрепљује тврђење о веома великој заступљености жена међу жртвама породичног насиља.

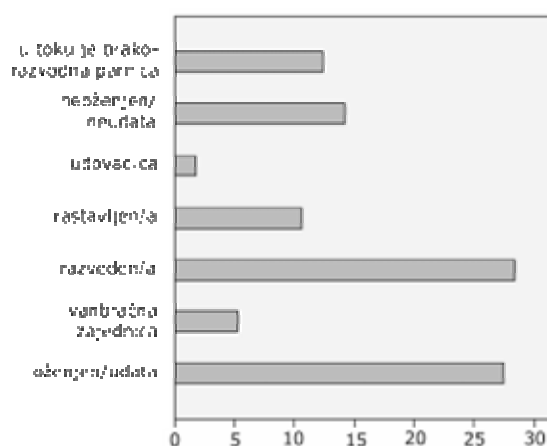
Међу тужилама/жртвама доминирају особе узраста 33-40 година (24,2%), док је најмање оних од 18 до 25 година живота (4,2%). У испитиваном узорку релативно је висок проценат малолетних тужилаца/жртава (10,8%).

Брачно стање тужила/тужилаца показује да је највећи број њих у време подизања тужбе био разведен (28,3) или је још у браку (27,4%), при чему 12,4% тужила/тужилац је правну заштиту од насиља затражило док је још увек трајала парница за развод брака, а 10,6% њих је у време подизања тужбе било растављено, мада брак формално није разведен. Само незнатан број тужила/тужилаца (5,3%) био је у ванбрачној заједници у време подизања тужбе, али је 14,2% тужилаца/тужила било неожењено, односно неудато (Графикон 2). Прикупљени подаци потврђују резултате досадашњих истраживања: - доминантан облик насиља у породици у Србији јесте насиље међу интимним партнерима (брачно насиље, насиље међу растављеним и

⁴² Константиновић-Вилић, С, Петрушић, Н.: Кривично дело насиља у породици – правна пракса у Републици Србији, Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, 2004., Ниш, стр.42 и Константиновић-Вилић, С. и Петрушић, Н.: Кривично дело насиља у породици-правосудна пракса у Београду и Нишу, АЖЦ Београд и ЖИЦ Ниш, 2007., стр.40.

разведеним партнерима). То је и разлог што је у укупном број предмета само у три предмета засновано супарничарство на страни тужених.

Брачно стање тужиље/тужиоца



Графикон 2.

Највећи број тужиља/тужилаца (48,9%) има двоје деце, док је нешто мањи број оних без деце (32,6%). Остале тужиље/тужиоци имају троје и више деце.

Тужиље/тужиоци су најразличитијих занимања и степена образовања.

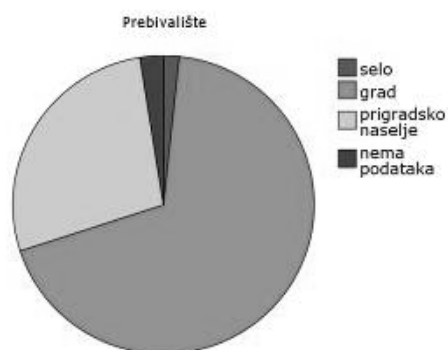
Највећи број тужиља/тужилаца има средње образовање – 22,6%, са вишим и високим образовањем је 7,8%, док је чак 9% магистара и доктора наука. Само основну школу завршило је 8,7% тужиља/тужилаца. Иако из анализираних предмета није могао да се сазна ниво образовања за чак 60% тужиља/тужилаца, тако да налаз у погледу њихове образовне структуре треба узети са резервом, може се, ипак, закључити да међу тужиљама/тужиоцима доминирају особе са средњошколским образовањем.

У погледу запослености, највећи број тужиља/тужилаца је запослено (24,6%), док је незапослених који траже посао 15,3%. Међутим, ако се незапосленима придода број оних који су на принудном одмору или су технолошки вишак, као и број домаћица, пензионера и студената, проценат оних који не раде знатно је већи.

Резултати истраживања показују да је највећи број тужиља/тужилаца рођено у граду (73,8%, док је знатно мањи број рођен у селу (17,8%).

У истраживаном узорку тужиље/тужиоци су у највећем проценту имали пребивалиште у граду и приградским насељима. Само 1,7% тужиља/тужилаца имало је пребивалиште у селу. Из ових података не треба

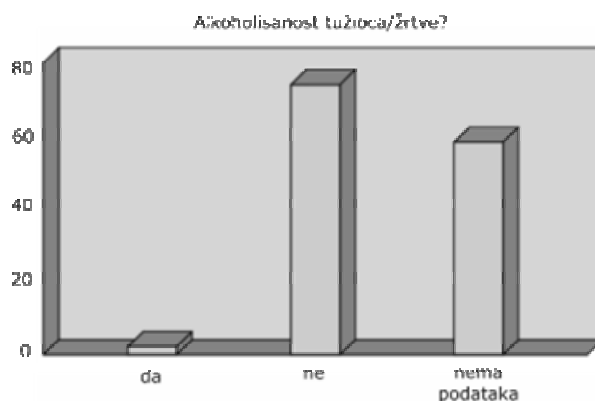
закључити да насиља у породици нема у сеоским срединама, већ да жртве из ових средина мање пријављују насиље, што је, вероватно, последица мање информисаности о механизмима заштите и снажнијем деловању патријархалних образаца понашања – графикон 3.



Графикон 3.

У истраживаном узорку мали је проценат тужиља/тужилаца који припадају категорији избеглица и расељених лица (3,4%. Овај податак показује да избегла и расељена лица ретко траже пружање породичноправне заштите од насиља у породици, чему доприноси низ фактора: неинформисаност о могућностима остваривања права на правну заштиту, недовољна материјална средства за покретање и вођење поступка, недоступност бесплатне правне помоћи и др.

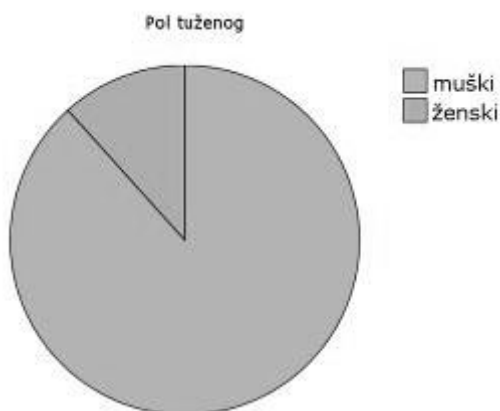
Према резултатима истраживања, ниједна тужиља/жртва није имала оружје, нити је била у алкохолисаном стању у време извршења насиља, нити су били под дејством наркотика – графикон 4.



Графикон 4.

5.5. Профил туженог/тужене

Међу туженима у истраживаном узорку преовлађују особе мушког пола (88,3%), док су особе женског пола заступљене у знатно мањем проценту (11,7 %) – графикон 5. Особе женског пола појављују се као тужени/тужене углавном у предметима који се односе на насиље међу сродницима и члановима шире породичне заједнице. Истраживање правне праксе судова у Београду у процесуирању кривичног дела насиља у породици показало је да се у највећем броју случајева поступак води против лица мушког пола као учинилаца - 85,5%, док је женски пол заступљен са 14,5%.⁴³



Графикон 5.

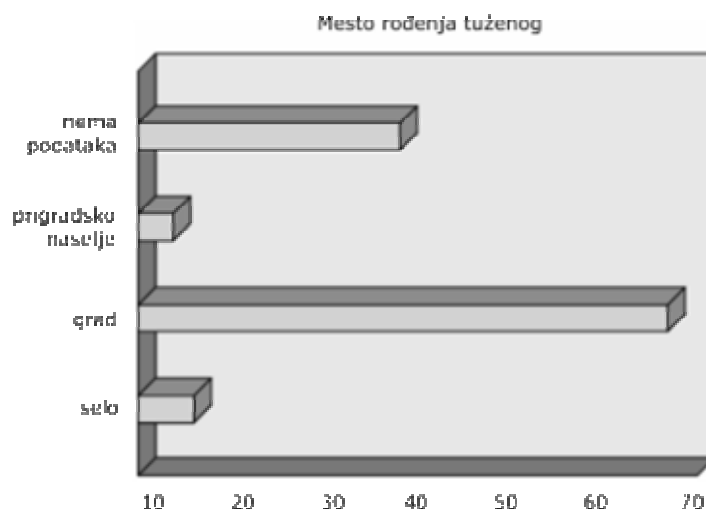
У три предмета у којима је засновано супарничарство на страни тужених, особе женског пола се у два предмета појављују као сатужени, заједно са особама мушког пола. Ради се о мајкама које се у предметима појављују као законски заступници своје малолетне деце (тужиља), али су истовремено и саме тужиље/тужиоци јер су тражиле одређивање мера заштите од насиља које је над њима извршено.

Као и тужиље/тужиоци, и тужени/тужене су у испитиваном узорку у највећем проценту са пребивалиштем у граду (79,8) и приградским насељима (27,4%). У селу живи само 1,8% тужених.

У свим предметима у којима се појављују друготужени као супарничари, њихово место пребивалишта је град.

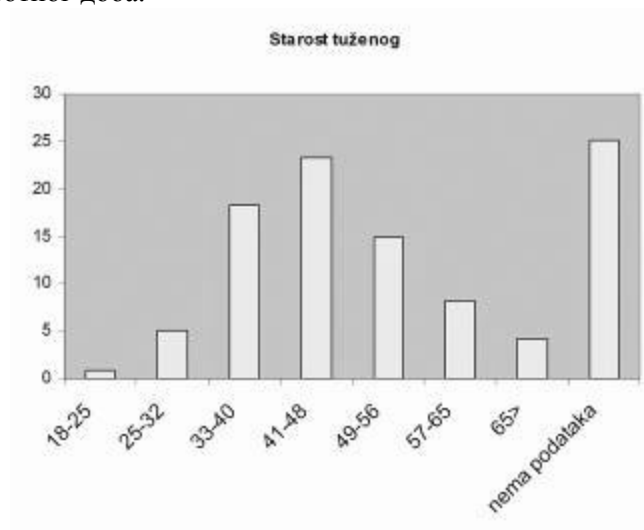
Према подацима из испитиваног узорка, близу 80% тужених рођено је у граду и приградским насељима, а око 15% тужених у селу – графикон 6.

⁴³ Константиновић-Вилић, С, Петрушић, Н.:оп. цит. стр.37.



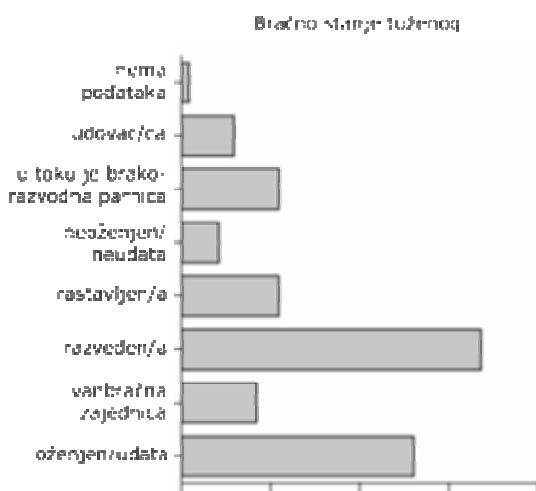
Графикон 6.

Међу туженим, највећи је број оних у узрасту од 41-48 година (24,1%), нешто је мањи број оних у узрасту 33-40 (19,0%), док је оних старости 49-56 15,5%. Тужени од 18-32 године чине укупно 6,1% у испитиваном узорку, а занемарљиво мали је број тужених преко 65 година (Графикон 7). У узорку преовлађују тужени који су, у односу на тужиље/тужиоце, старијег животног доба.



Графикон 7.

У испитиваном узорку међу туженим преовлађују разведене особе (33.6%). Нешто је мањи проценат тужених који су у браку (26.1%), а исти је проценат тужених који су у време вођења поступка растављени односно код којих је бракоразводна парница у току (10,9%) – графикон 8. Подаци потврђују раније констатације: да покретање поступка за развод брака, као и сам развод брака, не доводе до престанка примене насиља.



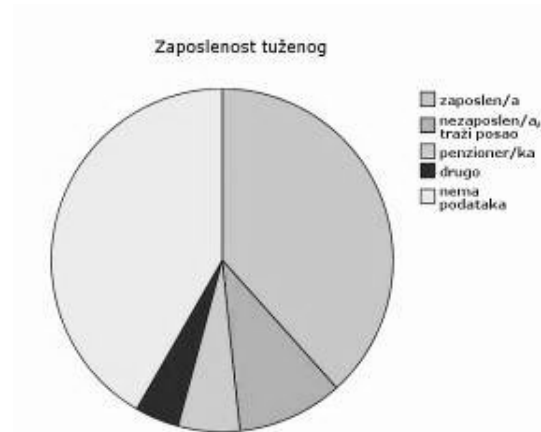
Графикон 8..

Највећи број тужених у испитиваном изорку има двоје деце (43,4%), 33,0% једно дете, а троје деце има 13,2% тужених.

Тужени су, као и тужиље, веома различитих занимања, тако да није могућно утврдити које је занимање међу њима најзаступљеније

Највећи број тужених у испитиваном узорку има завршену средњу школу (22,7%), затим вишу школу или факултет (3,4%), док је подједнак број тужених са незавршеном и завршеном основном школом и оних који имају звање магистра, односно доктора наука (2,5%).

Међу туженима за које у списима предмета има података о запо-слењу, највише је запослених (38,3%), док је знатно мањи проценат незапослених особа које траже посао (10,0%) – графикон 9.



Графикон 9.

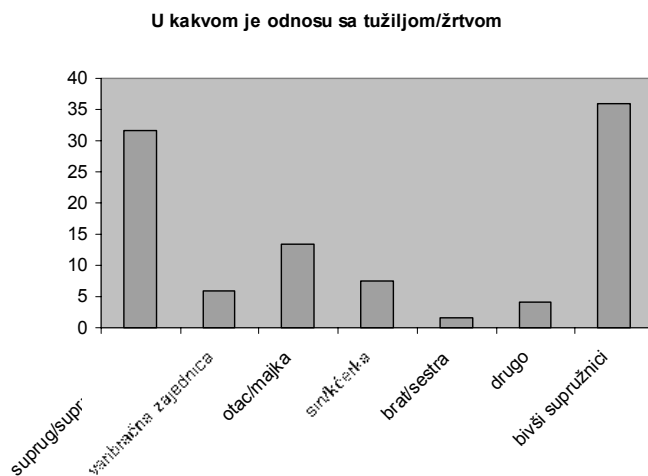
Према резултатима истраживања, у узорку је занемарљив број тужених са статусом избеглог, односно расељеног лица (1,1%). Ова појава може се објаснити истим оним разлозима којима се објашњава занемарљиво мали број особа са статусом избеглог, односно расељеног лица међу тужиљама у испитиваном узорку.

5.6. Природа односа између тужиље/тужиоца и туженог/тужене

Подаци о односу између тужиље/тужиоца и туженог/тужене у испитиваном узорку показују да је доминантан облик насиља у породици партнерско насиље: – насиље према брачном супружнику, ванбрачном партнеру или бившем брачном супружнику – графикон 10. У разматраном узорку између извршилаца и жртава у време извршења дела постојао је брачни однос (31,7%), односно ванбрачни однос (5,8%) или су били разведени – 35,8%. Поред овог односа, најзаступљенији је родитељски однос (отац/мајка су жртве/тужиље, а син/ћерка су тужени/извршиоци) – 20,8%. Ако се упореди природа односа између жртава и извршилаца насиља у породици у процесуираним кривичним делима насиља у породици, запажа се да је знатно већи проценат предмета у којима се родитељи појављују као тужиоци који траже одређивање мера заштите од насиља које над њима врше њихова деца. Ова појава може се објасити тиме да родитељи нису склони вођењу кривичног поступка против деце и да у случајевима насиља које над њима врше њихова деца радије траже одређивање породичноправних мера заштите од насиља у породици.

У испитиваном узорку деца се појављују као тужиоци, а њихов родитељ као тужени/извршилац у 11,7% предмета. Слични подаци добијени

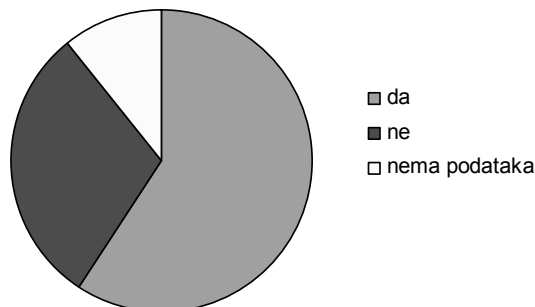
су приликом истраживања правне праксе судова у Београду приликом процесуирања кривичног дела насиља у породици из чл.194 КЗ РС. Партнерско насиље – насиље према брачном супружнику (48,9%) и ванбрачном партнеру (18,2%) био је и у овом истраживаном узорку доминантан облик насиља.



Графикон 10.

У 64,5% случајева из узорка тужиља/тужилац и тужени/тужена имају заједничку малолетну децу, што је и разумљиво, будући да у узорку преовлађује партнерско насиље. У 32, 7% случајава странке немају заједничку децу, док у 2,7% случајева није познато да ли стране имају заједничку малолетну децу – графикон 11.

Da li imaju zajedničku decu



Графикон 11.

5.7. Однос тужиље/тужиоца и туженог/тужене пре подношења кривичне пријаве и реаговање на раније акте насиља

Према подацима из анализираних предмета, у скоро свим случајевима тужени/тужене су и раније испољавали насиље према тужиљама/тужиоцима. У великом броју случајева партнерског насиља насиље је вршено континуирано, у дужем временском периоду, често од самог заснивања брачне, односно ванбрачне заједнице. У многим предметима срећу се сведочанства жртава да су насиљу биле изложене од самог заснивања брака, односно ванбрачне заједнице. Нису ретку предмети у којима су жртве преко 20 година биле изложене разним видовима физичког, психичког, економског и сексуалног насиља. У једном предмету жртва је изјавила да је пуних 25 година била изложена психичком и физичком насиљу. Континуитет у испољавању насиља постоји и када је у питању насиље према деци.

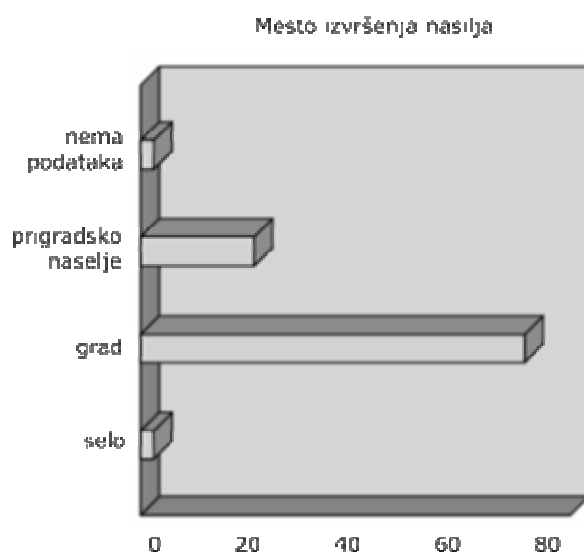
Највећи број тужених у испитиваном узорку пријављивао је раније акте насиља; само у 4,2% случајева тужиље/тужиоци нису пријављивали насиље. У односу на резултате ранијег истраживања процесуираних кривичних дела насиља у породици примећује се извесно повећање броја пријављивања дела насиља у породици. Ова разлика може се објаснити тиме да је у великом броју предмета парници за заштиту од насиља у породици претходио кривични поступак, који подразумева пријављивање насиља институцијама система. Насиље је најчешће пријављивано полицији (54,2%), при чему је кривични поступак покренут у само 14,2 % случајева.

Око 70% тужиља/тужилаца тражило је помоћ институција пре покретања парнице за заштиту од насиља у породици, док за њих 30% у списима предмета о томе нема података. Више од $\frac{1}{4}$ тужиља/тужилаца (25,8%) тражило је помоћ од центра за социјални рад, а од медицинске установе њих 18,3%. Полицији се обратило 7,5% тужиља/тужилаца, док је помоћ НВО тражило 15,8% тужиља/тужилаца.

Процент тужиља/тужилаца које су се обраћале за помоћ већи је у односу на проценат жртава које су се обраћале за помоћ пре подношења кривичне пријаве (нешто више од $\frac{1}{5}$ жртава), што указује да су после установљавања инструмената за заштиту од насиља у породици жртве охрабрене да се обраћају институцијама и траже заштиту од насиља у породици, као и да је нешто веће поверење које грађанке/грађани имају у институције система.

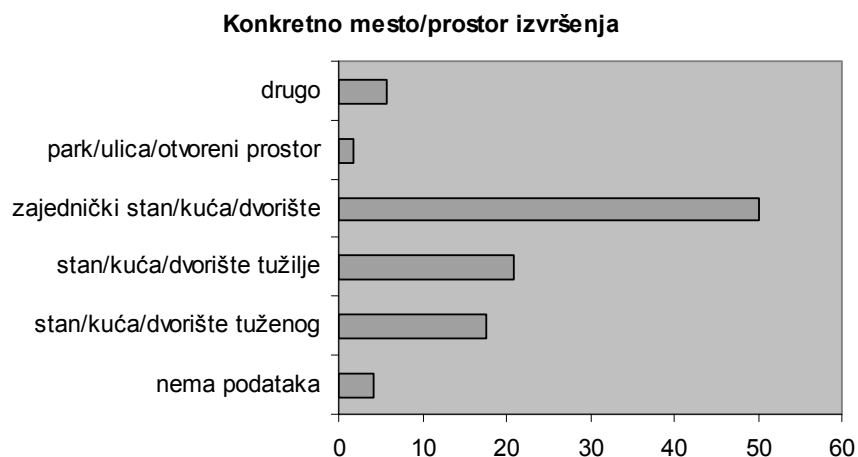
6. Карактеристике извршеног насиља

Према подацима из испитиваног узорка, у 75,2% случајева насиља у породици извршено је у граду. Село се јавља као место извршења насиља у 2,6% случајева, а приградско насеље у 22, 2%. У осталим предметима нема података о месту извршења насиља – графикон 12.



Графикон 12.

Место насилног догађаја је исто као и место становања у 97,4% случајава. При томе је у више од половине предмета насиље извршено у заједничком стану/кући тужиље/тужиоца и туженог/тужене (51,7%⁹, док је у 21,6% предмета насиље извршено у стану/кући тужиље/тужиоца, а у 18,1% у стану/кући туженог/тужене. У јавном простору извршено је тек 1,7% насиља у испитиваном узорку – графикон 13.



Графикон 13.

Средства извршења физичког насиља су различита: коришћење одређених делова тела и предмета, хладног оружја (нож, секира) и ватреног оружја (пиштољ). Поред песнице, шаке, ноге, најчешће коришћени предмети и оруђа за вршење насиља су: мотка, дрвени штап, пендрек, штап за пецање, делови намештаја, каиш, пластични балон, гумена палица, пуњена бакарна жица и др.

За разлику од ранијег истраживања процесуираних кривичних дела насиља у породици, која су показала да највећи број извршилаца не болује од алкохолизма и да највећи број њих није био у алкохолисаном стању у време извршења дела, истраживање парничних предмета који се односе на заштиту од насиља у породици показују да је међу 120 тужених, њих 50 било у алкохолисаном стању у време извршења дела, што чини 41,7% у укупном узорку – графикон 14.



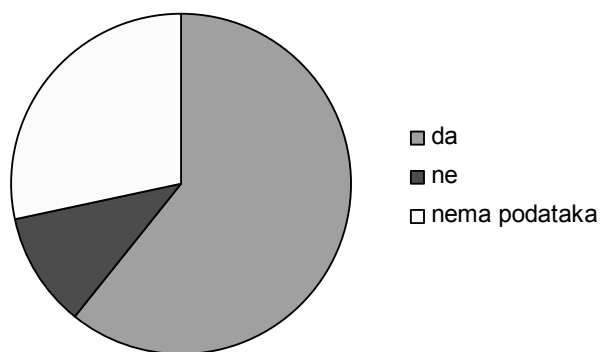
Графикон 14..

Под дејством дроге у време извршења насиља било је 3,5% тужених. Остали тужени/тужене нису били под дејством дроге (27,4%) или о томе нема података у предметима (69%) Индикативан је податак да је у скоро 1/3 случајава насиља тужени имао оружје (28,3%), што указује на велики степен опасности насиља и угрожености жртава.

Изузетно је забрињавајућа околност да је међу туженима који су имали оружје чак 19,5% оних који су га употребили приликом извршења насиља према члановима породице.

Једна од уочених карактеристика насиља поводом којег су вођени поступци за заштиту од насиља у породици огледа се у томе да је оно вршено пред сведоцима у чак 68,9% случајева, док само у 12,3% случајева извршење насиља није извршено у присуству трећих лица, односно сведока – графикон 15.

Svedoci/posmatrači nasilja



Графикон 15.

Прикупљени подаци из истраживаног узорка потврђују да акти насиља према члановима породице нису изоловани инциденти, већ учестали акти који указују на постојање обрасца злостављања, које се дешавало у дужем временском периоду. У преко 50 предмета тужиље/тужиоци су у тужби навеле да су жртве континуираног насиља.

Према подацима из предмета, насиље према брачним и ванбрачним партнерима веома често је вршено у присуству деце. Малолетна деца су присуствовала извршењу насиља у чак 63,4% случајева. То, заправо, значи да је број жртава насиља у породици знатно већи у односу на број тужиља/тужилаца који су у односу на себе тражиле одређивање мера заштите од насиља у породици, будући да су деца индиректне жртве насиља. У појединим случајевима, насилници су деца наређивали да напусте просторију како не би присуствовали извршењу насиља, мада су деца била у прилици да чују вику и запомагање жртве, најчешће њихове мајке.

Симптоматично је да у многим случајевима партнерског насиља који су обухваћени узорком родитељ деце (најчешће мајке) пропуштају да траже одређивање мера заштите у односу на децу иако су и деца непосредне жртве насиља које тужени врши, што је видљиво из података наведених у самом реферату тужбе. С друге стране, ни у једном предмету суд није по службеној дужности одредио меру заштите од насиља према деци, макар у виду забране даљег узнемиравања, иако је из списка предмета видљиво да су деца биле жртве насиља.

Непосредни мотив извршења насиља у породици није било могућно утврдити у свим предметима. Према расположивим подацима, као мотиви за извршење дела наведене су следеће околности: љубомора, сазнање да је

жртва покренула бракоразводну парницу, сазнање да је жртва покренула поступка за деобу брачне тековине, напуштање туженог, немогућност туженог да прихвати развод, немогућност туженог да прихвати одлазак тужиље, сумња у прељубу тужиље, незадовољство одлуком суда о начину одржавања личних контаката са заједничким дететом тужиље и туженог, неприхватање чињенице да је тужена постала члан „Јеховиних сведока“, настојање да се тужени принуди да напусти стан, настојање да се тужени принуди да стан у личној својини поклони заједничком детету, незадовољство оценама тужиоца/малолетног детета, незадовољство понашањем малолетног тужиоца/детета, покретање парнице за деобу брачне тековине од стране тужиоца и др.

Облици и видови насиља којима су тужиље биле изложене веома су разноврсни: физичко насиље (дављење, шутирање, шамарање, увртање руке, чупање косе, ударање песницама и разним предметима по телу, покушај наносења телесних повреда ножем и другим предметима и др.), психичко малтретирање, са широким дијапазоном радњи извршења економско (продавање ствари из куће, одузимање платних картица, ускраћивања хране, трошење новца само за личне потребе, ускраћивање средстава за издржавање и др.).

Физичко насиље вршено је на различите начине, међу којима су: чупање косе, ударање песницама и рукама по глави и телу, гађање шерпом пуном вреле супе, ударање по глави, завртање врата, дављење, шутирање, шамарање, извртање руке, цепање гардеробе са тела, ударање каишем, гађање разним предметима, стезање око врата, ударање песницом у пределу груди и уста, ударање по леђима, ударање песницама по грудном кошу, ударање жртве по рукама, бацање жртве на под, чупање косе, ударање оклагвијом по ногама, итд.

Психичко насиље извршавано је псовањем, подсмевањем, упућивањем оптужби тужиљи/жртви да трује туженог, вређањем погрдним именима („курва“, „фукса“, „дебил“, „лудача“ и др), избацивањем из стана, претњом да ће запалити кућу, свакодневним узнемиравањем телефоном и СМС порукама, претњама да ће убити жртву, претња „да ће жртву тући тако да ће три месеца лежати у кориту“, плувањем, претњама да ће заклати тужиљу, малолетно дете, целу породицу, забрањивањем да тужиља/жртва виђа мајку, забрањивањем тужиљи да излази из куће, закључавањем тужиље на тераси, забрањивањем коришћења купатила и других заједничких просторија, забрана коришћења покућства, забрањивањем тужиљи да заснује радни однос, зидањем преградног зида у кући како би тужиљи онемогућио коришћење WC-а и кухиње, искључивањем струје, контролисањем разговора, ограничавањем кретања, забрањивањем контаката са пријатељима и родитељима, разбијањем ствари по кући, присиљавањем тужиље на сексуални однос, уништавањем личних ствари тужиље, буђењем у току ноћи, довођењем пијаних пријатеља у кућу у ноћним часовима и др.

Анализа описа извршених дела показује да је насиље понекад веома брутално, што илуструју следећи примери:

У налазу здравствене установе којој је тужена обратила након извршеног насиља, констатовано је да је тужена од задобијених батина „задобила повреде од удараца у грудни кош и повреде дојки, а током насиља дошло је до неконтролисаног пражњења бешике код тужиле“.

Тужени, ранији супружник тужиле и отац заједничке деце, „ноћу долази код тужиле и лупа на врата куће и прети им да ће их убити. (...) разбио је прозор а тужиле је успела да побегне. (...) пресекао је своје малолетне ћерке на улици и колима кренуо на њих, претећи им да ће им убити мајку“.

Тужени, ранији супружник тужиле, „називао је тужилу погрдним именима (курва, фукса) и претио јој је да ће је сравнити са земљом, да ће је сахранити, да ће јој кичму поломити (...), присиљавао је на сексуалне односе, говорио јој је да је фригидна, да није ни за шта. (...). због претње убиством (насрнуо је ножем на тужилу, ставивши нож тужиле испод грла), тужиле је напустила кућу и отишла у Сигурну кућу, а касније код својих родитеља“.

Тужени, ранији супружник тужиле, „не плаћа издржавање за дете, узима дете и не враћа га на време, шаље СМС поруке и узнемирава тужилу и чланове њене породице, којима каже да се тужиле дрогира и проституише, прети да ће ставити дрогу у торбу тужиле па ће завршити у затвору и добити отказ, претио да ће тужиле убити брата и силовати сестру, да ће отети дете...“

Тужени је тужиле више пута наносио телесне повреде. (...) „задобила је вишеструке преломе руке, ребара, повреду ока и хематоме по целом телу“.

Према подацима из тужбе, „тужени је бацрио тужилу на под и тукао је, завртао јој је руку и претио пред децом да ће је убити, због чега је једно од малолетне деце изгубило свест“.

У једном предмету тужени је „физички напао тужилу, при чему јој је одгризао парче носа, тако да је била месец дана у болници. Држао затворену неколико дана, после чега је она побегла код сестре (...). Тужиле је „у сталном страху јер прети да ће је отети и унаказити јој лице и убити“.

У једној тужби тужиле је навела да јој је „тужени претио смрћу, давио је шакама, шаком јој затворио уста, ушла ћерка да је брани, а он је ухватио малолетну ћерку за леђа, догурао до кревета и ставио јастук преко лица и обема претио да ће их убити“.

У испитиваном узорку највећи број тужених оспорио је извршење насиља, негирајући истинитост чињеница наведених у тужби и основаност тужбеног захтева (54,3%). Само 9,5% тужених не изражава кајање и сматра свој поступак адекватним, док 4,8% тужених има неодређен однос према извршеном делу. У оним предметима у којима се тужени није изјаснио о

основаности тужбеног захтева (због одбацивања или повлачења тужбе), остало је непознато какав је однос тужених према делу насиља. Слични налази су и у погледу друготужених: од три друготужена, два оспоравају извршење насиља, а један изражава стварно жаљење и/или кајање.

7. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици

7.1. Заступање странака

У испитиваном узорку већина тужиља/тужилаца није имала пуномоћника, адвоката (59,6%), док је 40,4% њих имала. Много је, међутим, већи проценат тужених који су имали адвоката (69,1%): њихов број је за 10,0% већи од броја тужиља/тужилаца које су имале адвоката. Овај податак упућује на закључак да су тужени/тужене у нешто бољој материјалној ситуацији и да су у могућности да плате адвоката.

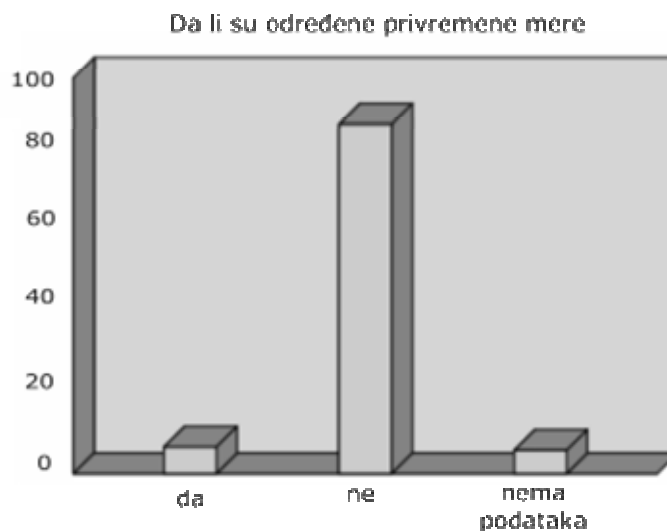
7.2. Ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка

Занемарљиво мали број тужиља/тужилаца ослобођен је претходног плаћања трошкова поступка (2,7%), што је резултат малог броја оваквих захтева. При томе је бесплатни законски заступник тужиљи/тужиоцу постављен само у два предмета, што чини занемарљивих 1,8% случајева.

Релативно је мали број неуредних тужби (13 од укупно 104). Томе доприноси чињеница да је релативно велики број тужиља/тужилаца ангажовало адвоката, као и чињеница да су многим тужиљама/тужиоцима тужбу састављале општинске службе правне помоћи или правна саветовалишта невладиних организација, (најчешће је то чинило правно саветовалиште Аутономног женског центра).

7.3. Захтев за одређивање привремених мера

Према подацима из анализираних предмета, тужиље/тужиоци веома ретко користе законску могућност да траже одређивање привремених мера у парницама за заштиту од насиља у породици. У скоро 90% предмета тужиље/тужиоци нису тражиле одређивање привремених мера, мада је у многим предметима, имајући у виду чињенично стање, постојала потреба за овим видом провизорне заштите. Само у 10,1% случајева од суда је тражено да одреди привремену меру – графикон 16.



Графикон 16.

Иако се не може са сигурношћу знати зашто тужиље/тужиоци пропуштају могућност истицања захтева за одређивање привремених мера, разлози су, вероватно, погрешно веровање тужених да ће поступак у парници за заштиту од насиља у породици, који је заснован на начелу нарочите хитности, релативно кратко трајати. С друге стране, може се претпоставити да тужени/тужене нису информисани о могућностима и условима под којима суд може одредити привремене мере. Охрабрује чињеница да је у највећем броју предмета у којима је истакнут захтев за издавање привремених мера (у 12 предмета) суд овај захтев и усвојио (у 8 предмета). Треба, међутим, имати у виду да се мере, по правилу, односе на начин вршења родитељског права (поверавање деце на чување и васпитавање и издржавање деце).

7.4. Одлагање рочишта

У испитиваним предметима, у највећем броју поступака одржано је једно рочиште, што чини 36, 5% предмета, два рочишта су одржана у 28,1% предмета, а четири у 13,5% предмета.

Одлагање рочишта за расправу била је релативно честа појава у анализираним предметима. У чак 78 предмета, што чини 65% укупног броја предмета дошло је до одлагања рочишта. Од тога је у 37 предмета (30,8%) одложено једно рочиште, два рочишта у 16,7% предмета, три рочишта у 10,0% предмета, док је у једном предмету одложено чак десет рочишта. .

Одлагање рочишта најчешће је узроковано потребом да се отклоне процесни недостаци (34,2%), недоласком туженог/тужене (17,5), немогућношћу да се изведе планирана делатност (недолазак сведока, недолазак

социјалног радника, лекара вештака, кашњење центра за социјални рад са слањем мишљења и др.). Међу разлозима за одлагање рочишта у четири предмета појављује се спреченост председника већа, у једном предмету као разлог за одлагање рочишта јавља се и нестанак струје, а у једном дојава да се у суду налази бомба, што је довело до привременог обустављања рада у суду.

7.5. Повлачење тужбе

Изузетно је висок проценат предмета у којима је дошло до повлачења тужбе (39,7%). Који су разлози мотивисали тужиље/тужиоце да повуку тужбу, није могуће утврдити из списка предмета. Само из неколико предмета видљиво је да је разлог за повлачење тужбе наводно обећање туженог/тужене да више неће вршити насиље, односно изјава тужиље/тужиоца да су међу странкама успостављени складни односи.

У појединим од анализираних предмета до повлачења тужбе дошло је после разговора који је са странкама вођен у центру за социјални рад. Срећу се и предмети у којима је садржано обавештење центра за социјални рад да „тужиља одустаје од тужбеног захтева, јер се са супругом договорила око свих битних питања и у том периоду се не осећа угроженом“ или обавештење, без икаквог образложења, у коме се само наводи да је „тужиља повукла тужбу“.

7.6. Преиначење тужбе

У испитиваном узорку само четири тужиље/тужиоца преиначиле су тужбу, тражећи друге мере заштите у односу на оне које су истакнуте у тужби, што чини 3,6% свих парница из узорка.

7.7. Извиђање

У анализираним предметима, најчешће извођени докази у току поступка били су: саслушање странака, читање извештаја центра за социјални рад, читање извештаја МУП-а, читање медицинске документације и лекарских извештаја, читање приватних исправа, салушање сведока, судско-медицинско вештачење и др.

Само мали број тужених признао је тужбени захтев (9,8%), док су га остали у целини оспорили. Међутим, знатно је већи број тужених који су у току поступка признали поједине чињенице на којима су тужиље/тужиоци засновале свој захтев (28,3%).

У току поступка међу туженима у испитиваном узорку који нису негирали само извршење насиља, њих 18,1% пребацило је одговорност на тужиљу/жртву, 1,9% кривило је и себе и жртву, док само 2,0% прихватило сопствену одговорност.

Суд је у великом броју предмета тражио мишљење органа старатељства о сврсисходности мере заштите од насиља у породици (39, 2%).

У испитиваном узорку центар за социјални рад упутуо је суду укупно 35 мишљења у погледу сврсисходности мера. Садржина мишљења показује да се у највећем броју случајева центар за социјални рад изјаснио у прилог одређивању тражених мера заштите, сматрајући их целисходним или чак нео-пходним. У једном предмету, међутим, центар за социјални рад је у свом мишљењу навео да је потребно одредити мере заштите, али не ради заштите тужиље/тужиоца, већ туженог, налазећи да је тужена странка жртва насиља. Међутим, релативно су ретки дописи центра за социјални рад у којима је стручно мишљење о сврсисходности мере заштите образложено, уз навођење стручних процена, посебно стручне процене ризика од понављања насиља. Има, ипак, и неколико предмета у којима се центар за социјални рад изјаснио о мерама заштите које треба одредити, процењујући истовремено и степен ризика од понављања насиља.

С друге стране, у појединим дописима центра за социјални рад децидирано је препоручено одређивање конкретних мера, док је у неким само наведено да је потребно одредити мере заштите. Примећује се, такође, да је у неким дописима наведено не само мишљење о сврсисходности мере, већ се центар за социјални рад експлицитно изјаснио и о постојању насиља (нпр. „постоје елементи насиља”), или је квалификовао понашање туженог и извршене акте, изјашњавајући се да „не постоји насиље већ родитељски конфликт“. У чак пет предмета обухваћених узорком центар за социјални рад изразио је мишљење да не постоји насиље, већ да међу странкама постоји родитељски конфликт, те да не треба одређивати мере заштите од насиља у породици, већ уредити начин одржавања личних контаката родитеља са дететом, односно начин вршења родитељског права. У једном предмету мишљење центра било је да је брачни однос поремећен, да су сукоби и претње обострани и да нема места одређивању тражених мера заштите, док је у другом предмету мишљење центра за социјални рад било „да треба донети предложене мере заштите, али у односу на тужиоца”

О степену ефикасности центра за социјални рад у давању мишљења не могу се извести поуздани закључци: у појединим предметима центар је у року до месец дана од дана достављања захтева суда доставио суду своје мишљење о сврсисходности мере. Међутим, у неколико предмета на мишљење центра суд је чекао више од четири месеца, а у једном предмету чак годину дана.

Међу изворима информација и доказа који су центри за социјални рад суду ставили на располагање, најчешћи су били: службене белешке стручног тима, изјаве које су сви чланови породице дали пред центром за социјални рад, извештаји који садрже слободно изражено мишљење детета, извештаји који садрже налазе стручног тима центра за социјални рад о односима у породици и извршеном насиљу и др.

У пружању помоћи у прибављању доказа центри за социјални рад били су релативно ефикасни: један допис је суду упућен у року од 3 дана, један у року од 83 дана, с тим што је у просеку центрима за социјални рад било потребно између 40-60 дана.

У испитиваном узорку ретко је коришћена законска могућност постављања привременог заступника детету: само у два предмета суд је детету поставио привременог заступника, што показује да се установа привременог заступника као колизионог заступника у пракси још увек шире не примењује.

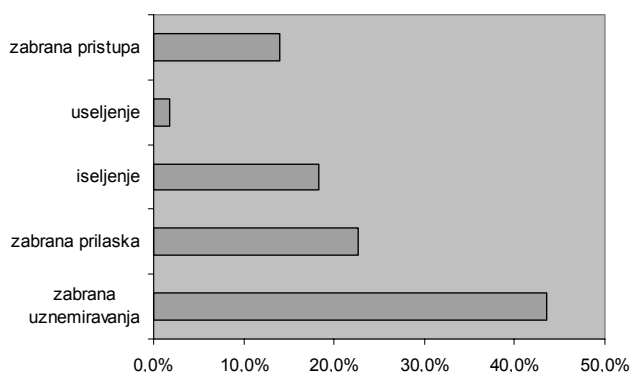
Кад је у питању остваривање права детета на слободно изражавање мишљења, седморо деце је остварило ово право, што је мали проценат у односу на укупан број предмета у којима странке имају заједничку малолетну децу.

7.8. Одлуке

Анализа садржине одлука које је суд донео показује да је у највећем броју предмета суд донео мериторну одлуку, док је само у 4,2% предмета одбацио тужбу, односно констатовао да се тужбе сматра повученом (32,2%).

У 44,1% предмета суд у целости усвојио захтев за пресуду, одредивши све оне мере заштите које је тужиља/тужилац тражила, док је у 11 предмета (9,3%) делимично усвојио тужбени захтев и одредио само неке од тражених мера. У седам предмета (5,9%) суд је одбио тужбени захтев, а у исто толико предмета суд је, поред тражених мера, одредио и меру коју тужиља/тужилац није тражила. У само једном предмету суд је одредио само меру коју тужиља/тужилац није тражила.

У погледу мера заштите које је суд одредио, у испитиваном узорку најчешће одређивана мера је забрана даљег узнемиравања (43,5%), мање је налога за иселјење туженог из заједничког стана/куће (18,3%), док је забрана приласка одређена у 22,6% случајева – графикон 17.



Графикон 17.

Кад је реч о временском периоду на који је мера одређена, у највећем броју парница у којима је одређена мера заштите, суд се определио да мера заштите траје годину дана. У случају одређивања више мера заштите, у свим предметима, изузев једног, мере заштите одређене су у истом временском трајању – на годину дана. Само у једном предмету суд је одредио да мера иселења туженог и мера уселења тужиље/тужиоца трају годину дана, а да забрана приближавања тужиљи/тужиоцу и забрана приступа у простор око њеног места становања трају шест месеци.

У погледу мера заштите којима се туженом забрањује приближавање и/или приступ око места рада и места становања тужиље/тужиоца, суд веома различито утврђује удаљеност испод које се тужени не сме приближити тужиљи, односно удаљеност од места становања и/или места рада тужиље испод које се тужени не сме приближавати (заштићени простор). У истраживаном узорку предмета ова удаљеност креће се од 50 метара до једног километра, при чему је најчешће одређивана удаљеност од 100, 300 и 500 метара. На основу садржине образложења пресуда, може се закључити да суд мало пажње поклања процени степена ризика од понављања насиља. Такође, у пресудама у којима су издате мере забране приближавања, односно мере забране приступа, суд, по правилу, не образлаже којим се разлозима руководи приликом одређивања удаљености испод које се тужени не сме приближавати тужиљи, односно приступати у простор око његовог места становања/рада.

Приликом доношења кондемпнаторних пресуда којима тужиоцу налаже иселење из стана, суд ретко одређује краћи у односу на општи рок за извршење чинидбе; само у два случаја суд је наложио туженом да се исели из стана у року од 24 часа.

У анализираним предметима у којима је суд наложио туженом иселење из стана/куће, најчешће се радило о стану који је у заједничкој својини странака (12 случајева). У девет случајева стан, односно кућа били су у искључивој својини тужиоца, само у два случаја у својини трећег лица (стан у својини мајке тужиље/тужиоцима и стан у својини родитеља туженог, а у једном случају стан је био у својини тужиоца и родитеља туженог). Налог за иселење из стана само у једном случају односио се на стан у искључивој својини туженог.

Анализа предмета показује да суд релативно ретко одређује меру заштите ако тужилац не тражи такву меру, чак и она кад центар за социјални рад у свом мишљењу износи став да је целисходно одређивање одређене мере.

Садржина донетих судских одлука очигледно показује да судови нерадо користе своја официјелна овлашћења, која им законодавац признаје у настојању да створи процесне услове за пружање адекватне и целовите заштите жртавама насиља у породици (чл. 287. ПЗ). На овакав закључак

упућује чињеница да се приликом одређивања мера суд углавном креће у границама тужбеног захтева. Иако суд није везан границама тужбеног захтева и може одредити меру заштите од насиља у породици коју тужилац/тужилац није тражила, ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита члана породице према коме је насиље извршено, само у једном предмету одређена је мера коју тужилац/тужилац није тражила, а да се њоме јаче ограничавају права туженог; у оним малобројним предметима у којима се суд кретао изван граница тужбеног захтева одређене су мере којима се туженом ограничавају права у мањем интензитету. Најчешћа мера коју је суд издао користећи законско овлашћење да изда меру коју тужилац/тужилац није тражила јесте мера забране даљег узнемиравања.

Запажена је и појава да после делимичног повлачења тужбе у погледу одређених мера заштите суд по аутоматизму престаје да испитује да ли, евентуално, има места да се одреде управо оне мере у погледу којих је тужилац повукла тужбу. Иако су различити разлози и мотиви одустајања тужилаца од захтева за одређивање појединих мера заштите, може се претпоставити да је у појединим случајевима одустајање резултат разноврсних притисака којима су тужилце изложене, што би суд, користећи своја истражна овлашћења, у многим случајевима могао да утврди.

У релативно великом броју предмета суд је одбио захтев тужилце којим је тражено од суда да туженом наложи исељење из заједничког стана, односно куће. У неким од ових предмета прибављено је мишљење центра за социјални рад, у коме се недвосмислено наводи да је мера исељења из заједничког стана, односно куће целисходна и да се њоме може предупредити даље испољавање насиља, будући да је ниво ризика од понављања насиља веома висок. Из образложења пресуде није могуће утврдити којим се стварним разлозима суд руководио приликом доношења одлуке којом је одбио захтев за издавање налога за исељење из стана односно куће.

У појединим предметима суд је одбио да изда тражене мере заштите, изузев мере забране даљег узнемиравања, упркос томе што је тужени константно испољавао насиље и што се центар за социјални рад децидирано изјаснио у прилог траженим мерама заштите.

У анализираним предметима срећу се судске одлуке којима је суд одбио захтев за одређивање тражене мере заштите, налазећи да тражена мера није адекватна, при чему је пропустио да одреди неку другу адекватну меру, иако је у поступку утврђено да је тужени извршио акте (психичког) насиља. Тако је у једном предмету суд одбио захтев којим је тужилац тражила да се туженом наложи исељење из заједничког стана, наводећи у образложењу пресуде да „из изведених доказа није несумњиво утврђено да је на описане начине тужени извршио насиље“. У овом предмету одређено је и вештачење странака. У налазу вештака констатовано је „да се не може тачно одредити која од странака проузрокује импулсивно понашање друге стране, али су

њихова понашања међусобно повезана“. Суд је у образложењу пресуде навео да се пред надлежним судом води поступак за деобу имовине, коју чини стан. С обзиром да је утврђено „импулсивно понашање“, које странке „испољавају једна према другој“, имало је места одређивању мере забране даљег узнемиравања, како у односу на тужиоца, тако и у односу на тужиљу.

Забрињавајућа је чињеница да се приликом одређивање мере заштите у виду налога за исељење из заједничког стана/куће, у случајевима када странке имају заједничку малолетну децу, не уређује начин одржавања личних контаката родитеља коме је наложено исељење са малолетном децом, што подразумева и могућност да се забрани одржавање личних контаката, ако је таква мера неопходна ради заштите интереса детета.

Диспозитиви пресуда којима је суд одређује мере заштите од насиља у породици углавном су коректно редиговани. У појединим пресудама образложења нису детаљна, посебно део образложења у којем суд износи разлоге за своју одлуку. Редакција дела образложења у коме суд износи стање ствари своди се, веома често, на шкрту репродукцију припремних поднесака и расправног записника. Образложења појединих судских пресуда не пружају увек потпуно верну слику стања ствари, а из појединих образложења не може се уопште утврдити којим се разлозима суд руководио приликом доношења пресуде. Уместо стварних побуда и мотива који су суд определили да одлучи на одређени начин, образложење пресуда, не ретко, садржи само лоше формулисану фразу типа: „Суд је ценио изведене доказе, па је нашао да је основан захтев тужиоца да се одреди мера заштите“. Оваква садржина одлука не пружа могућност странкама да се упознају са разлозима одлуке о оцене њену законитост, нити је, у случају изјављивања жалбе, другостепени суд у могућности да ваљано обави истинску контролу материјалне и материјалноправне исправности пресуде.

7.9. Урачунавање временаведеног у притвору и затвору

У анализираним предметима ретко се јављала потреба за применом одредбе чл. 198. ст. 4. ПЗ, којом је прописано да се времеведено у притвору, као и свако лишење слободе у вези с кривичним делом, односно прекршајем урачунава у време трајања мере заштите од насиља у породици. Само у 8% случајева суд је урачунао времеведено у притвору, односно затвору у време трајање одређене мере заштите.

7.10. Трошкови поступка

Висина трошкова поступка коју је суд утврдио веома је различита и креће се у распону од 2.600 динара до чак 203.900 динара, што зависи од низа фактора: од тога да ли странке у парници имају адвокате, од број заказаних и

одржаних рочишта, од броја и врсте изведених доказа и др. У погледу одлуке о коначном сношењу трошкова поступка, суд се релативно често опредељује за одлуку којом налаже да свака странка сноси своје трошкове. У чак 20 предмета суд је донео одлуку овакве садржине. Остале одлуке о трошковима донете су према принципу успеха у парници.

7.11. Жалба

У укупном истраживаном узорку жалба је изјављена против 31% одлука. Странке су се одрекле права на жалбу само у једном предмету, у једном предмету жалбу су изјавили и тужила и тужени, у четири предмета жалбу је изјавила тужила, а у 22 предмета тужени. У већини жалби жалиоци су се позивали на сва три жалбена разлога: због битне повреде одредаба парничног поступка, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања и због погрешне примене материјалног права.

Судећи према броју укинутих пресуда, може се рећи да је материјална, материјалноправна и процесна исправност првостепених пресуда на незадовољавајућем нивоу. Наиме, од укупно 25 пресуда против којих је изјављена жалба, 11 су потврђене, док је 11 укинута и предмет враћен првостепеном суду на поновно суђење, с тим што је поступак по жалби против три пресуде у време окончања истраживања још увек био у току.

7.12. Трајање поступка

Према подацима из анализираних предмета, поступак у парницама релативно дуго траје, упркос томе што је овај поступак заснован на начелу нарочите хитности.

Трајање поступка праћено је у 104 предмета, колики је број вођених поступака. Због различитог тока поступка, праћено је трајање поступка у неколико сегмената. У оним случајевима где је дошло до повлачења тужбе или доношења решења да се тужба сматра повученом, праћено је трајање поступка од подизања тужбе до заказивања првог рочишта и од подизања тужбе до момента повлачења тужбе или доношења решења да се тужба сматра повученом. У 38 предмета или 36,5% тужба је била повучена или се сматрала повученом или је била одбачена (5 случајева) због неотклањања недостатака у тужби. Прво рочиште је било заказано у 29 предмета.

У оним случајевима где је тужба повучена или се сматра повученом или је била одбачена, прво рочиште је заказано најчешће у року од 20-30 дана (37,9%), затим од 10-20 дана (31,0%), а преко 4 месеца 3,4%. Од подизања до повлачења тужбе прошло је 1-3 месеца у највећем броју случајева 42,1%, најдуже је прошло 8 месеци у 7,8% случајева.

Други сегмент посматрања трајања поступка односио се на неправоснажне предмета где није подношена жалба. Таквих предмета је било 11 или 10,6%. Од подизања тужбе до заказивања првог рочишта у овим случајевима прошло је до 30 дана у највећем броју предмета – 63,6% и 1-2 месеца – 27,3%, што показује да је суд био прилично ефикасан. Међутим, када се посматра трајање поступка од подизања тужбе до доношења првостепене пресуде, у највећем проценту трајање поступка је износило од 3-4 месеца. Знатно је мањи број предмета у којима је поступак трајао од 4 месеца до године дана и преко 2 године – 9,1%.

Трећи сегмент посматрања трајања поступка обухватио је правоснажне пресуде на које је била уложена жалба и донета другостепена пресуда. Таквих предмета било је 14 или 13,5%. Од подизања тужбе до заказивања првог рочишта у овим предметима прошло је до 30 дана – 64,3% и преко 1 месеца – 35,7%. Од подизања тужбе до првостепене пресуде прошло је најчешће од 5 месеци до 1 године – 42,9% или од 2-5 месеци – 35,7%. Другостепена пресуда је у највећем проценту донета после протеча 1-2 године – 50,0%. Толики временски период је требало да прође и до наступања правоснажности у највећем броју случајева – 50%.

Четврти сегмент посматрања биле су предмети са правоснажним пресудама на које није улагана жалба. Таквих предмета било је највише 43 или 41,3%. У овим предметима запажено је да је прво рочиште заказивано у року од 30 дана у највећем броју случајева – 33 или 76,7%, као и у року од 1-2 месеца – 16,3%. Од подизања тужбе до доношења првостепене пресуде најчешће је прошло 1 до 2 месеца – 39,4%, али је значајан проценат пресуда донет по протеклу 7 месеци до годину дана – 16,3%. Примећено је да је у једном броју случајева протекло неколико месеци од последњег рочишта на коме је била закључена главна расправа до израде писменог отправака пресуде.

Закључна разматрања

- Поступак за заштиту од насиља у породици најчешће су покретале особе женског пола (85,3%), док су у знатно мањем проценту (14,7%) то чиниле особе мушког пола.
- Међу тужилама/жртвама доминирају особе узраста 33-40 година (24,2%), док је најмање оних од 18 до 25 година живота (4,2%). Релативно је висок проценат малолетних тужилаца/жртва (10,8%).
- Највећи број тужилаца/тужилаца у време подизања тужбе био је разведен (28,3) или је још у браку (27,4%), при чему 12,4% тужилаца/тужилаца је правну заштиту од насиља затражило док је још увек трајала парница за развод брака, а 10,6% њих је у време подизања тужбе било растављено, мада брак формално није разведен.

- Доминантан облик насиља у породици у Србији јесте насиље међу интимним партнерима (брачно насиље, насиље међу растављеним и разведеним партнерима).
- Највећи број тужила/тужилаца (48,9%) има двоје деце, док је нешто мањи број оних без деце (32,6%). Остале тужиле/тужиоци имају троје и више деце.
- Тужиле/тужиоци су најразличитијих занимања и степена образовања.
- Највећи број тужила/тужилаца има средње образовање – 22,6%, са вишим и високим образовањем је 7,8%, док је чак 9% магистара и доктора наука. Само основну школу завршило је 8,7% тужила/тужилаца. Међу тужилама/тужиоцима доминирају особе са средњошколским образовањем.
- Највећи број тужила/тужилаца је запослен (24,6%), док је незапослених који траже посао 15,3%. Ипак, ако се незапосленима придода број оних који су на принудном одмору или су технолошки вишак, као и број домаћица, пензионера и студената, проценат оних који не раде знатно је већи.
- Највећи број тужила/тужилаца рођен је у граду (73,8%), док је знатно мањи број рођен у селу (17,8%).
- Тужиле/тужиоци су у највећем проценту имали пребивалиште у граду и приградским насељима. Само 1,7% тужила/тужилаца имало је пребивалиште у селу.
- Мали је проценат тужила/тужилаца који припадају категорији избеглица и расељених лица (3,4%).
- Ниједна тужила/жртва није имала оружје, нити је била у алкохолисаном стању у време извршења насиља, нити су били под дејством наркотика.
- Међу туженима преовлађују особе мушког пола (88,3%), док су особе женског пола заступљене у знатно мањем проценту (11,7%).
- Особе женског пола појављују се као тужени/тужене углавном у предметима који се односе на насиље међу сродницима и члановима шире породичне заједнице.
- Тужени/тужене су у испитиваном узорку у највећем проценту са пребивалиштем у граду (79,8) и приградским насељима (27,4%). У селу живи само 1,8% тужених.
- Близу 80% тужених рођено је у граду и приградским насељима, а око 15% тужених у селу.
- Међу туженим, највећи је број оних у узрасту од 41-48 година (24,1%), нешто је мањи број оних у узрасту 33-40 (19,0%), док је оних старости 49-56 15,5%. Тужени од 18-32 године чине укупно 6,1% у испитиваном узорку, а занемарљиво мали је број тужених преко 65 година

- Међу туженим преовлађују разведене особе (33.6%); нешто је мањи проценат тужених који су у браку (26.1%), а исти је проценат тужених који су у време вођења поступка растављени односно код којих је бракоразводна парница у току (10,9%).
- Највећи број тужених у испитиваном изорку има двоје деце (43,4%), 33,0% једно дете, а троје деце има 13,2% тужених.
- Тужени су, као и тужиље, веома различитих занимања, тако да није могућно утврдити које је занимање међу њима најзаступљеније.
- Највећи број тужених у испитиваном узорку има завршену средњу школу (22,7%), затим вишу школу или факултет (3,4%), док је подједнак број тужених са незавршеном и завршеном основном школом и оних који имају звање магистра, односно доктора наука (2,5%).
- Међу туженима за које у списима предмета има података о запослењу, највише је запослених (38,3%), док је знатно мањи проценат незапослених особа које траже посао (10,0%).
- Занемарљив је број тужених са статусом избеглог, односно расељеног лица (1,1%).
- Између извршилаца и жртава у време извршења дела постојао је брачни однос (31,7%), односно ванбрачни однос (5,8%) или су били разведени – 35,8%. Поред овог односа, најзаступљенији је родитељски однос (отац/мајка су жртве/тужиље, а син/ћерка су тужени/извршиоци) – 20,8%.
- Знатно је већи проценат предмета у којима се родитељи појављују као тужиоци који траже одређивање мера заштите од насиља које над њима врше њихова деца. Ова појава може се објасити тиме да родитељи нису склони вођењу кривичног поступка против деце и да у случајевима насиља које над њима врше њихова деца радије траже одређивање породичноправних мера заштите од насиља у породици.
- Деца се појављују као тужиоци, а њихов родитељ као тужени/извршилац у 11,7% предмета.
- У 64,5% случајева тужиља/тужилац и тужени/тужена имају заједничку малолетну децу, што је и разумљиво, будући да у узорку преовлађује партнерско насиље. У 32, 7% случајева странке немају заједничку децу, док у 2,7% случајева није познато да ли странке имају заједничку малолетну децу.
- У скоро свим случајевима тужени/тужене су и раније испољавали насиље према тужиљама/тужиоцима, што значи да је насиље вршено континуирано у дужем временском периоду. Континуитет у испољавању насиља постоји и када је у питању насиље према деци.

- Највећи број тужених у испитиваном узорку пријављивао је раније акте насиља; само у 4,2% случајева тужиле/тужиоци нису пријављивали насиље. Насиље је најчешће пријављивано полицији (54,2%), при чему је кривични поступак покренут у само 14,2 % случајева.
- Око 70% тужила/тужилаца тражило је помоћ институција пре покретања парнице за заштиту од насиља у породици, док за њих 30% у списима предмета о томе нема података. Више од ¼ тужила/тужилаца (25,8%) тражило је помоћ од центра за социјални рад, а од медицинске установе њих 18,3%. Полицији се обратило 7,5% тужила/тужилаца, док је помоћ НВО тражило 15,8% тужила/тужилаца.
- У 75,2% случајева насиља у породици извршено је у граду. Село се јавља као место извршења насиља у 2,6% случајева, а приградско насеље у 22, 2% .
- Место насилног догађаја је исто као и место становања у 97,4% случајева. У више од половине предмета насиље извршено у заједничком стану/кући тужиле/тужиоца и туженог/тужене (51,7%⁹, док је у 21,6% предмета насиље извршено у стану/кући тужиле/тужиоца, а у 18,1% у стану/кући туженог/тужене. У јавном простору извршено је тек 1,7% насиља.
- Средства извршења физичког насиља су различита: коришћење одређених делова тела и предмета, хладног оружја (нож, секира) и ватреног оружја (пиштољ). Поред песнице, шаке, ноге, најчешће коришћени предмети и оруђа за вршење насиља су: мотка, дрвени штап, пендрек, штап за пецање, делови намештаја, каиш, пластични балон, гумена палица, пуњена бакарна жица и др.
- Међу 120 тужених, њих 50 било у алкохолисаном стању у време извршења дела, што чини 41,7% у укупном узорку.
- Под дејством дроге у време извршења насиља било је 3,5% тужених. Остали тужени/тужене нису били под дејством дроге (27,4%) или о томе нема података у предметима (69%) Индикативан је податак да је у скоро 1/3 случајева насиља тужени имао оружје (28,3%), што указује на велики степен опасности насиља и угрожености жртава.
- Изузетно је забрињавајућа околност да је међу туженима који су имали оружје чак 19,5% оних који су га употребили приликом извршења насиља према члановима породице.
- Насиље је вршено пред сведоцима у чак 68,9% случајева, док само у 12,3% случајева извршење насиља није извршено у присуству трећих лица, односно сведока.
- Малолетна деца су присуствовала извршењу насиља у чак 63,4% случајева. То, заправо, значи да је број жртава насиља у породици

знатно већи у односу на број тужиља/тужилаца који су у односу на себе тражиле одређивање мера заштите од насиља у породици, будући да су деца индиректне жртве насиља. У појединим случајевима, насилници су деци наређивали да напусте просторију како не би присуствовали извршењу насиља, мада су деца била у прилици да чују вику и запомагање жртве, најчешће њихове мајке.

- У многим случајевима партнерског насиља родитељ деце (најчешће мајке) пропуштају да траже одређивање мера заштите у односу на децу иако су и деца непосредне жртве насиља које тужени врши, што је видљиво из података наведених у самом реферату тужбе. С друге стране, ни у једном предмету суд није по службеној дужности одредио меру заштите од насиља према деци, макар у виду забране даљег узнемиравања, иако је из списка предмета видљиво да су деца биле жртве насиља.
- Непосредни мотив извршења насиља у породици није било могућно утврдити у свим предметима. Као мотиви за извршење дела наведене су следеће околности: љубомора, сазнање да је жртва покренула бракоразводну парницу, сазнање да је жртва покренула поступка за деобу брачне тековине, напуштање туженог, немогућност туженог да прихвати развод, немогућност туженог да прихвати одлазак тужиље, сумња у прељубу тужиље, незадовољство одлуком суда о начину одржавања личних контаката са заједничким дететом тужиље и туженог, неприхватање чињенице да је тужена постала члан „Јеховиних сведока“, настојање да се тужени принуди да напусти стан, настојање да се тужени принуди да стан у личној својини поклони заједничком детету, незадовољство оценама тужиоца/малолетног детета, незадовољство понашањем малолетног тужиоца/детета, покретање парнице за деобу брачне тековине од стране тужиоца и др.
- Физичко насиље вршено је на различите начине, међу којима су: чупање косе, ударање песницама и рукама по глави и телу, гађање шерпом пуном вреле супе, ударање по глави, завртање врата, дављење, шутирање, шамарање, извртање руке, цепање гардеробе са тела, ударање каишем, гађање разним предметима, стезање око врата, ударање песницом у пределу груди и уста, ударање по леђима, ударање песницама по грудном кошу, ударање жртве по рукама, бацање жртве на под, чупање косе, ударање оклагијом по ногама, итд.
- Психичко насиље извршавано је псовањем, подсмевањем, упућивањем оптужби тужиљи/жртви да трује туженог, вређањем погрдним именима („курва“, „фукса“, „дебил“, „лудача“ и др), избацивањем из стана, претњом да ће запалити кућу, свакодневном узнемиравању

телефоном и СМС порукама, претњама да ће убити жртву, претња “да ће жртву тући тако да ће три месеца лежати у кориту”, плувањем, претњама да ће заклати тужиљу, малолетно дете, целу породицу, забрањивањем да тужиља/жртва виђа мајку, забрањивањем тужиљи да излази из куће, закључавањем тужиље на тераси, забрањивањем коришћења купатила и других заједничких просторија, забрана коришћења покућства, забрањивањем тужиљи да заснује радни однос, зидањем преградног зида у кући како би тужиљи онемогућио коришћење WC-а и кухиње, искључивањем струје, контролисањем разговора, ограничавањем кретања, забрањивањем контакта са пријатељима и родитељима, разбијањем ствари по кући, присиљавањем тужиље на сексуални однос, уништавањем личних ствари тужиље, буђењем у току ноћи, довођењем пијаних пријатеља у кућу у ноћним часовима и др.

- Економско насиље се састојало у продавању ствари из куће, одузимање платних картица, трошењу новца само за личне потребе, ускраћивање средстава за издржавање и др.
- Анализа описа извршених дела показује да је насиље у појединим случајевима вршено на веома бруталан начин.
- Већина тужиља/тужилаца није имала пуномоћника, адвоката (59,6%), док је 40,4% њих имала. Много је, међутим, већи проценат тужених који су имали адвоката (69,1%): њихов број је за 10,0% већи од броја тужиља/тужилаца које су имале адвоката. Овај податак упућује на закључак да су тужени/тужене у нешто бољој материјалној ситуацији и да су у могућности да плате адвоката.
- Занемарљиво мали број тужиља/тужилаца ослобођен је претходног плаћања трошкова поступка (2,7%), што је резултат малог броја оваквих захтева. При томе је бесплатни законски заступник тужиљи/тужиоцу постављен само у два предмета, што чини занемарљивих 1,8% случајева.
- Релативно је мали број неуредних тужби (13 од укупно 104). Томе доприноси чињеница да је релативно велики број тужиља/тужилаца ангажовало адвоката, као и чињеница да су многим тужиљама/тужиоцима тужбу састављале општинске службе правне помоћи или правна саветовалишта невладиних организација, (најчешће је то чинило правно саветовалиште Аутономног женског центра).
- Тужиље/тужиоци веома ретко користе законску могућност да траже одређивање привремених мера у парницама за заштиту од насиља у породици. У скоро 90% предмета тужиље/тужиоци нису тражиле одређивање привремених мера, мада је у многим предметима, имајући у виду чињенично стање, постојала потреба за овим видом

провизорне заштите. Само у 10,1% случајева од суда је тражено да одреди привремену меру.

- У највећем броју предмета у којима је истакнут захтев за издавање привремених мера (у 12 предмета) суд овај захтев и усвојио (у 8 предмета). Мере се, по правилу, односе на начин вршења родитељског права (поверавање деце на чување и васпитавање и издржавање деце).
- У највећем броју поступака одржано је једно рочиште, што чини 36,5% предмета, два рочишта су одржана у 28,1% предмета, а четири у 13,5% предмета.
- У 78 предмета, што чини 65% укупног броја предмета дошло је до одлагања рочишта. Од тога је у 37 предмета (30,8%) одложено једно рочиште, два рочишта у 16,7% предмета, три рочишта у 10,0% предмета, док је у једном предмету одложено чак десет рочишта.
- Изузетно је висок проценат предмета у којима је дошло до повлачења тужбе (39,7%). Који су разлози мотивисали тужиле/тужиоце да повуку тужбу, није могуће утврдити из списка предмета. Само из неколико предмета видљиво је да је разлог за повлачење тужбе наводно обећање туженог/тужене да више неће вршити насиље, односно изјава тужиле/тужиоца да су међу странкама успостављени складни односи.
- У појединим од анализираних предмета до повлачења тужбе дошло је после разговора који је са странкама вођен у центру за социјални рад. Срећу се и предмети у којима је садржано обавештење центра за социјални рад да „тужиља одустаје од тужбеног захтева, јер се са супругом договорила око свих битних питања и у том периоду се не осећа угроженом“ или обавештење, без икаквог образложења, у коме се само наводи да је „тужиља повукла тужбу“.
- Само четири тужиле/тужиоца преиначиле су тужбу, тражећи друге мере заштите у односу на оне које су истакнуте у тужби, што чини 3,6% свих парница из узорка.
- У анализираним предметима, најчешће извођени докази у току поступка били су: саслушање странака, читање извештаја центра за социјални рад, читање извештаја МУП-а, читање медицинске документације и лекарских извештаја, читање приватних исправа, саслушање сведока, судско-медицинско вештачење и др.
- Само мали број тужених признао је тужбени захтев (9,8%), док су га остали у целини оспорили. Међутим, знатно је већи број тужених који су у току поступка признали поједине чињенице на којима су тужиле/тужиоци засновале свој захтев (28,3%).
- У току поступка међу туженима у испитиваном узорку који нису негирали само извршење насиља, њих 18,1% пребацило је

одговорност на тужиљу/жртву, 1,9% кривило је и себе и жртву, док само 2,0% прихватило сопствену одговорност.

- Суд је у великом броју предмета тражио мишљење органа старатељства о сврсисходности мере заштите од насиља у породици (39,2%).
- У испитиваном узорку центар за социјални рад упутоу је суду укупно 35 мишљења у погледу сврсисходности мера. У највећем броју случајева центар за социјални рад се изјаснио у прилог одређивању тражених мера заштите, сматрајући их целисходним или чак неопходним.
- У пет предмета обухваћених узорком центар за социјални рад изразио је мишљење да не постоји насиље, већ да међу странкама постоји родитељски конфликт, те да не треба одређивати мере заштите од насиља у породици, већ уредити начин одржавања личних контаката родитеља са дететом, односно начин вршења родитељског права.
- Ретко је коришћена законска могућност постављања привременог заступника детету: само у два предмета суд је детету поставио привременог заступника, што показује да се установа привременог заступника као колизионог заступника у пракси још увек шире не примењује.
- Кад је у питању остваривање права детета на слободно изражавање мишљења, седморо деце је остварило ово право, што је мали проценат у односу на укупан број предмета у којима странке имају заједничку малолетну децу.
- Анализа садржине одлука које је суд донео показује да је у највећем броју предмета суд донео мериторну одлуку, док је само у 4,2% предмета одбацио тужбу, односно констатовао да се тужбе сматра повученом (32,2%).
- У 44,1% предмета суд је у целости усвојио захтев за пресуду, одредивши све оне мере заштите које је тужиља/тужилац тражила, док је у 11 предмета (9,3%) делимично усвојио тужбени захтев и одредио само неке од тражених мера. У седам предмета (5,9%) суд је одбио тужбени захтев, а у исто толико предмета суд је, поред тражених мера, одредио и меру коју тужиља/тужилац није тражила. У само једном предмету суд је одредио само меру коју тужиља/тужилац није тражила.
- У погледу мера заштите које је суд одредио, у испитиваном узорку најчешће одређивана мера је забрана даљег узнемиравања (43,5%), мање је налога за иселење туженог из заједничког стана/куће (18,3%), док је забрана приласка одређена у 22,6% случајева.
- Кад је реч о временском периоду на који је мера одређена, у највећем броју парница у којима је одређена мера заштите, суд се определио да

мера заштите траје годину дана. У случају одређивања више мера заштите, у свим предметима, изузев једног, мере заштите одређене су у истом временском трајању – на годину дана. Само у једном предмету суд је одредио да мера исељења туженог и мера уселења тужиље/тужиоца трају годину дана, а да забрана приближавања тужиљи/тужиоцу и забрана приступа у простор око њеног места становања трају шест месеци.

- У погледу мера заштите којима се туженом забрањује приближавање и/или приступ око места рада и места становања тужиље/тужиоца, ова удаљеност креће се од 50 метара до једног километра, при чему је најчешће одређивана удаљеност од 100, 300 и 500 метара. При томе, суд мало пажње поклања процени степена ризика од понављања насиља нити образлаже којим се разлозима руководио приликом одређивања удаљености испод које се тужени не сме приближавати тужиљи, односно приступати у простор око његовог места становања/рада.
- Приликом доношења кондемпнаторних пресуда којима тужиоцу налаже исељење из стана, суд ретко одређује краћи у односу на општи рок за извршење чинидбе; само у два случају суд је наложио туженом да се исели из стана у року од 24 часа.
- Када је суд наложио туженом исељење из стана/куће, најчешће се радило о стану који је у заједничкој својини странака (12 случајева). У девет случајева стан, односно кућа били су у искључивој својини тужиоца, само у два случаја у својини трећег лица (стан у својини мајке тужиље/тужиоцима и стан у својини родитеља туженог, а у једном случају стан је био у својини тужиоца и родитеља туженог). Налог за исељење из стана само у једном случају односио се на стан у искључивој својини туженог.
- Суд релативно ретко одређује меру заштите ако тужилац не тражи такву меру, чак и она кад центар за социјални рад у свом мишљењу износи став да је целисходно одређивање одређене мере.
- Судови нерадо користе своја официјелна овлашћења, која им законодавац признаје у настојању да створи процесне услове за пружање адекватне и целовите заштите жртавама насиља у породици (чл. 287. ПЗ) и приликом одређивања мера суд углавном креће у границама тужбеног захтева. Запажена је и појава да после делимичног повлачења тужбе у погледу одређених мера заштите суд по аутоматизму престаје да испитује да ли, евентуално, има места да се одреде управо оне мере у погледу којих је тужилца повукла тужбу.
- У појединим предметима суд је одбио да изда тражене мере заштите, изузев мере забране даљег узнемиравања, упркос томе што је тужени константно испољавао насиље и што се центар за социјални рад децидирано изјаснио у прилог траженим мерама заштите.

- У анализираним предметима срећу се судске одлуке којима је суд одбио захтев за одређивање тражене мере заштите, налазећи да тражена мера није адекватна, при чему је пропустио да одреди неку другу адекватну меру, иако је у поступку утврђено да је тужени извршио акте (психичког) насиља.
- Приликом одређивање мере заштите у виду налога за исељење из заједничког стана/куће, у случајевима када странке имају заједничку малолетну децу, не уређује начин одржавања личних контаката родитеља коме је наложено исељење са малолетном децом, што подразумева и могућност да се забрани одржавање личних контаката, ако је таква мера неопходна ради заштите интереса детета.
- Само у 8% случајева суд је урачунао време проведено у притвору, односно затвору у време трајање одређене мере заштите.
- Висина трошкова поступка коју је суд утврдио веома је различита и креће се у распону од 2.600 динара до чак 203.900 динара, што зависи од низа фактора: од тога да ли странке у парници имају адвокате, од број заказаних и одржаних рочишта, од броја и врсте изведених доказа и др.
- У погледу одлуке о коначном сношењу трошкова поступка, суд се релативно често опредељује за одлуку којом налаже са свака странка сноси своје трошкове. У чак 20 предмета суд је донео одлуку овакве садржине. Остале одлуке о трошковима донете су према принципу успеха у парници.
- Жалба је изјављена против 31% одлука. Странке су се одрекле права на жалбу само у једном предмету, у једном предмету жалбу су изјавили и тужиља и тужени, у четири предмета жалбу је изјавила тужиља, а у 22 предмета тужени. У већини жалби жалиоци су се позивали на сва три жалбена разлога: због битне повреде одредаба парничног поступка, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања и због погрешне примене материјалног права.
- Од укупно 25 пресуда против којих је изјављена жалба, 11 су потврђене, док је 11 укинута и предмет враћен првостепеном суду на поновно суђење, с тим што је поступак по жалби против три пресуде у време окончања истраживања још увек био у току.
- Према подацима из анализираних предмета, поступак у парницама релативно дуго траје, упркос томе што је овај поступак заснован на начелу нарочите хитности. У предметима са правоснажним пресудама на које није улагана жалба којих је било 41,3% запажено је да је од подизања тужбе до доношења првостепене пресуде најчешће је прошло 1 до 2 месеца – 39,4%, али је значајан проценат пресуда донет по протеклу 7 месеци до годину дана – 16,3% од дана подношење тужбе.

Prof. Nevena Petrušić, LLD
Prof. Slobodanka Konstantinović-Vilić, LLD
Full Professors,
Faculty of Law, University of Niš

**THE NORMATIVE FRAMEWORK OF LEGAL PROTECTION
AGAINST FAMILY VIOLENCE IN THE SERBIAN FAMILY LAW
AND THE RESULTS OF THE RESEARCH ON THE JUDICIAL
PRACTICE IN BELGRADE COURTS**

Summary

In this paper, the authors present the theoretical framework of Family Law protection against family violence in Serbia and the results of the first phase of the empirical research which was aimed at providing a normative review, a critical analysis and an evaluation of the judicial practice stemming from the application of the family law protection measures, prescribed in the 2005 Family Act of the Republic of Serbia and applied in family violence cases. The research has included the court proceedings in lawsuits for the protection against family violence. These cases were tried before the courts in Belgrade either as first-instance proceedings or as adhesive proceedings (along with the divorce proceedings). The results of the research make it possible to observe the phenomenon of family violence and the need to determine relevant of family law protection measures, to enumerate the problems which occur in the judicial practice in the course of the court proceeding in lawsuits for the protection against family violence, and to get an insight into the efficiency and effectiveness of the mechanisms of family law protection against family violence.

Key words: family violence, lawsuit, proceeding, measures of protection against violence.

UDK: 347.65/.68

Др Наташа Стојановић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

ОСТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО УРАЧУНАВАЊЕМ ПОКЛОНА И ИСПОРУКА У ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИ ДЕО И НУЖНИ ДЕО*

Апстракт. Предмет пажње аутора у раду јесте институт *collatio bonorum*, сагледан у светлу остваривања и заштите права на нужни део нужних наследника. По мишљењу аутора, потпунијој заштити интереса нужних наследника могло би допринети и узимање у обзир, приликом утврђивања обрачунске вредности заоставштине, поклона учињених трећим лицима у дужем временском периоду од прописаног, појашњење правно-техничког израза "поклон мање вредности" и урачунавање у наследни део онога што је дато на име издржавања, а што није било одраз стварних потреба наследника. Будући да поступак за урачунавање добротиних давања у нужни део није у домаћим наследноправним прописима ближе појашњен, аутор се залаже за регулисање овог правног механизма заштите права на нужни део и предлаже у раду одговарајућа решења.

Кључне речи: нужни део, обрачунска вредност заоставштине, *collatio bonorum*.

Увод

Нужни наследници су посебно привилегована категорија законских наследника чије наследноправно овлашћење извире директно из императивних одредаба Закона о наслеђивању Републике Србије.¹ То овлашћење може бити оспорено или повређено на више начина (нпр. неоснованим искључењем из наслеђа, прекомерним оставиочевим располагањима *inter vivos* или *mortis causa*, привилеговањем појединих нужних наследника у погледу добротиних давања). Због тога и постоји потреба нужних наследника да се, зависно од околности конкретног случаја, а у циљу остварења свог права, примени одговарајући правни механизам

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Видети чл. 39–60 Закона о наслеђивању Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 46/1995, 101/2003).

заштите. То могу бити: истицање тзв. дисквалификационих приговора против појединих универзалних или сингуларних сукцесора за случај смрти, побијање завештања, као једностраног правног посла *mortis causa*, из разлога ништавости или рушљивости, захтевање урачунавања добротиних давања у законски наследни део или нужни део, побијање клаузуле о неоснованом искључењу или лишењу из наслеђа, модификација завештајних располагања и истицање захтева за намирењем нужног дела, повређеног прекомерним завештајним располагањима или учињеним поклонима.

Без претензија да сагледамо сву комплексност овог питања, јер нам то, поред осталог ни дужина овог рада не дозвољава, своју пажњу усредсређујемо на урачунавање поклона и испорука у законски наследни део и нужни део, као посебне начине за остваривање права на нужни део, са циљем да испитамо како функционише њихов механизам и да ли се њима пружа адекватна заштита интереса нужних наследника.

1. Одређивање обрачунске вредности заоставштине

Да би се утврдило колико нужном наследнику, у конкретном случају, припада на име намирења нужног дела, као и да ли је он повређен или не, потребно је одредити обрачунску вредност заоставштине.

Ова рачунска категорија добија се тако што се прво врши попис и процена свих имовинских права оставиоца, која постоје у тренутку његове смрти, укључујући обавезно и сва завештајна располагања, као и потраживања која је оставилац имао према другим лицима, укључујући и саме наследнике, осим оних која су очигледно ненаплатива (тзв. актива заоставштине). Од тако утврђене вредности оставиоцевих имовинских права одузима се вредност његових дугова, уобичајених трошкова сахране, и трошкова пописа и процене заоставштине (тзв. пасива заоставштине). Оно што се добија, као разлика између активе и пасиве заоставштине, јесте нето (чиста) вредност заоставштине².

На ту вредност заоставштине, потом, додају се поклони које је оставилац учинио законским наследницима, независно од тога ком законском наследном реду припадају, и да ли хоће и могу да наследе, као и вредност оних поклона за које је оставилац наредио да неће бити предмет урачунавања у наследни део³. Оваквим законским решењем српски законодавац практично омогућава да право на нужни део нужних наследника буде у већој мери заштићено, будући да спречава сваки вид фаворизовања појединих законских, па самим тим и нужних наследника.

Осим ових поклона, чистој вредности заоставштине додају се и поклони које је оставилац учинио лицима која не припадају кругу законских

² Видети чл. 48, ст. 1 и 2 Закона о наслеђивању Републике Србије.

³ Видети чл. 48, ст. 3 Закона о наслеђивању Републике Србије.

наследника, у последњој години живота⁴. Иако ово правило доприноси потпунијој заштити нужних наследника у намирењу нужног дела, већи ниво ефикасности би свакако био постигнут узимањем у обзир поклона учињених трећим лицима у дужем временском периоду, посматрано од тренутка отварања наслеђа (нпр. три, пет година).

Сви ови поклони улазе у обрачунску вредност заоставштине на основу императивног карактера нормe која уређују ову рачунску категорију, тако да није као у случају урачунавања поклона и испорука у законски наследни и нужни део потребна иницијатива нужног наследника.

Важећи наследноправни прописи појам "поклона" широко одређују, подразумевајући под тим одрицање од права, опроштај дуга, одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника, оно што је оставилац дао наследнику на име наследног дела, ради оснивања или проширења домаћинства, као и свако друго располагање без накнаде⁵. Поклон за случај смрти српски законодавац овде, *stricto sensu*, не помиње.

У Закону о наслеђивању јасно су одређени критеријуми за утврђивање стања и вредности поклона. Наиме, стање поклона се утврђује према тренутку чињења поклона, а вредност поклона према тренутку израчунавања обрачунске вредности заоставштине⁶. Све промене на поклоњеној ствари, независно од тога да ли јој повећавају или умањују вредност, учињене од тренутка давања поклона до тренутка утврђивања обрачунске вредности заоставштине, без обзира на то ко их је предузео, сам поклонопримац или неко треће лице, не узимају се у обзир. Релевантно је само стање поклоњеног добра у време даровања.⁷

Новчана противвредност ствари редовно се утврђује вештачењем у оставинском или парничном поступку, осим ако о томе није између претендената на наслеђе постигнута сагласност.⁸ При том, ако се поклон састоји у новцу (домаћа валута) узима се његова куповна моћ (стварна, а не номинална вредност) у време поклањања, изражена у новчаним апоенима који у време урачунавања постоје на нашем тржишту. Ако је поклон изражен изражен у иностраној валути, он се претвара у домаће средство плаћања по курсу који важи у време утврђивања обрачунске вредности заоставштине.⁹

Како се поклон може састојати и у осигурању у корист наследника, његова вредност се утврђује применом једног од два мерила које предвиђају наследно-правни прописи¹⁰. Ако је збир уплаћених премија мањи од

⁴ Видети чл. 48, ст. 4 Закона о наслеђивању Републике Србије.

⁵ Видети чл. 50 Закона о наслеђивању Републике Србије.

⁶ Видети чл. 51 Закона о наслеђивању Републике Србије.

⁷ О томе опширније видети код: Б. Благојевић, *Нужно наслеђивање у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том II, Београд, 1978, стр. 487-488.

⁸ Видети И. Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 2005, стр. 116.

⁹ Видети О. Антић – З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 297.

¹⁰ Видети чл. 52 Закона о наслеђивању Републике Србије.

осигуране суме, као вредност поклона узима се збир тих премија. Ово решење оправдава се чињеницом да само уплаћене премије представљају корист за законског наследника која потиче од оставиоца. Вишак изнад уплаћених премија до осигуране суме, иако припада наследнику, није вредност којом је смањена заоставштина оставиоца. Ако је, пак, збир уплаћених премија већи од осигуране суме, као вредност поклона узима се износ осигуране суме. Ово стога што једино осигурана сума представља корист за законског наследника. Вишак изнад осигуране суме, до износа уплаћених премија, остаје увек осигуравајућем друштву, иако та вредност није више саставни део заоставштине.¹¹

У обрачунску вредност заоставштине никако не улазе следећа добротина давања учињена од стране оставиоца: уобичајени мањи поклони, поклони учињени у добротворне и друге опште-корисне сврхе, оно што је умрли потрошио на издржавање и школовање¹² законских наследника, без обзира ком наследном реду припадају, да ли хоће и могу да наследе, и да ли су у конкретном случају позвани на наслеђе, као и она имовинска права умрлог која су била предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота, будући да је то, по правилу, добротин правни посао¹³.

Када су у питању трошкови школовања, нејасно је зашто српски законодавац има различите аршине за њих код примене института *collatio bonorum* и приликом утврђивања обрачунске вредности заоставштине. У првом случају, предмет урачунавања једино нису трошкови намењени за обавезно школовање. У другом случају, као што смо већ видели, сви трошкови школовања су елиминисани из обрачунске вредности заоставштине, погоршавајући, у одређеној мери, могућност остварења и заштите права на нужни део појединих нужних наследника.

2. Урачунавање поклона и испорука у законски наследни део и нужни наследници

Често, нужни наследник може, захваљујући примени урачунавања поклона и испорука у законски наследни део (*collatio bonorum*), обезбедити себи нужни део.

¹¹ Видети Н. Стојановић, Урачунавање поклона и легата у наследни део и нови Закон о наслеђивању Републике Србије, Зборник радова "Новине у Закону о наслеђивању Републике Србије из 1995. године", Крагујевац, 1998, стр. 141 и тамо наведену литературу.

¹² У српској правној литератури не постоји сагласност о томе да ли употребљени термин "школовање" подразумева само основно образовање (осмогодишње школовање), или и оно које траје до навршене 26. године живота. У том правцу видети О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 254; С. Сворцан, Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом, Крагујевац, 2004, стр. 142.

¹³ Видети чл. 49. Закона о наслеђивању Републике Србије.

Примена овог института омогућава смањено учешће појединих законских наследника у заоставштини одређеног оставиоца, у вредности примљеног поклона или испорука, и истовремено повећање дела заоставштине који реално може припасти завештајним наследницима. Урачунавање поклона и испорука у законски наследни део има за циљ да обезбеди изједначавање универзалних сукцесора у добротним давањима учињеним од стране одређеног оставиоца.

Право и дужност урачунавања поклона и испорука у наследни део законских наследника темељи се на претпоставци да су оставиоцу универзални правни наследници који припадају истом наследном реду и истог су степена сродства, односно ранга подједнако драги оставиоцу, и да су учињени поклони само "аконтација" будућег наслеђа.

Српско право налаже примену *collatio bonorum* само у односу на законско наслеђивање. Код завештајног наслеђивања урачунавање у наследни део могуће је само ако га је завешталац изричито одредио изјавом последње воље.

Урачунавање поклона и испорука у наследни део могу захтевати само овлашћена лица. То су сви санаследници законског наследника (без обзира на правни основ позивања на наслеђе) којима се врши урачунавање у наследни део.

Важећи наследноправни прописи у Републици Србији не одређују временску границу у истицању захтева за урачунавање у наследни део. Будући да је институт колације у нераскидивој вези са деобом наследства и да је право на деобу незастариво, у смислу чл. 228, ст. 2 Закона о наслеђивању, произлази да је право на остваривање урачунавања у наследни део могуће све док није извршена деоба наследства.¹⁴

У домаћем праву поклони и испоруке могу се урачунавати у наследни део само оним наследницима који *in concreto* наслеђују заоставштину одређеног оставиоца, без обзира на то ком наследном реду припадају¹⁵. Дужности урачунавања ослобађају се наследници који не могу (због неспособности за наслеђивање, недостојности за наслеђивање, искључења из наслеђа и лишења права на нужни део) или не желе да наслеђују. Учињени поклони и остављене испоруке, међутим, урачунавају се у наследни део оним наследницима који уместо њих наслеђују¹⁶.

Важећи наследноправни прописи у Републици Србији одређују да се у наследни део могу урачунавати поклони, испоруке и дугови наследника према оставиоцу.¹⁷

¹⁴ Тако и О. Антић – З. Баљиновац, *op. cit.*, стр. 301; В. Ђорђевић – С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 1997, стр. 330-331.

¹⁵ Видети чл. 66. ст. 1. Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹⁶ Видети чл. 71. Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹⁷ Видети чл. 66. ст. 1. чл. 68. и чл. 74. Закона о наслеђивању Републике Србије.

Одређена бесплатна располагања оставиоца, међутим, не могу бити предмет урачунавања у законски наследни део. Ту треба разликовати, с једне стране, поклоне и испоруке који се вољом оставиоца не урачунавају у наследни део и, с друге стране, поклоне, друга давања, плодове и користи од поклоњене ствари који се, по слову закона, не узимају у обзир приликом колације.

Остарилац може отклонити примену института урачунавања поклона у наследни део ако у време чињења поклона или касније, или у тестаменту тако одреди, или ако се из појединих околности може закључити да је то његова намера¹⁸.

Остављена испорука такође неће бити урачуната у наследни део ако је завешталац то изричито наредио завештањем или се таква намера може назрети из његове садржине¹⁹.

Воља оставиоца у погледу неурачунавања поклона или испорука у наследни део биће поштована само ако се тим добротиним располагањима не вређа нужни део нужних наследника.

Предмет урачунавања, по слову закона, не могу бити уобичајени мањи поклони, тзв. поклони дужности²⁰. Будући да се правно-технички израз "поклон мање вредности" различито схвата у теорији,²¹ корисно је, ради избегавања шароликости у пракси, да га српски законодавац ближе појасни.

У наследни део, осим тога, не могу се урачунавати ни издаци учињени од стране оставиоца у издржавању и обавезном школовању наследника²². Главним недостатком ове формулације може се сматрати то што не прецизира о ком виду издржавања је овде реч, и што не одређује јасно да ли су сва давања, на име издржавања одређеног наследника, "ослобођена" урачунавања у наследни део. Због тога предлагемо корекцију постојеће одредбе о неурачунавању трошкова издржавања, у правцу прецизирања да се трошкови потребног издржавања, без обзира на основ из кога оно проистиче, не урачунавају у наследни део, а да се дато издржавање, које није било одраз

¹⁸ Видети чл. 67. Закона о наслеђивању Републике Србије.

¹⁹ Видети чл. 68. Закона о наслеђивању Републике Србије.

²⁰ Видети чл. 75. Закона о наслеђивању Републике Србије.

²¹ Тако, поједини аутори сматрају да се питање поклона мање вредности мора посматрати кроз призму обичаја средине у којој живе поклонодавац и поклонопримац, њихових животних и имовинских прилика, однос вредности поклона и целокупне заоставштине оставиоца и повода за давање поклона (М. Креч – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 177; А. Finžgar, *Наслеђивање у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том II, стр. 369; И. Бабић, *op. cit.*, стр. 147). Има и мишљења да се правни стандард "мањи поклон" мора посматрати искључиво кроз вредност самог поклона који он има на тржишту, а никако имовинским стањем оставиоца и наследника-поклонопримца (С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 143). Други аутори сматрају да, у процени тога да ли је одређени поклон по вредности мањи, треба узети у обзир све околности случаја и вредносну сразмеру између поклона и оставиоцеве имовине (О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 299).

²² Видети чл. 76, ст 1 Закона о наслеђивању Републике Србије.

стварних потреба наследника или обим датог издржавања не одговара тим потребама, третира као поклон и самим тим буде предмет колације.

Предмет урачунавања у наследни део такође не могу бити плодови и друге користи које је наследник од поклоњене ствари или права имао до смрти оставиоца²³. Српски законодавац, међутим, ништа не каже о томе да ли су предмет урачунавања у наследни део оне користи од поклоњеног добра настале после отварања наслеђа оставиоца. Будући да њихова вредност може у знатној мери превазићи вредност самог поклона, сматрамо да оваква реално могућа ситуација мора бити регулисана, како би се избегло различито поступање судова у идентичним процесним ситуацијама. Предлажемо, у циљу потпуније заштите интереса наследника које "терети" дужност урачунавања у наследни део, да решење о неурачунавању плодова и користити од поклоњене ствари од тренутка отварања наслеђа буде "проширено" и на све плодове и користи које настану до тренутка урачунавања.²⁴

Српски законодавац предвиђа само вредносно урачунавање поклона и испорука у наследни део, тзв. идеалну колацију.²⁵

Самом поступку за урачунавање добротиних давања у наследни део, онако како је регулисан важећим наследноправним прописима у Републици Србији може се замерити то да не прецизира редослед урачунавања у наследни део када је учињено више поклона, испорука и других добротиних давања. Сматрамо да ту празнину српски законодавац може попунити решењем које је већ поодавно искристалисано у правној теорији²⁶ - да се поступак урачунавања поклона у наследни део остварује тако што се из нераспоређеног дела заоставштине санаследници изједначавају постепено, почев од наследника који није добио ништа или је добио поклон најниже вредности (са њим се у истој позицији налази наследник кога је оставилац ослободио дужности урачунавања), према оном који је примио поклон непосредно више вредности, и тако редом све до наследника који је добио поклон највише вредности. Потпуно изједначење санаследника у поступку урачунавања могуће је само ако вредност заоставштине то дозвољава. Остатак дела заоставштине, после успешно спроведене колације, дели се свим санаследницима, сразмерно величини њихових наследних делова.

Ако је вредност заоставштине недовољна за потпуно изједначење санаследника у погледу оставиоцевих добротиних давања, дозвољена је разлика, под условом да се наследнику који је примио најмање не вређа нужни део.²⁷

²³ Видети чл. 66. ст. 3. Закона о наслеђивању Републике Србије

²⁴ У том правцу видети код О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 289; С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 176.

²⁵ Видети чл. 69. Закона о наслеђивању Републике Србије.

²⁶ Видети нпр. М. Креч – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 159; N. Gavella, *Правни положај наслеђника*, Загреб, 1981, стр. 83; О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 292-295.

²⁷ О томе опширније видети код: Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 141-143.

За испоруку у погледу урачунавања у наследни део у начелу важе иста правила као и код урачунавања поклона. Ипак, присутне су и извесне разлике. Код урачунавања испорука у наследни део, с обзиром на то да су оне саставни део заоставштине, не долази до реалног увећања вредности заоставштине, какав је случај са урачунавањем поклона. Осим тога, за поступак урачунавања у наследни део од утицаја је и врста испоруке која се урачунава.

Ако је реч о испоруци која се исплаћује непосредно из заоставштине или на терет свих законских и тестаменталних наследника (тзв. директна испорука) поступак урачунавања тече тако што се, после одређивања наследних делова законских наследника који у конкретном случају наслеђују, од нето вредности заоставштине одбија вредност испорука, па се од преосталог дела заоставштине наследници којима испорука није остављена намирују у износу који одговара њеној вредности. Ако после извршеног изједначења преостане заоставштина, тај остатак се дели међу санаследнике, сразмерно ономе што су добили на име законског наследног дела.

Уколико је реч о испоруци која се извршава на терет наследног дела само једног наследника (тзв. индиректној испоруци) поступак урачунавања тече тако што се после израчунавања наследних делова законских наследника који у конкретном случају наслеђују, вредност испоруке урачунава у наследни део наследнику коме је намењена, а истовремено се за тај износ смањује наследни део наследника-дужника легата. Тако се у заоставштини појављује вишак који се дели наследницима, сразмерно величини њихових наследних делова.²⁸

3. Урачунавање поклона и испорука у нужни део као средство заштите интереса нужних наследника

Како функционише механизам овог подоблика колације? У Закону о наслеђивању Републике Србије нема, као у аустријском²⁹ и немачком праву,³⁰

²⁸ Детаљно о томе видети код: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 291-292.

²⁹ На бази утврђене вредности заоставштине и вредности свих добротиних давања, побројаних у пар. 757. ст. 2. пар. 788. и пар. 789. Аустријског грађанског законика одређује се нужни део из заоставштине, тзв. општи нужни део, а затим се од његовог износа одузима вредност свега онога што је било предмет урачунавања код законског наслеђивања. Потом се из вредности поклона израчунава тзв. поклоњени нужни део, од кога се одузима вредност поклона који је нужни наследник примио. Збир општег нужног и поклоњеног нужног дела чини тзв. повишени нужни део. Опширније о поступку урачунавања у нужни део у аустријском праву видети код В. Eccher, *Bürgerliches Recht, Band VI, Erbrecht*, Wien, 2002, стр. 110-111 и 120-122; R. Welsch – H. Koziol, *Grundriss des bürgerlichen Recht, Band II, Schuldenrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Wien, 2007, стр. 553-555.

³⁰ У немачком праву поступак урачунавања у нужни део тече тако што се прво утврђује чиста вредност заоставштине, којој се додају оставиоцеве бестеретна располагања, па се од тог износа одређује вредност нужног дела, која се умањује за износ добротиних примања нужног наследника. Уколико је претходно извршена колација у сфери законског наслеђивања, као

директног одговора на постављено питање. Ако пођемо од тога да је сврха поступка за урачунавање поклона и испорука у нужни део идентична поступку за урачунавање добротних давања у законски наследни део, што би се и могло закључити из наследноправних прописа, наишли бисмо на непрестиву препреку у постизању тог циља, ако је мањи део заоставштине остао нераспоређен, а претходно су учињена бесплатна располагања од стране оставиоца веће вредности, у корист појединих нужних наследника, за која је речено да неће бити предмет колације. Из решења садржаног у чл. 67, ст. 2. Закона о наслеђивању Републике Србије, могло би се, ипак, закључити да је намера законодавца, код урачунавања добротних давања у нужни део, само да обезбеди нужни део нужних наследника из учињених бестеретних располагања оставиоца у корист појединих нужних наследника и нераспоређеног дела заоставштине, а да се се изједначење нужних наследника у добротним примањима једино омогући кроз поступак урачунавања у законски наследни део, будући да су нужни наследници истовремено и привилегована категорија законских наследника.

Сматрамо да је уношење правила о овом виду колације у текст Закона о наслеђивању корисно и оправдано, јер се њиме може остварити и заштити право на нужни део нужних наследника, без икаквих промена у већ заснованим правним односима.

Ради ближег појашњења овог подоблика урачунавања у наследни део довољно је да српски законодавац пропише да се код урачунавања у нужни део узимају и она добротина давања за која је оставилац наредио да неће бити предмет урачунавања. Ако је оно што је нужни наследник добио од оставиоца, путем поклона, испорука или других располагања без накнаде недовољно за намирење нужног дела, преостатак се измирује из нераспоређеног дела заоставштине. Уколико, пак, нужни наследник ништа није добио од оставиоца бестеретно, нужни део се исплаћује у целини из преосталог дела заоставштине.³¹ Преостатак дела заоставштине, уколико постоји после измирења нужног дела, треба распоредити оним нужним наследницима који су "трпели" урачунавање у нужни део, сразмерно величини њихових нужних делова.

Уколико нема нераспоређеног дела заоставштине или је он недовољан за намирење нужних наследника, постоји повреда нужног дела и онда се приступа смањењу завештајних располагања и враћању поклона, ако је повређено право на нужни део као наследно право, односно исплата новчане противвредности од стране завештајних наследника и

основа за израчунавање нужног дела биће управо вредност наследног дела после спроведеног урачунавања. Детаљније о поступку урачунавања у нужни део видети код D. Leibold, *Erbrecht*, Tübingen, 2002, стр. 279-280.

³¹ О поступку урачунавања у нужни део у српском праву видети опширније код С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 212.

испорукопримаца, а ако је потребно и поклонопримаца ако је повређено право на нужни део као облигационо право.

Закључна разматрања

Нужни део нужних наследника, нема сумње, може бити обезбеђен и применом института *collatio bonorum*.

Потпунијој заштити интереса нужних наследника, свакако, могло би допринети узимање у обзир, приликом утврђивања обрачунске вредности заоставштине, поклона учињених трећим лицима у дужем временском периоду од прописаног, ближе појашњење правно-техничког израза "поклон мање вредности" и урачунавањем у наследни део онога што је дато на име издржавања, а што није било одраз стварних потреба наследника.

Будући да се изједначавањем законских наследника у добротиним примањима, применом института *collatio bonorum*, постиже и једнакост нужних наследника, јер су и они законски наследници, урачунавање у нужни део има смисла и оправдања уколико је неко од нужних наследника намирен у нужном делу бестеретним располагањима оставиоца, а постоји нераспоређени део заоставштине који би могао да послужи за намирење нужног дела осталих нужних наследника.

Српски законодавац иако даје назнаке у прилог постојању овог подоблика колације, ближе га не појашњава, што отвара простор за различиту интерпретацију слова закона од стране домаћих судова.

Да би се избегле такве реално могуће ситуације, предлажемо да у текст Закона о наслеђивању Републике Србије буде уграђено решење да се приликом урачунавања у нужни део узимају у обзир и она добротина давања за која је оставилац наредио да неће бити предмет урачунавања. Ако је оно што је нужни наследник примио без накнаде од оставиоца недовољно за намирење нужног дела, преостатак се измирује из нераспоређеног дела заоставштине. Исто важи и када нужни наследник ништа није добио бестеретно од умрлог. Уколико после измирења нужног дела преостане део заоставштине, он се распоређује оним нужним наследницима који су "трпели" примену овог института, сразмерно величини онога што су добили на име нужног дела.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

**THE EXERCISE AND PROTECTION OF THE RIGHT
TO FORCED PORTION
by Calculating Donations and Legacies into
the Intestate Succession Portion and Forced Portion**

Summary

In this paper, the author focuses on the institute of *collatio bonorum*, which is considered in the light of exercising and protecting the right of forced heirs to the forced portion of a succession estate. In the author's opinion, in the course of calculating the balanced value of the succession estate it is necessary to take into account the donations and legacies to third persons which are granted in a period of time which is longer than the prescribed statutory time limit. In order to achieve a more complete protection of the interests of forced heirs, it is also necessary to clarify the meaning of the technical legal term "the gift of smaller value" and to calculate into the intestate succession portion all the assets which have been given away for maintenance purposes but do not reflect the real needs of the successor. Considering that the proceeding for calculating donations into the forced portion has not been specified in the internal succession legislation, in this paper the author urges for a more precise regulation of this legal mechanism for the protection of the right to forced portion and proposes some appropriate legal solutions in this area.

Key words: forced portion, calculating the balanced value of an estate, *collatio bonorum*.

UDK: 347.44

Ивана Симоновић, асистент-приправник
Правни факултет Универзитета у Нишу

МОДИФИКАЦИЈА ПРАВНОГ ПОСЛА УСЛОВОМ*

***Апстракт:** Ауторка се бави условом као врстом вољне модификације правног посла којом се утиче на његова правна дејства. Уговарањем услова стране у правном послу чине зависним настанак права и обавеза или њихово трајање од неизвесне и редовно будуће околности. Њихов правни положај је неизвесан, јер није одмах познато да ли су учинци правног посла са раскидним условом коначни, односно да ли ће посао модификован одложним условом уопште произвести намеравана дејства. То постаје јасно тек наступањем условљавајућег догађаја.*

У раду су анализиране три правне ситуације које ствара правни посао у коме је уговорен услов: једна се односи на положај сауговорача до остварења услова, друга – пошто се услов остварио, а трећа је ситуација неостварења услова. Посебна пажња је поклоњена разматрању правних учинака реализације услова, како одложног, тако и раскидног, и питању да ли остварење раскидног услова има повратно дејство (какво иначе има одложни услов), о чему нема изричитих одредаба у Закону о облигационим односима.

***Кључне речи:** модификације правног посла, услов, раскидни услов, суспензивни услов, „правна нада“, повратно дејство остварења услова.*

Увод

Правни посао ствара права и обавезе за стране које су га закључиле. То је његово основно правно дејство које, по правилу, настаје истовремено када се посао закључи, тако да уговорне стране могу одмах да врше права и испуњавају обавезе. Начело приватне аутономије (слободе уговарања) омогућава да се ова, типична и редовна дејства посла, измене и прилагоде потребама и интересима сауговорача. Тако они могу да предвиде да ће посао произвести дејство тек по наступању још неке околности, за њих у тренутку обавезивања неизвесне, или

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

тек по протеклу одређеног времена. Правни посао, наиме, може бити модификован (измењен) условом, роком и налогом. То су вољне модификације или модалитети правног посла и његови случајни елементи.

Уговарање услова, рока и налога није претпоставка пуноважности посла, нити су то елементи који се по закону претпостављају и када их стране изричито нису предвиделе (као нпр., време, место и начин испуњења обавеза). Зато стране које желе променити редовна дејства правног посла, подређивањем њиховог настанка или трајања некој будућој околности, било неизвесној (услов), било извесној (рок), морају се о томе посебно споразумети. Такав споразум садржан је у њиховим изјавама воља које стварају правни посао.¹ Он се означава још и као вољна или уговорна модификација. Наиме, вољом сауговорача, питање извесности настанка права и обавеза из правног посла, постаје посебно важно за њихов уговорни однос, због чега се услов, рок и налог могу назвати и субјективно битним елементима правног посла.²

Услов, рок и налог спадају у опште правне појмове грађанског права. Као модалитети правних послова, они су веома чести и значајни, па се може рећи и да спадају у основне техничке инструменте правног уобличења уговорних односа. У земљама кодификованог грађанског права, ови правни институти су уређени у општем делу грађанског законика.³ У нашем праву услов и рок су регулисани у Закону о облигационим односима, јер наше грађанско право није кодификовано. Закон детаљније уређује услов (чл. 74 – 76. ЗОО), док за рок упућује на сходну примену правила о услову (чл. 78. ЗОО). Налог је честа модификација правних послова који производе дејство за случај смрти (*mortis causa*) – тестаментa и легата. налогом се могу изменити и дејства неких правних послова, редовно добротиних, са дејством *inter vivos*. Такав је случај са уговором о поклону са налогом (*donatio sub modo*). У нашем праву налог је уређен Законом о наслеђивању.⁴

¹ Раније је постојало мишљење да одредбе о услову или року нису део изјаве воље о закључењу правног посла, која се сматра „главном“, већ нешто њој „додато“ и споредно. Данас је општеприхваћено да су ове модификације саставни део изјаве воље о закључењу посла које није могуће издвојити, а да се не промени суштина самог правног посла на овај начин модификованог. Због тога и наглашавамо да су услов, рок и налог садржани у изјави воље која ствара правни посао и да су то његови субјективно битни елементи. Више: Т. Варади, „Нека питања у вези са условом и роком у грађанском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 1966, стр. 111-113.

² Услов, рок и налог су субјективно битни елементи правног посла који таквима постају тек вољом уговорних страна. По закону, ове модификације нису правне претпоставке за настанак пуноважног правног посла. „Законски“ битни елементи правног посла су предмет и основ правног посла, а ако је посао формалан, онда изјаве воља сауговорача морају бити изражене у тој прописаној форми. В. чл. 26. 47. 51. и 70. Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93. Даље: ЗОО).

³ В. § 158 – 163. Немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch*, даље: BGB).

⁴ В. чл. 141. Закона о наслеђивању („Сл. гласник РС“, бр. 46/95).

1. Појам услова и разграничење од сличних појмова

Правни посао са условом садржи одредбу којом се, вољом уговорних страна, дејства правног посла – њихов настанак или опстанак – чини зависним од одређене будуће и неизвесне околности. Условом се назива како уговорна клаузула која изражава наведену условљеност, тако и сама околност или догађај којима је подређено дејство правног посла.

У литератури услов се дефинише на различите начине, али су те дефиниције доста сличне и поклапају се у многим тачкама.⁵ Појам услова у законима најчешће није одређен, али има и изузетака.⁶

Закон о облигационим односима предвиђа да је уговор закључен под условом ако *његов настанак* или престанак зависи од неизвесне чињенице (чл. 74. ст. 1).⁷ Законска дефиниција уговора са условом није довољно прецизна и може навести на погрешан закључак да се уговарањем услова утиче на настанак правног посла, а заправо се утиче на његова правна дејства. Правни посао који садржи услов је потпун правни посао од тренутка када је закључен као и било који други правни посао који није модификован на овај начин. Наиме, сауговорачи морају постићи сагласност о свим битним састојцима посла који закључују и вољу за закључењем морају безусловно изразити. Воља мора да испуни све услове, односно општа правила која важе за изјаву воље. „Ограниченост“ која овде постоји није у вољи да правни посао настане, већ се тиче његових дејстава. Може се рећи да је правни посао са условом непотпун, тиме и ограничен, само у погледу свог основног правног учинка. Таквом споразуму, наиме, недостају права и обавезе која ће настати тек уколико се оствари условљавајући догађај, уз могућност да до тога никад не дође зато што је изостало остварење услова. У том случају, без права и обавеза, правни посао остаје „празан“ и беспредметан, па се сматра да

⁵ Условом се назива „будућа и неизвесна околност од које зависи настанак или престанак права“ (А. Гамс у сарадњи са Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1990, стр. 184), затим „будући догађај чије је остварење неизвесно, а који суспендује рађање или престанак неког права, и који делује ретроактивно“ (М. Planiol, *Traité pratique de droit civil français*, т. VII, Париз, 1954, стр. 171, 173 и др.) или „одредба којом се важење правног посла чини зависним од будуће и у време закључења посла неизвесне околности.“ (К. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, стр. 476-477).

⁶ В. § 696. ABGB. Неки законици посредно одређују појам услова, дефинишући појам уговора са одложним условом (нпр., чл. 151. Швајцарског закона о облигационом праву, § 158. BGB) или појам условних облигација (нпр., чл. 1168. Француског грађанског законика). Из тих дефиниција произлази да је услов посебна одредба у уговору, односно правном послу, којом се дејство уговора чини зависним од будућег и неизвесног догађаја.

⁷ Законска дефиниција условног уговора није довољно прецизна, јер се у оба случаја ради о условљености правних дејстава уговора, а не његовог настанка. Воља да се уговор закључи је безусловно изражена и обавезује сауговораче као и у било ком другом, безусловном уговору. Зависност која је поменута у закону, односно неизвесност, односи се на догађај изван уговора који је одређен као услов, од ког зависи настанак или опстанак дејстава уговора.

никад и није био закључен. Стога можемо закључити да се зависност која је поменута у Закону, односно неизвесност, односи на наступање догађаја означеног као услов, који је изван правног посла и од кога зависи настанак (ако је услов одложни) или даље постојање ефеката правног посла (ако је услов раскидни), и да је таква неизвесност у интересу страна у правном послу. Уговорени услов може непосредно да делује на прилагођавање воља уговорних страна одређеним будућим и неизвесним догађајима, а може утицати и на позитивно понашање друге стране, а да јој се тиме истовремено не намеће и обавеза (нпр., отац обећа ћерки поклон ако дипломира у одређеном року). Очекивано понашање које је постављено као услов није правно обавезујуће за другу страну, отуда није могућа ни принудна реализација услова. Али ће она, због обећане користи, бити мотивисана да се понаша на начин којим остварује услов.⁸

Чињеница која условљава дејства правног посла може бити било који догађај (нпр., рођење) или понашање једне од уговорних страна (нпр., проба ствари од стране купца да би се утврдило да ли има потребна или жељена својства) или неког трећег лица, под условом да је будућа и неизвесна. Она не сме да зависи од воље уговорних страна, јер тада њено наступање није неизвесно.⁹ Неизвесности нема ни код тзв. нужних услова – чињеница које се по нужности морају испунити.¹⁰ Ако би се један нужни догађај ипак поставио као услов, то би у ствари био безусловни правни посао, јер ни на који начин нису измењена његова редовна правна дејства. Могуће је да таква чињеница представља рок, зато што је извесна, уколико тек треба да наступи.

Услов треба да буде будући догађај. Овај захтев није задовољен код чињеница из прошлости или садашњости које су објективно познате мада могу бити непознате уговорним странама (*conditio in praeteritum vel praesens*). Због тога је спорно да ли и такве догађаје могу стране предвидети као услов. По једном мишљењу, прошле или садашње чињенице не могу да модификују дејства правног посла попут „правих“ услова, тј. будућих неизвесних

⁸ Пошто је могуће одређена понашања условљавати и неморалним или незаконитим обећањима, веома је важно водити рачуна о допуштености услова. У нашем праву је уговор у коме је постављени услов противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ништав (чл. 75. ст. 1. ЗОО).

⁹ Изузетно, допуштени су и тзв. потестативни услови, код којих један од саговорача може да утиче на остварење или изостанак услова. Тако, код куповине на пробу опстанак уговора зависи од тога да ли ствар одговара купчевим жељама (чл. 534. ЗОО). Овакав услов не нарушава начело равноправности уговорних страна, јер је наведена зависност опстанка уговора његова појмовна претпоставка. Али, услови који се не могу подвргнути некој објективној процени и зависе искључиво од простог нахођења (понекад и каприца) овлашћене стране, тзв. вољни услови, нису дозвољени.

¹⁰ Не сматра се условом одредба у тестаменту да ће неко лице наследити само ако надживи оставиоца, јер она не уноси неизвесност у наследников правни положај нити модификује дејства тестаментa. Законске су претпоставке за наслеђивање да оставилац умре и да постављени наследник доживи тренутак делације.

догађаја. Догађај на који се оне односе није ни будући нити је неизвештан.¹¹ По другом мишљењу, заступљеном у нашој правној теорији, за услов је довољна и субјективна неизвесност, јер и она омогућава да услов оствари своју основну функцију – прилагођавање дејстава правног посла чињеницама које су значајне сауговорачима, али су им у моменту настанка посла непознате.¹² Имајући у виду дефиницију услова из ЗОО која не захтева да је то будућа околност, произлази да стране могу уговорити као услов и прошли или садашњи догађај, који за њих, свакако, мора бити неизвештан.¹³

Услов у правном послу уговарају стране. Због тога је потребно ову модификацију, која је дакле вољна, разликовати од неких других чињеница, такође означених као услов, које то заправо нису, јер нити модификују учинке правног посла, нити су неизвесне.

Услов се разликује од правних претпоставки настанка и пуноважности правног посла – правних услова (*conditiones iuris, conditiones tacita*).¹⁴ Правне услове стране не уговарају, као што то чине са правим условом (*conditio voluntariae*). Они су прописани законом, њих стране не могу мењати, већ испунити онако како је предвиђено уколико желе да њихов посао буде пуноважан (чије дејство онда могу да мењају „правим“ условом). Њима по правилу недостаје и неизвесност као основно обележје правог услова.¹⁵

Појам услова често се користи и за означавање свих одредаба које чине садржину правног посла и којима се уређују односи његових учесника.

¹¹ Тако: A. von Tuhr – A. Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*; Band II, Zürich, 1974, стр. 259; Larenz, нав. дело, стр. 478; J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 2003/2004, претходне напомене уз § 158. BGB; H. Brox – W. D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln-München, 2007, стр. 248.

¹² Л. Марковић, *Грађанско право – књига прва, Општи део и Стварно право*, Београд, 1927, стр. 255; Т. Варади, нав. дело, стр. 113; Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 254. Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, стр. 342. Супротно: Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1990, стр. 283; О. Станковић у: О. Станковић – В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 185.

¹³ Аустријски грађански законик (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, даље: ABGB) дозвољава да услов буде и наступели догађај. В. § § 701. и 899. ABGB.

¹⁴ Пословна способност сауговорача, сагласност воља о битним састојцима правног посла, форма ако је посао формалан и сл.

¹⁵ Могуће је да неизвесност постоји, нпр., ако се правни услов састоји у одобрењу уговора од стране трећег лица. У том случају настаје једно стање правне неизвесности („лебдеће стање“), које се може упоредити са оним које ствара услов као модификациони елемент правног посла. Неки правни писци отуда правне услове означавају као „правне претпоставке пуноважности уговора, које у моменту када се уговор закључује недостају, али се могу надокнадити“ (Р. Oertmann, *Die Rechtsbedingung*, Leipzig, 1924, стр. 154). О правом услову можемо говорити само ако су сауговорачи као услов одредили одобрење уговора од стране трећег лица или надлежног органа, при чему та дозвола, по закону, нема непосредног утицаја на настанак или престанак уговора. Сауговорачи могу да утичу на правне услове тако што ће их отежати, али никако их не могу олакшати или изоставити, јер би то утицало на пуноважност уговора.

Тако се говори о „условима уговора о продаји“ и под тим подразумева споразум о цени, месту и времену плаћања или предаје ствари, затим о „условима јавне продаје“ или „општим условима пословања“. Ово нису услови као модалитети правног посла, јер не модификују његова правна дејства. Такве одредбе, иако означене као „услови“, део су садржине правног посла и њима се уређују међусобни односи сауговорача (њихова права и обавезе).¹⁶ „Правим“ условом сматра се само таква уговорна клаузула која уноси одређену неизвесност о дејству посла, чинећи га зависним од наступања или ненаступања неког будућег догађаја. Важно је нагласити да условљеност правних дејстава правног посла мора бити резултат приватне диспозиције страна, а не нешто што им се намеће као обавезна садржина њиховог посла.

2. Врсте услова

Према њиховој природи, услови могу бити казуелни, потестативни и мешовити. Казуелни услов се односи на догађај изван утицаја уговорних страна. Његово наступање је условљено неким догађајем или понашањем трећег лица. Потестативни услов зависи од воље уговорних страна или једне од њих. Мешовити услов представља комбинацију претходна два: његово остварење зависи како од случајног догађаја, тако и од понашања уговорача. У литератури је спорна пуноважност услова чије испуњење зависи искључиво од воље једног уговорног партнера (*conditio si voluero*).¹⁷ Сматра се да код једностранообавезујућих уговора оваква изјава значи да уговор још није закључен, већ да је дато необавезујуће обећање касније чинидбе.¹⁸ Таква изјава има припремни карактер.¹⁹ По чл. 1174. Француског грађанског законика, обавеза је неважећа ако је уговорена под потестативним условом на страни сауговорача који се обавезао (дужника). Смисао и домашај овог правила прецизирала је судска пракса. Правило не важи у обостранообавезујућим уговорима, јер обе стране истовремено имају положај повериоца и дужника. Ван домашаја остају и раскидни потестативни услови.²⁰ Прави се разлика и између чистог (правог) и обичног потестативног услова. Прави потестативни услов зависи од нахођења сауговорача и његове дискреционе оцене (обавезујем се учинити нешто ако нађем за сходно). Ако је услов одложен и ако је на страни дужника, ништав је и изазива ништавост

¹⁶ То могу бити и споразуми којима се прецизирају поједине тачке из правног посла, иначе регулисане диспозитивним нормама, које би се примениле да нема ових посебних погодаба.

¹⁷ Купићу одређену ствар ако будем хтела.

¹⁸ A. von Tuhr – A. Escher, нав. дело, стр. 258.

¹⁹ K. Larenz, нав. дело, стр. 479.

²⁰ Изузетак је уговор о поклону који се не може закључити под раскидним потестативним условом на страни поклонодавца.

целог уговора. Важи потестативни услов на страни повериоца (обавезујем се да дам зајам ако дужник буде хтео). Важи и обичан потестативни услов, раскидни и одложни, јер се састоји у радњи или уздржавању учесника уговора, па утолико зависи и од његове воље.²¹

Према садржају, услови се могу поделити на позитивне и негативне. Позитивни услов се остварује наступањем догађаја, негативни - његовим изостанком (у овом случају уговор ће произвести дејство ако означени догађај не наступи).

Наведене поделе мање су значајне. Далеко је значајнија она подела која је извршена с обзиром на дејство услова и која разликује одложне и раскидне услове. Услов је одложни (суспензивни) уколико чини правна дејства правног посла зависним од наступања будућег и неизвесног догађаја. Назива се и почетним условом, јер дејства посла почињу тек са његовим остварењем. До остварења услова, за уговорне стране не настају основна права и обавезе због којих су се обавезале, уз могућност да никад и не настану, јер је очекивани догађај изостао. Правни посао са раскидним (резолутивним) условом производи дејства од тренутка закључења, са могућношћу да она престану касније уколико се услов оствари. Обема врстама услова заједничко је да одлажу коначну извесност о дејствима правног посла за будуће време, иако дејства правног посла са раскидним условом наступају одмах, али је неизвесно да ли су она привремена или коначна. То ће постати јасно када и ако наступи околност којој су стране дале значај услова, тиме и снагу да утиче на њихов правни однос.

3. Дејство услова

Уговарање услова ствара једно стање неизвесности (стање у коме правна дејства посла „лебде“), чија је последица да, док такво стање траје, једна страна је, или само привремено овлашћена (посао са раскидним условом), или право није стекла у потпуности, али се томе нада (посао са одложним условом). За једну страну настаје правна нада или очекивање да ће стећи право или га изгубити, односно да ће се ослободити терета.²² Тек остварење услова одређује коначан положај сауговорача. Сходно томе, у

²¹ Купићу аутомобил ако будем ишла у иностранство. Разлика у односу на чист потестативни услов је у детерминисаности воље. Формирање воље је условљено озбиљним материјалним и моралним интересима сауговорача, који опредељују његово понашање и чине да је обавезивање реално и озбиљно. Више у: О. Станковић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, стр. 1077-1078, О. Станковић у О. Станковић - В. Водинелић, нав. дело, Београд, 2004, стр. 186, нап. 440.

²² Послови располагања која је до остварења одложног услова предузео преносилац права су пуноважни, али је неизвесно да ли ће опстати. Услов представља својеврстан терет за таква располагања (према трећем лицу), јер она могу да изгубе дејство уколико спречавају да право из правног посла модификованог условом пређе на стицаоца пошто се услов оствари.

правном послу који је модификован условом можемо разликовати три ситуације: једна се односи на положај сауговорача до остварења услова, друга – пошто се услов остварио, а трећа је ситуација неостварења услова.

До остварења одложног услова правни посао „мирује“, па за сауговораче не могу одмах настати уговорна права и обавезе. Дејства правног посла настају тек ако се услов реализује. До тада, лице које стиче право под условом има правну наду или правно очекивање (*Anwartschaftsrecht*) у коме је садржана „клица права које ће настати“.²³ „Правна нада“ је израз који потиче из немачке правне теорије и објашњава правни положај лица које стиче право под условом. До остварења услова, стичалац још увек није титулар права, већ титулар посебне правне позиције коју закон штити од евентуалних располагања која је у међувремену предузео преносилац права и којима осујећује или умањује дејства правног посла која треба да наступе остваривањем услова (тзв. међурасполагања – *Zwischenverfügungen*). Оваква законска заштита стицаоца права је неопходна у немачком праву у коме остварење услова нема повратно дејство. По правилима Немачког грађанског законика, правни посао производи дејства од наступања услова, па за убудуће (*ex nunc*). Услед оваквог дејства реализације услова, преносилац права остаје титулар тог права до остварења услова, па су његова располагања правом пуноважна, јер их није предузело неовлашћено лице. Са друге стране, она су у колизији са интересима стицаоца права, јер, или онемогућавају да стекне право коме се нада (ако преносилац прода и преда ствар поводом које је раније закључио уговор са одложним условом, чинећи треће савесно лице власником), или то право оптерећују (преносилац конституише хипотеку на непокретности која је била предмет условљеног уговора). Зато закон штити условног стицаоца права на тај начин што ова „међурасполагања“ проглашава релативно неважећим. Релативност значи да она губе дејство према стицаоцу само ако се њима онемогућава или отежава да стекне условљено право када се услов оствари. Таква непуноважност „међурасполагања“ треба да заштити и треће лице које изводи неко право од преносиоца, под условом да је савесно – није знало нити могло знати да његов сауговорач нема пун капацитет да располаже правом које му преноси. Ако је испуњен захтев савесности, треће лице остаје титулар права, а условни стичалац има право на накнаду штете од свог сауговорача.^{24 25}

²³ Р. Ковачевић-Куштримовић - М. Лазић, нав. дело, стр. 256.

²⁴ В. § § 160. ст. 1. и 161. ст. 1. BGB. Сауговорачи могу да предвиде да наступање услова има ретроактивно дејство, али само са облигационоправним учинком. На основу таквог споразума, они су дужни да један другом гарантују оно што би им припало да се услов заиста и реализовао у неком ранијем тренутку. В.: Н. Brox – W. D. Walker, нав. дело, стр. 252 – 253, Н. Dörner у: *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* (Schriftleitung von R. Schulze), Berlin, 2007, стр. 147 – 148.

²⁵ Осим теорије о праву на правну наду, постоје и другачија објашњења правног положаја стицаоца под одложним условом. В. у: А. Blomeyer, *Studien zur Bedingungslehre*, Berlin, 1939. и

У нашем праву остварење услова има повратно дејство (*ex tunc*). Фингира се да је стицалац стекао право не од тренутка када се остварио услов, већ од тренутка када је закључен правни посао.²⁶ Већ из оваквог повратног дејства реализације услова, као и правила *nemo plus iuris*, произлази да су „међурасполагања“ преносиоца права непуноважна, јер их је предузело неовлашћено лице. Са друге стране, располагања која предузме стицалац пре остварења услова консолидују се и важе, јер њега закон сматра титуларем условљеног права већ од момента када је закључен правни посао. Наравно, ова правила важе само ако се неизвесност оконча испуњењем услова и ако уговорне стране нису предвиделе другачије. Наиме, правила о повратном дејству испуњења услова су диспозитивна, па је допуштен другачији споразум.²⁷ Испуњење услова има повратно дејство и у француском праву.²⁸

До испуњења одложног услова, правни посао ствара за уговорне стране такву правну ситуацију у којој су оне дужне да остану верне правном послу и не ометају остварење услова. Оне су дужне да се понашају као да је остварење услова сасвим извесно. Правни посао за сауговораче најпре ствара обавезе које произлазе из начела савесности и поштења: они су дужни да се уздрже од поступака којима би могли да осујете или отежају остварење услова. Ове обавезе су заштићене фикцијом о наступању, односно ненаступању услова.²⁹ Иако ове обавезе нису „основне“, односно њихово испуњење није сврха настанка посла, оне су изузетно важне. Понашајући се у складу са њима, сауговорачи омогућавају да правни посао да очекиване ефекте – створи „основна“ права и обавезе, што ће се догодити пошто се испуни услов. Обавезе верности правном послу су, дакле, нужна последица дејстава одложног услова и неизвесности коју, у односу на „главна права и обавезе, ствара ова модификација.³⁰

M. Armgardt, „Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, 4/2006, стр. 672 - 681.

²⁶ „Ако је закључен под одложним условом па се услов испуни, уговор делује од тренутка његовог закључења...“, чл. 74. ст. 2. ЗОО.

²⁷ Неретроактивност испуњења услова може бити наметнута и природом посла као што је може предвидети и посебна законска норма.

²⁸ В. чл. 1179. Code civil. Може се рећи да остварење услова производи нека ретроактивна дејства и по Швајцарском закону о облигационом праву (даље: OR). У чл. 153. овог закона одређено је да је поверилац, коме је ствар раније предата у државину, овлашћен да задржи користи које је од ње имао пре наступања услова.

²⁹ Уколико је страна на чији је терет услов уговорен, противно начелу савесности и поштења, спречила његово остварење, сматраће се да је услов остварен. Сматраће се и да услов није остварен ако је његово наступање, противно начелу савесности и поштења, изазвала страна у чију је корист уговорен. В. чл. 74. ст. 4. ЗОО, чл. 1178. CC, § 162. BGB, чл. 156. OR.

³⁰ Неки аутори сматрају да се иза ових обавеза, односно правне наде, налазе двојаки интереси повериоца: да се оно што је предмет његовог стицања не уништи, ни правно ни физички, да би стицање било потпуно, као и да се на наступање услова не утиче ван оквира предвиђених уговором, тј. да се не смањи вероватноћа стицања права (Т. Варади, нав. дело, стр. 119). Са

Правни посао модификован раскидним условом производи намераване учинке одмах (од када је закључен), али само дотле док не наступи условљавајући раскидни догађај или чињеница, односно док не наступи тзв. *conditio existit* (стање у коме је положај сауговорача постао потпуно изврстан, јер се остварио услов). Стање неизвесности које ствара раскидни услов односи се на питање да ли су правни учинци правног посла привремени или трајни, што одређује остварење услова. Стицалац може одмах вршити право, па и њиме располагати. То је располагање, међутим, оптерећено могућношћу да остане без правног дејства ако се оствари услов, као и интересима друге стране – преносиоца права, који би, по наступању услова, поново постао титулар пренетог права. Из овога закључујемо да и правни посао са раскидним условом ствара правну наду, али за ону страну која је пренела право и која се нада његовом поновном стицању уколико се услов реализује.

Друга ситуација која може настати из правног посла који је модификован условом наступа са његовим остварењем (*conditio existit*). Указали смо да по Закону о облигационим односима остварење одложеног услова има повратно дејство, али и да је ово правило диспозитивно, па се може изменити вољом сауговорача, посебном законском одредбом или произлазити из природе посла. Ако је закључен под раскидним условом, правни посао престаје важити када се услов оствари (чл. 74. ст. 3. ЗОО). Ово је законско правило којим, међутим, није прецизирано да ли испуњење ове врсте услова има повратно дејство као у случају остварења одложеног услова. Правна теорија нуди два решења. По једном мишљењу, испуњењем раскидног услова се успоставља пређашње стање.³¹ То је изричито предвиђено у француском праву (чл. 1183. СС), као и у немачком (§ 158. ст. 2. BGB). Да ли то, ипак, значи да је потребно успоставити предуговорно стање или такво које би постојало да правног посла није уопште ни било?

Остварење раскидног услова производи, пре свега, дејства за будуће. Правна веза (*vinculum iuris*) коју је међу сауговорачима створио правни посао се раскида, правни посао престаје да важи, тако да они више немају међусобна права и обавезе. Стицалац губи право стечено под условом и оно се поново преноси на ранијег титулара. Потпуно идентично правно стање оном које је постојало пре закључења правног посла или би постојало да посао није ни био закључен, ипак, није могуће у потпуности успоставити. Ово посебно важи за дуготрајне облигационе односе који нису усмерени на пренос права својине, на

овим се можемо сложити. Поверилац из правног посла који је модификован условом може да тражи обезбеђење свог потраживања, па и неке привремене мере ако су испуњени услови (чл. 76. ЗОО, § § 160. и 161. BGB), а заштићен је и поменутом фикцијом да је услов испуњен ако је његово остварење спречено несавесним и непоштеним радњама друге стране (чл. 74. ст. 4. ЗОО).

³¹ К. Larenz, нав. дело, стр. 490-492, А. von Tuhr – А. Escher, нав. дело, стр. 269-270, О. Станковић у О. Станковић - В. Водинелић, нав. дело, стр. 189.

пример закуп.³² Наступање раскидног услова у таквим односима првенствено ствара учинке за убудуће – уговорни однос се гаси и чинидбе се не могу на даље захтевати и испуњавати (нпр., исплата закупнине, али ни употреба закупљене ствари од стране закупца). Међутим, потраживања доспела до наступања раскидног услова и даље се дугују, јер потичу из периода док је посао важио, па је дужник у обавези да их испуни, а поверилац их, док не истекне рок застарелости, може и принудно реализовати.³³ Држалац ствари дужан је да је врати, с тим да не дугује накнаду за убране, отуђене и потрошене плодове. Ако је правним послом пренето право својине под раскидним условом, па се услов оствари, стицалац враћа ствар, преносећи право својине на тој ствари ранијем титулару, али не враћа и плодове које је ствар дала док је био њен власник. Разлог томе је што је ова страна, на основу правног посла са раскидним условом, стекла право својине на ствари, уз истовремено право на њене плодове које, по правилу, задржава и након испуњења раскидног услова. Она се, дакле, до наступања условљавајућег догађаја сматрала власником, а власник има право на прибирање плодова које даје ствар.³⁴ Располагања са ствари ове стране у правном послу која имају стварноправно дејство, након реализације раскидног услова не могу опстати, јер могу да осујете или отежају прелаз права на ранијег власника. Отуда, таква располагања губе правно дејство, осим ако је треће лице, које је у међувремену стекло право раније пренето под раскидним условом, у време стицања права било савесно. Овде се примењују иста правила која важе и за акте „међурасполагања“ предузета од стране преносиоца права под одложним условом пре него што се услов остварио.

На крају, могуће је да наступи и ситуација у којој се испуњење услова изјаловило (*conditio deficit*). Код правних послова склопљених под одложним условом, сматраће се да посао уопште није ни постојао. Ако се ради о правном послу модификованом раскидним условом, неостварење услова ствара фикцију као да услова уопште није ни било. Намеравани правни учинак, односно права и обавезе до тада настали су дефинитивни, па се правни посао, испрва условљен, претвара у правни посао без услова.

³² Овакви уговорни односи имају наглашену временску димензију, јер везују саговораче само за уговором одређено време. Ту је услов увек комбинован са роком и тако уговорен да се очекује да наступи до истека (раскидног) рока.

³³ Ово је изричито предвиђено чл. 1183. СС: „Остварењем раскидног услова уговор престаје да важи, а ствари се враћају у оно стање као да уговор није ни постојао. Ипак тиме се не суспендује испуњење обавезе; оно само обавезује повериоца да врати шта је примио“. У француском праву иначе се раскидни услов подразумева у сваком синалагматичком (узајамном) уговору. Ако једна страна не испуни своју обавезу, друга страна има право да суду поднесе тужбу за осуду дужника на испуњење уговора или тужбу за раскид уговора и накнаду штете (судски раскид уговора због неиспуњења, чл. 1184. СС).

³⁴ „Власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже, у границама одређеним законом.“ (чл. 3. ст. 1. Закона о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 26/96). Овлашћење коришћења реализује се, између осталог, и прибирањем плодова (*ius fruendi*).

Закључак

Услов је врста модалитета правног посла којом се врши утицај у пољу његових правних дејстава. Уговарањем услова стране у правном послу чине зависним настанак или трајање ефеката посла од одређене будуће и неизвесне околности. Савремено право допушта овакву модификацију зато што омогућава правним субјектима да своје правне односе уобличи према својим потребама и интересима. Отуда је услов, заједно са роком и налогом – другим два модалитетима правних послова, изузетно значајан инструмент реализације приватне аутономије.

Најбитнија карактеристика услова је да чини неизвесним правни положај сауговорача. До наступања условљавајућег догађаја, који по свом дејству може бити одложни или раскидни, неизвесно је да ли је стање настало закључењем посла коначно или привремено. Ову неизвесност разрешава остварење услова.

Одложни услов одлаже дејство правног посла – настанак права и обавеза, до реализације условљавајућег догађаја. По Закону о облигационим односима, остварење одложног услова има повратно дејство тако да се сматра да су наведена правна дејства настала истовремено са закључењем правног посла. Ова фикција значи и да се страна којој је пренето право под одложним условом од истог тренутка сматра његовим титуларем. Из принципа ретроактивности се изводи и да нису пуноважна евентуална располагања тим правом, учињена од стране преносиоца права до наступања услова, уколико оштећују заштићене интересе друге уговорне стране - спречавајући да она постане титулар или да њено стицање буде потпуно. Повратно дејство остварења одложног услова је диспозитивно законско правило, па се од њега, вољом уговорних страна, може одступити. У том случају се за настанак правних ефеката посла узима неки други тренутак – редовно, онај у коме је стварно наступио условљавајући догађај.

Правни посао са раскидним условом производи дејства одмах, а престаје важити када се услов реализује. Закон изричито не одређује да остварење ове врсте услова има повратно дејство као што га има одложни услов. Тиме се отвара питање да ли ефекти посла, до тада настали, треба да остану или су сауговорачи дужни да успоставе предуговорно стање. Сматрамо да природи раскидног услова више одговара да они остану уколико не осујећују или отежавају поновно стицање права његовог ранијег имаоца. Располагања стицаоца права под раскидним условом са стварноправним дејством не могу опстати будући да не задовољавају овај захтев. Али, акти управљања са ствари нису неважећи. Такође, ова страна у правном послу задржава и плодове и приходе што их је дао предмет посла до реализације услова, јер се до тада сматрала титуларем условно пренетог права.

Ivana Simonović, LLB
Junior Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

CONDITION AS AN INSTRUMENT OF CONTRACT MODIFICATION

Summary

As an instrument of contract modification, condition is used to exert some influence on the effects of a contract. The condition makes the inception and the duration of a contract dependent on some prospective and uncertain circumstances. Contemporary law allows for such a modification because it enables the legal entities to shape their legal relations in accordance with their needs and interests. Hence, the condition is an extremely important instrument for exercising private autonomy.

The most significant characteristic of this kind of contract modification is the uncertain position of the contracting parties. Considering its effect, the conditioning event may be either *suspensive* or *resolutive*. Until the conditioning event has occurred, it is uncertain whether the ensuing effect (incurred by entering into the contract) is final or temporary. This uncertainty will be resolved when and if the condition has been satisfied.

The condition precedent (suspensive condition) postpones the instigation of contractual rights and obligations until the conditioning event has occurred. Under the Obligation Relations Act, the fulfillment of this kind of condition has a reversible effect. The contractual rights and obligations are considered to have been incurred at the moment of entering into a contract. Concurrently, the contracting party which has been conveyed the right under the condition precedent is considered to have instantly become the title holder of this right. The principle of retroactivity also implies that the disposition of this right, which has been exercised by the other party (the conveyor) before the conditioning event has occurred, is invalid in case it violates or harms the protected interests of the other contracting party (the acquirer). The reversible effect of exercising the condition precedent is a dispositive legal rule, which the contracting parties may depart from by their own free will. In that case, some other moment is taken as and considered to be the moment of instigating the effect of the contract. Most regularly, it is the moment when the conditioning event has actually occurred.

The contract with a condition subsequent (resolutive condition) produces immediate effect and ceases to be valid when and if the condition has been satisfied. The Obligation Relations Act does not explicitly determine that the

fulfillment of this kind of condition has a reversible effect, as it is the case with the suspensive condition. Should the incurred effects of the contract remain effective? Or otherwise, are the contracting parties obliged to establish a pre-contractual status? Considering the very nature of the resolutive condition, it might be much more appropriate that the effects remain effective, providing that they do not frustrate or aggravate the acquisition of this right by its prior right holder. The disposition of the party who has acquired the right under the resolutive condition, such as sale or gift, is unsustainable as the disposition does not meet this requirement. However, acts of administering property are by no means invalid. In addition, this party keeps both the usufructs and the profits generated under the contract until the moment the condition has been satisfied because it is until then that the party is considered to have been the title holder of the conditionally transferred right.

UDK: 342.726-055.3

UDK: 347.626-055.3

Новак Крстић, сарадник у настави
Правни факултет Универзитета у Нишу

НАСЛЕЂИВАЊЕ ПАРТНЕРА ИЗ ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ*

Апстракт: По својој спољашњој манифестацији и унутрашњим карактеристикама, а у неким земљама и по форми заснивања, истополне партнерске заједнице веома су сличне браку. Оне представљају свеукупност личних и имовинских односа партнера, њихову емотивну и економску заједницу. Проблем институционализације ових заједница једна је од водећих контроверзи савременог породичног права. Тек са порастом нивоа социјалне свести и толеранције према хомосексуално оријентисаним особама, све већи број држава последњих деценија определио се да призна права партнерима из оваквих заједница. У раду се аутор бави једним аспектом дејства истополних партнерских заједница - питањем обима и садржине наследних права партнера у оним европским правима која уређују регистроване или фактичке истополне партнерске заједнице. Кроз приказ тренутних решења сагледана су достигнућа савремених правно уређених држава у овој области. Осим тога, учињен је покушај да се отклоне дилеме о потреби правне регулативе заједница лица истог пола у нашем праву, и нарочито о могућности узајамног наслеђивања партнера из оваквих заједница.

Кључне речи: хомосексуални партнери, регистроване истополне заједнице, наследна права партнера, упоредно право.

Увод

Настали као последица промене става о животним вредностима и стилу живљења, обрасци породичног живота драстично су се изменили последњих деценија. Талас легализације истополних партнерских заједница, који је отпочео крајем осамдесетих година прошлог века у скандинавским државама, током последње две деценије проширио се и на друге земље. Начело забране дискриминације на основу пола и поштовање људских права хомосексуалаца

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

опредељују све већи број правних система да уреде овај друштвени феномен. Све је већи број држава које хомосексуалне заједнице сагледавају као цивилизацијску чињеницу која изискује правну заштиту, уводе правну могућност њихове регистрације и регулишу дејства регистрованих заједница. И на међународном плану донети су бројни акти који указују на неопходност сузбијања дискриминације на темељу сексуалне оријентације и потпуније заштите права хомосексуалних партнера¹, а исто становиште заузео је и Европски суд за људска права током дугогодишње праксе².

Као једно од значајнијих питања којима су законодавства поклонила пажњу приликом регулисања дејстава истополних партнерских заједница, јесте и проблематика узајамног наслеђивања хомосексуалних партнера. Овај рад управо претендује да да тренутни пресек достигнућа савремених европских права у признавању наследних права истополним партнерима. Уз то, сагледавајући постојеће трендове, настојаће се да се укаже и на перспективе уређења регистрованих истополних заједница код нас, а нарочито на могућност међусобног наслеђивања партнера из оваквих заједница.

1. Наследноправни положај партнера из истополних партнерских заједница у неким европским правима

Обим права признатих истополним партнерима у савременим европским законодавствима зависи од тога да ли су регулисана дејства само фактичких хомосексуалних заједница или се посебним законским текстовима уређују регистрована партнерства. У земљама где услов за признавање права истополним партнерима јесте регистрација партнерске заједнице најчешће се

¹ У чл. 21 Повеље о основним људским правима Европске уније забрањује се дискриминација на темељу сексуалне оријентације. У Резолуцији Европског парламента о равноправности хомосексуалаца и лезбијки из 1994. године позивају се чланице и државе које се желе прикључити Европској унији не само да омогуће регистрацију истополних заједница, већ и да дозволе склапање хомосексуалних бракова. У Препоруци Савета Европе бр. 1474 из 2000. године (Recommendation 1474 (2000) Situation of Lesbians and Gays in Council of Europe Member States) налази се и захтев за усвајањем закона који ће обезбедити регистрована партнерства лицима истог пола, док се у Резолуцији Европског Парламента о поштовању људских права у Европској унији (European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in EU A5-0050/2000) наводи да ванбрачни и истополни партнери треба да уживају иста права као и традиционалне породице, нарочито у односу на опорезивање, социјалне бенефиције и имовинска права. Наведено према: М. Лукић, Карактеристике европског правног оквира права истополних партнера: тенденције, пракса, и усаглашеност породичног законодавства Србије, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 238.

² У чувеном случају *Karner vs. Austria* из 2003. године Европски суд за људска права донео је одлуку о признавању права наслеђа закупа стана преживелом партнеру, које су му оспоравали аустријски судови.

У, такође, познатим случајевима *Dudgeon vs UK* из 1981. године и *Norris vs Republic Ireland* из 1988. године Суд је нашао да је кажњавање добровољног сексуалног односа између одраслих особа истог пола противно чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

признају веома широка дејства овим заједницама, тако да су оне готово у потпуности изједначене са браком³. Ова констатација стоји и када су у питању наследна права регистрованих партнера, уз ретке изузетке, као што је то случај у словеначком законодавству⁴. У оним државама које се нису определиле за модел регистрованих истополних заједница, већ које признају одређена правна дејства само фактичким заједницама, права истополних партнера најчешће су постављена далеко рестриктивније, тако да је и обим наследних права скромнији, или партнерима уопште нису призната никаква наследна права.

1.1. Данска

Прва држава која је у знатној мери изједначила правна дејства заједница два лица истог пола са браком јесте Данска⁵. Законом о регистрованом партнерству из 1989. године⁶ хомосексуалне партнерске заједнице уживају правну заштиту под условом да су регистроване пред надлежним органом. Овакво решење данског законодавца, у теорији познато као модел брака, прихватило је више европских земаља.

Наведеним законом права и обавезе истополних ванбрачних партнера готово у потпуности изједначене су са браком⁷. Разлика нема ни у погледу права на узајамно наслеђивање. Партнери који живе у регистрованом конкубинату наслеђују по правилима која важе за супружнике, тако да преживели партнер наслеђује на једнаке делове са децом оставиоца. Уколико оставилац није имао потомака целокупну заоставштину наслеђује његов партнер.

1.2. Шведска

Давне 1987. године Шведска је донела Закон о истополним кохабитантима⁸, којим су по први пут регулисана одређена дејства фактичких заједница особа истог пола, пре свега у домену имовинских односа. Имовина

³ Ипак, значајне рестрикције могу се уочити у признавању права на родитељство путем усвајања деце или артифицијелне инсеминације, као и праву на издржавање.

⁴ Видети чл. 22 Закона о регистрацији истополне партнерске групе, „Uradni list RS“, бр. 65/2005. У даљем тексту ЗРИПС.

⁵ Детаљније о правним дејствима заједница лица истог пола у Данској видети: О. Цвејић-Јанчић, Да ли је брак превазиђен – Нови облици заједничког живота у савременим правима, Правни живот бр. 9/2001, стр. 446-448.

⁶ Registered Partnership Act, Law No. 372, од 7. јуна 1989. године.

Закони о регистрованом партнерству Данске, Шведске, Норвешке и Исланда доступни су на интернет адреси: <http://users.cybercity.dk/~dko12530/s2.htm>

⁷ Поједине дистинкције временом су нестале, као што су право на усвајање деце и црквена форма регистрације. На основу закона бр. 360 из 1999. године допушта се регистрованом партнеру да усвоји дете другог партнера, а Комитет који је образовала Данска Национална Евангелистичка Лутеранска Црква утврдио је да хомосексуална веза није противна хришћанском учењу и моралу.

⁸ Homosexual Cohabitees Act (1987:813).

стечена у току трајања заједнице живота третирана је као заједничка имовина, тако да један партнер није могао располагати стварима из заједничке имовине без сагласности другог. У случају када један партнер умре, други је имао право да захтева свој удео у заједничкој имовини, пре него што заоставштина буде распоређена законским или завештајним наследницима оставиоца. Преживелом кохабитанту овим законом нису признавана никаква наследна права.

Закон о регистрованом партнерству⁹ донет је у Шведској 1994. године, чиме је особама истог пола омогућено да региструју своју заједницу пред надлежним државним органом и тако остваре знатно шири обим законом признатих права¹⁰. Регистровано партнерство производи иста дејства као и брак¹¹, тако да у погледу наследног права партнери који су регистровали своју заједницу могу узајамно да се наслеђују. Сходно изменама Законика о наслеђивању Шведске¹², преживелом партнеру као законском наследнику припада део заоставштине који је, када се дода вредности коју је стекао поделом заједничке имовине, укупно једнак четвороструком “основном износу” (*base amount*) који је у моменту смрти оставиоца предвиђен Националним законом о осигурању. Овај износ не може бити умањен вољом преминуог партнера израженом у завештању. Уколико се остали наследници оставиоца одрекну наслеђа целокупна заоставштина припада партнеру. Након његове смрти на наслеђе на делу заоставштине који је наследио од првопреминулог партнера биће позвани наследници раније преминулог партнера (чак и они који су се првобитно одрекли од наслеђа), с тим што ће наследни део оних наследника који су се раније прихватили наслеђа бити редукован. Уколико касније преминули партнер нема законских наследника, његову заоставштину наследиће наследници раније преминулог партнера.

⁹ Law on Registered Partnership (1994:117).

¹⁰ Два лица истог пола могу регистровати партнерство ако су испуњени услови: да је бар једно од њих шведски држављанин са пребивалиштем у Шведској, да су старији од 18 година, да нису у браку или регистрованом партнерству, да нису у крвном сродству у правој линији, нити пунородна браћа и сестре (полуродна браћа и сестре могу регистровати заједницу само уз одобрење Владе Шведске).

¹¹ Касније, доношењем Закона о кохабитантима 2003. године дат је још шири обим права регистрованим партнерима, тако да један партнер може да усвоји дете другог партнера, партнери могу тражити и да заједнички усвоје дете, а од 1. јула 2005. године чак је дозвољена артифицијелна инсеминација и фертилизација ван тела код лезбијских партнера. Видети о томе: Г. Ковачек-Станић, *Породично право*, Нови Сад, 2005, стр. 188.

У Шведској ће ускоро бити усвојен нови Закон о браку, којим ће бити признато право на склапање брака и особама истог пола и омогућена аутоматска конверзија регистрованих заједница у брак.

¹² Inheritance Code из 1958. године, Act amending the Inheritance Code из 1987. године. Овим изменама значајно је побољшан наследноправни положај преживелог супружника као законског наследника.

1.3. Норвешка

Норвешка је донела Закон о регистрованом партнерству за хомосексуалне парове 1993. године¹³. Готово једнака права и обавезе које имају венчани парови (од 2002. године и право на усвајање детета другог партнера) предвиђена су и за регистроване истополне парове.

Лица која су регистровала своју заједницу имају право узајамног наслеђивања. Преживели партнер наследник је у првом и другом наследном реду. Када наслеђује са потомцима оставиоца његов наследни део износи $\frac{1}{4}$ заоставштине. У ситуацијама када се на наслеђе позива са родитељима оставиоца или њиховим потомцима, преживелом партнеру припада $\frac{1}{2}$ заоставштине. Остале наследнике искључује из наслеђа.

1.4. Финска

Последња скандинавска држава која је законом уредила регистрацију заједница истополних партнера и на тај начин практично изједначила ове заједнице у дејствима са браком јесте Финска. Закон о регистрованом партнерству донет је 2001. године¹⁴ и њиме су уређени поступак регистрације и престанка партнерства, као и његови правни домети.

У домену наслеђивања, нема разлике у положају преживелог партнера и супружника. Уколико је преминули партнер имао деце, његов партнер нема право наследства. Међутим, партнеру припада право доживотног коришћења стана у коме је заједно становао са оставиоцем до његове смрти, без обзира на законски ред наслеђивања или одредбе у завештању по којима право својине на стану стиче неко од наследника, осим ако преживели партнер не поседује други стан који је прикладан за становање¹⁵. Уколико оставилац није имао потомке, целокупну заоставштину наслеђује преживели партнер, с тим што ће након његове смрти половина заоставштине припасти сродницима из друге парентеле првопреминулог партнера.

1.5. Енглеска

Доношењем Закона о цивилном партнерству 2004. године, који је ступио на снагу 2005. године (Civil Partnership Act), у Енглеској су истополне ванбрачне заједнице практично изједначене са браком. Услов да истополни парови уживају

¹³ The Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples, Law No. 40, април 1993. године.

¹⁴ Act on Registered Partnership, Law No. 950/2001.

¹⁵ Видети: поглавље 3, параграф 1а, тач. 2 Code of Inheritance Finland бр. 40/1965. Одредбе о наслеђивању које се тичу преживелог супружника, а које се аналогно примењују на хомосексуалне партнере, измењене су 1983. године.

идентична права и обавезе као супружници јесте да њихова заједница буде регистрована пред надлежним органом. Поступак регистрације сличан је поступку за склапање брака, а раскид ванбрачне заједнице одвија се пред судом, по сличној процедури по којој се разводи брак.

Истополни партнери имају право узајамног законског наслеђивања и наслеђују по истоветним правилима која су прописана за наслеђивање супружника. Ова правила замишљена су тако да одражавају вољу просечног оставиоца, засновану на великом броју проучених завештања¹⁶. Одредбе које детаљно регулишу наследна права преживелог брачног друга садржане су у Administration of Estates Act из 1925. године, и више пута су мењане. Сходно важећим прописима супружник, односно „цивилни партнер“ наслеђује:

а) *Уколико оставилац има потомке*, партнеру припадају: покретне ствари оставиоца у својину¹⁷, законски легат у износу од 125.000 фунти и доживотна камата на половини преостале заоставштине.

б) *Уколико оставилац нема потомке, али има живе родитеље*, партнеру припадају: покретне ствари оставиоца у својину, законски легат у износу од 200.000 фунти и право на половини главнице преостале заоставштине.

в) *Уколико оставилац нема потомке нити родитеље, али има браћу и сестре*, надживели партнер наслеђује: покретне ствари оставиоца у својину, законски легат у износу од 200.000 фунти и половину главнице преостале заоставштине¹⁸.

г) У осталим случајевима партнер наслеђује целокупну заоставштину.

1.6. Немачка

Доношењем Закона о окончању дискриминације заједница лица истог пола (Закон о регистрованим животним заједницама)¹⁹ 2001. године и у Немачкој су истополне ванбрачне заједнице готово у потпуности изједначене са браком. Ванбрачна заједница заснива се регистрацијом пред надлежним државним органом, при чему се партнери изјашњавају о имовинском режиму који ће за њих важити (могу уговором уредити имовинске односе или прихватити режим имовинске заједнице који важи за брак).

¹⁶ О. Антић, Наследно право, Београд, 2007, стр. 112.

¹⁷ Законодавац користи термин „personal chattels“ који судска пракса тумачи веома широко. Видети: Parry and Clark, The Law of Succession, London, 2002, стр. 10-11.

¹⁸ Department for Constitutional Affairs у акту Administration of Estates—Review of the Statutory Legacy, предложио је 2005. године увећање законског легата са постојећих 125.000 односно 200.000 фунти на 350.000 односно 650.000 фунти. Видети: K. Standley, op. cit., стр. 102.

¹⁹ Law on the Life Registered Partnership (Life Partnership Act) (Fed I, p. 266). Текст Закона доступан је на web адреси: <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/de/bmj.html>.

За разлику од већине закона који регулишу дејства регистрованих истополних заједница, немачки Закон о регистрованим животним заједницама је у §10 детаљно регулисао наследноправни положај хомосексуалних партнера. Надживели партнер јавља се као законски наследник преминулог партнера. Када наслеђује са сродницима првог наследног реда, наследни део износи $\frac{1}{4}$ заоставштине. Уколико се јавља као наследник другог наследног реда или наслеђује са бабама и дедама оставиоца, добија половину заоставштине. Остале наследнике искључује из наслеђа, тако да му припада цела заоставштина. Преживели партнер има право и на предмете заједничког домаћинства и поклоне добијене за оснивање животне заједнице. Када је завештањем искључен из наслеђа, преживели партнер има право да на име нужног (дужносног) дела захтева половину законског дела који би му припао, уз услов да се понашао као супружник. Преживели партнер губи наследна права ако су у време смрти његовог партнера постојале претпоставке за раскид регистроване заједнице, као и уколико је био покренут поступак за раскид, а после смрти се докаже да је предлог био основан.

1.7. Швајцарска

Након регулисања истополних партнерских заједница у кантонима Женева и Цирих, на референдуму одржаном 5. јуна 2005. године²⁰ грађани Швајцарске одобрили су усвајање Закона о регистрованом партнерству²¹ на федералном нивоу. Закон је ступио на снагу 1. јануара 2007. године. На основу овог закона партнери који региструју своју заједницу уживају иста права као и супружници, с тим што не могу усвајати децу, нити се могу користити методама асистираних прокреације.

Када су у питању наследна права хомосексуалних партнера, она су идентична правима супружника. Сходно чл. 462 Швајцарског грађанског законика преживелом партнеру припада $\frac{1}{2}$ заоставштине када наслеђује са потомцима оставиоца²². Уколико оставилац није имао потомство, партнер наслеђује са сродницима оставиоца из друге парентеле и на име наследног дела њему припада $\frac{3}{4}$ заоставштине. Бабу и деду оставиоца и њихово потомство, као припаднике трећег наследног реда, преживели партнер искључује из наслеђа. Истополни партнер из регистроване заједнице ужива и статус нужног наследника, а његов нужни део износи половину законског наследног дела.

²⁰ На референдуму 58% грађана Швајцарске изјаснило се ЗА усвајање Закона, док је 42% било ПРОТИВ.

²¹ Act on registered partnerships between persons of the same sex. Закон је доступан на web адреси:

http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/eingetragene_partnerschaft.Par.0037.File.tmp/Partnership%20_e_.pdf

²² Изменама одредаба о наслеђивању од 5. октобра 1984. године, које су ступиле на снагу 1. јануара 1988. године, наследноправни положај супружника знатно је побољшан.

1.8. Француска

Иако је позната по привржености традиционалним породичним вредностима, Француска је ипак 1999. године донела Закон бр. 99-994 којим је регулисана ванбрачна кохабитација, како хетеросексуалних, тако и хомосексуалних партнера²³. Овим законом први том Code Civil-а допуњен је поглављем XII (чл. 515-1 до 515-8) чији је назив Du pacte civil de solidarité et du concubinage – PACS (Грађански споразум о солидарности и конкубинату), и њиме је конкубинат дефинисан као заједница живота два лица истог или различитог пола који живе као пар и чију заједницу карактерише стабилност и трајност²⁴. Ова лица могу закључити споразум о солидарности, чиме стичу већину права и обавеза које имају и супружници (у области социјалне заштите, пореског права, имовинских, стамбених и других односа).

Иако су дејства конкубината у Француској веома слична браку, ипак ванбрачним партнерима није признато право узајамног наслеђивања, осим када се ради о закупу. Заоставштину преминулог партнера наслеђују његови десценденти, асценденти или побочни сродници. Партнери који живе у заједници дуже од две године од закључења споразума о солидарности имају извесне пореске олакшице везане за поклон за случај смрти, а након три године приходи партнера опорезују се као да се ради о лицима у браку²⁵. Новчани износ на име животног осигурања може се исплатити преживелом партнеру.

1.9. Португал

У Португалу су 1999. године доношењем Закона бр. 135/99 први пут признате хетеросексуалне ванбрачне заједнице. Законом бр. 7/2001²⁶ дејство ових норми практично је проширено и на истополне парове који живе најмање две године у *de facto* заједници, тако да су хомосексуалне и хетеросексуалне заједнице потпуно изједначене. Како законодавац није предвидео регистрацију ових заједница, обим права партнера значајно је остао ужи од обима права признатих супружницима.

Преживели партнер не сматра се чланом породице, тако да нема право наслеђа на заоставштини преминулог. Међутим, партнер ипак ужива

²³ Овакво решење законодавца наишло је на жестоке критике у француској стручној јавности, а дошло је и до великих демонстрација, усмерених против доношења оваквог закона.

²⁴ Видети чл. 515-8 Code Civil-а. Закон предвиђа и сметње за закључење споразума: малолетство, крвно и тазбинско сродство (у правој линији, а за крвне побочне сроднике закључно са трећим степеном сродства), брачност или постојећи споразум о солидарности као и старатељство над пунолетним лицем потпуно лишеним пословне способности.

²⁵ Наведено према: Г. Ковачек-Станић, Упоредно породично право, Нови Сад, 2002, стр. 123, са позивањем на: С. Martin – I. Théry, Cohabitation in France, International Journal of Law, Policy and the Family 15, Oxford, 2001.

²⁶ Act adopting measures for the protection of *de facto* unions, од 11. маја 2001. године.

извесна права, што његов правни положај чини специфичним. Наиме, истополни партнер који је живео заједно са оставиоцем у стану чији је власник био оставилац има право да борави у стану пет година након смрти оставиоца, а припада му и право прече куповине непокретности под одређеним условима²⁷. Преживелом партнеру припада и право на издржавање и дотације, право на накнаду у случају када је смрт наступила услед професионалне болести или несреће на радном месту, као и право на војну пензију и пензију намењену нарочито заслужним лицима. Поред тога, на надживелог партнера прелази и право закупа стана у коме је живео са оставиоцем.

1.10. Словенија

Законом о регистрацији истополне партнерске заједнице у Словенији су први пут правно уређене хомосексуалне ванбрачне заједнице²⁸. Овим актом регистрована истополна партнерска заједница дефинисана је као законом уређена заједница две жене или два мушкарца који пред надлежним управним органом региструју своју заједницу на законом одређен начин²⁹. Правна дејства ових заједница широко су постављена и обухватају личне, личноимовинске и имовинске односе партнера.

Партнери из лезбејских или геј заједница имају право међусобног законског наслеђивања. Међутим, за разлику од ванбрачних партнера различитог пола који имају право наслеђа на целокупној заоставштини оставиоца, партнери истог пола конкуришу на наслеђе само на делу заједничке имовине умрлог партнера. Када наслеђује заједно са децом оставиоца преживели партнер и деца наслеђују на једнаке делове. Уколико оставилац није имао деце партнер наслеђује целокупан наведени део заоставштине³⁰. Ванбрачни хомосексуални партнер може бити и нужни наследник, с тим што би његов нужни део био мањи од нужног дела ванбрачног партнера различитог пола³¹. Преживели партнер губи право

²⁷ Видети: чл. 4 Закона бр. 7/2001.

²⁸ Детаљно о дејствима истополних ванбрачних заједница у словеначком праву: С. Стјепановић, *Истополне партнерске заједнице*, Правни живот бр. 10/2006, стр. 223-233; С. Краљјић, *Pravna ureditev registrirane istospolne partnerske skupnosti v Sloveniji*, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 213-231; Б. Вељковић, *Истополна заједница – словеначко правно уређење и јавност*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2006, стр. 88-101.

²⁹ Сметње за регистрацију истополних заједница су бројне: малолетство, крвно сродство у правој линији без ограничења и у побочној линији до четвртог степена сродства закључно, однос старатеља и штићеника, усвојиоца и усвојеника, као и храниоца и храниеника, неспособност за расуђивање, брачност или чињеница да се неко од партнера налази у регистрованој заједници са другим лицем, а обавезно бар један од партнера мора бити држављанин Словеније (чл. 2-4 ЗРИПС).

³⁰ Видети чл. 22 ЗРИПС-а.

³¹ Ово произилази из чињенице да се истополни партнер не јавља као наследник на целокупној

наслеђивања уколико је заједница живота са оставиоцем трајно престала или је проглашена ништавом, уколико се након смрти оставиоца поништи заједница из разлога који су преживелом партнеру били познати у време регистрације заједнице, као и када је оставилац за живота поднео предлог за престанак заједнице, а након његове смрти надлежни орган нађе да је предлог био основан.

1.11. Хрватска

Истополне ванбрачне заједнице регулисане су у Хрватској Законом о истополним заједницама из 2003. године³². Хрватски законодавац определио се да регулише само фактички однос две особе хомосексуалне оријентације, не условљавајући дејства таквих заједница њиховом претходном регистрацијом. Отуда и не чуди ужи корпус права који је законом предвиђен. У смислу овог закона истополна заједница је животна заједница две особе истог пола које нису у браку, ванбрачној или другој истополној заједници, а која траје најмање три године, која се темељи на начелима равноправности партнера, међусобног поштовања и помагања, те емотивној везаности партнера (чл. 2 ЗИЗРХ)³³. Ова лица морају бити старија од 18 година, не смеју бити лишена пословне способности и не смеју бити крвни сродници у правој линији, нити побочни сродници до четвртог степена сродства (чл. 3 ЗИЗРХ). Правна дејства истополне ванбрачне заједнице огледају се у праву на издржавање, праву на стицање и уређивање међусобних имовинских односа и праву на узајамно помагање. Имовина стечена током трајања ванбрачне заједнице заједничка је имовина ванбрачних партнера, с тим што су они овлашћени закључити уговор о уређењу имовинскоправних односа. Ванбрачни партнери из истополних заједница немају право међусобног законског наслеђивања. То право им не признаје ни ЗИЗРХ, ни Закон о наслеђивању³⁴ који субјектима ванбрачне заједнице изричито сматра мушкарца и жену³⁵.

заоставштину оставиоца, већ само на његовом делу заједничке имовине.

³² „Narodne novine“, бр. 116/2003. У даљем тексту ЗИЗРХ.

³³ Овакво одређење критиковано је у хрватској стручној јавности. Законодавац је дефиницијом избегао да наведе да је истополна оријентација темељ односа ванбрачних партнера из оваквих заједница. На тај начин под истополном ванбрачном заједницом могли би се подвести и различити животни односи у којима два лица организују заједничко становање на основама равноправности, међусобног уважавања и помагања (нпр. студенти). Видети о томе: М. Алинчић и др., Обитељско право, Загреб, 2006, стр. 117.

³⁴ „Narodne novine“, бр. 48/03.

³⁵ Детаљно о истополним заједницама у хрватском праву видети код: А. Кораћ, Људска права и правно уређење истополних заједница у домаћем законодавству, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4/2005, стр. 821-830.

2. Наслеђивање истополних партнера у српском праву *de lege ferenda*

Наше законодавство, генерално гледано, нема довољно либералан капацитет и прилично заостаје у праћењу и усвајању тековина савремених права. Као да се на све промене гледа са неким подозрењем, без спремности на било каква решења којима би се отишло корак даље од других. Све је то одраз стања у коме се наше друштво налази.

Наш законодавац има рестриктиван приступ у регулисању ванбрачних заједница, ограничавајући се само на заједнице лица различитог пола. Ванбрачне заједнице истополних партнера за сада су код нас ван домашаја права³⁶. Чињеница је да је наше друштво у доброј мери конзервативно, можда и хомофобично, да не постоји довољно развијена свест, а ни политичка воља за решење овог питања. Хомосексуалност се доживљава као абнормалност, девијација, а не као сексуална оријентација. Једна од главних препрека за признавање већег обима права истополним партнерима јесте бојазан од урушавања традиционално схваћеног система вредности у коме породица заузима централно место. Хомосексуалне заједнице се, за разлику од хетеросексуалних, не сматрају обликом заједничког живота који је адекватна алтернатива класичној породици, већ као неприродно, нездраво окружење.

Управо из ових разлога, потребан је динамичан и еволутиван приступ проблему. Са постепеним ишчезавањем предрасуда и повећањем нивоа социјалне перцепције о прихватљивости хомосексуалности, уверени смо доћи ће и до легализације истополних партнерских заједница.

Мишљења смо да би Република Србија унеколико требала следити пример других земаља које су се определиле да хомосексуалне партнерске заједнице уреде посебним законским текстом и на другачијим основама од хетеросексуалних. Породични закон није најбоље место за то. Такав поступак не би био израз дискриминације већ идеолошко-политичког компромиса који неминовно мора бити постигнут. Посебним законом потпуно би била регулисана истополна ванбрачна заједница: прецизирао би се њен појам, поступак регистрације, услови за регистрацију, правна дејства, престанак ванбрачне заједнице и др.

Као спорно, појавиће се питање обима права који треба признати истополним партнерима. У одређеним областима, као што је нпр. право на усвојење деце, приступ би требао бити рестриктиван. У сфери имовинског права хомосексуални партнери који региструју своју заједницу требало би да

³⁶ Према статистичким подацима, који су се показали прилично константним, хомосексуалност постоји код 10% укупне популације у свакој држави. Видети: Читанка од А до Ш о лезбејским и геј људским правима, Лабрис – организација за лезбејска људска права, Београд, 2006.

имају идентичан положај као и супружници. Имовина која је стечена за време трајања партнерске заједнице сматрала би се њиховом заједничком имовином, а међу истополним партнерима требало би да постоји и законска обавеза издржавања³⁷.

У погледу права на узајамно наслеђивање партнера, може се поставити питање да ли истополним партнерима треба дати иста наследна права као и супружницима или пронаћи решења која би имплицирала њихов неповољнији положај. У упоредном праву последњих деценија, као што је напред приказано, изражен је тренд ширења права хомосексуалних партнера у сфери законског наслеђивања. Све је већи број законодавстава која у потпуности изједначавају наследноправни положај истополних партнера и супружника. Утисак је да ће се таква пракса наставити у будућности и у другим земљама.

Наследноправни положај лица у регистрованим лезбејским или геј заједницама у српском праву *de lege ferenda* не би се требао разликовати од положаја који уживају супружници. Мишљења смо да би овакво решење било најправичније, јер би се тако на најадекватнији начин заштитили интереси свих наследника, а то би одговарало и претпостављеној вољи оставиоца, обзиром на блиске емотивне односе са партнером. Оставиочев партнер био би законски наследник првог и другог наследног реда. Када у првом наследном реду наслеђује са оставиочевим потомцима или усвојеницима и њиховим потомцима (под условом да је усвојење засновано пре регистрације партнерске заједнице), преживели партнер би са првостепеним потомцима оставиоца наслеђивао на једнаке делове. У другом наследном реду припала би му половина заоставштине, док би друга половина на једнаке делове припала оставиочевим родитељима, односно по праву представљања њиховим потомцима ако родитељи не могу или не желе да наследе. Поклони које је оставилац даривао свом партнеру било када, испоруке које му је завештањем оставио, као и дуговања која је евентуално преживели партнер имао према оставиоцу, могли би бити урачунати у његов наследни део. Уколико оставилац не би имао сроднике из другог наследног реда, целокупну заоставштину наследио би ванбрачни партнер, искључујући из наслеђа, на тај начин, све оставиочеве сроднике који припадају трећем и осталим наследним редовима.

Нема сметњи да се одредбе о повећању и смањењу наследног дела супружника садржане у Закону о наслеђивању³⁸ примене и на хомосексуалне партнере. Међутим, ЗОН не даје могућност повећања наследног дела супружника када наслеђује у првом наследном реду. Овакво решење не само

³⁷ Овакво поимање у складу је са ставом Европског суда за људска права који је у случају *Lithgow v. UK* из 1986. године одредио дискриминацију као различито поступање, противно одредби чл. 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ако „нема објективно и разумно оправдање, а то је ако не следи легитимну сврху или ако не постоји разумна сразмерна веза између искоришћених средстава и циља који се покушава подвести“.

³⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 46/95 и 101/2003. У даљем тексту ЗОН.

да је нелогично, већ је и дубоко неправично и представља значајан недостатак Закона. Претпоставка да супружник не може запасти у материјалну оскудицу, обзиром да му припада право на деобу заједничке имовине стечене у браку и право на издвајање предмета домаћинства, не може се без изузетака прихватити као тачна. У нашој теорији било је аргументованих покушаја да се укаже да је овакав став законодавца погрешан и да би требало утврдити услове за повећање наследног дела супружника у првом наследном реду³⁹. Сматрамо да би требало предвидети да супружник који конкурише на наслеђе са потомцима оставиоца може, у року од годину дана од *delatio hereditatis*, захтевати повећање свог наследног дела на терет осталих потомака, уколико нема нужних средстава за живот. У сваком конкретном случају суд би, ценећи све релевантне чињенице, утврдио проценат увећања ако нађе да је захтев оправдан. Увећање би могло теретити све или само поједине наследнике, с тим што би супружник имао само право плодуживања на увећаном делу или целокупној заоставштини. Наступањем услова за примену клаузуле *rebus sic stantibus*, на захтев санаследника плодуживање би могло бити укинута⁴⁰. Уколико би заоставштина била тако мале вредности да би њеном поделом супружник запао у оскудицу, суд би могао да одлучи да му додели целокупну заоставштину. Одредбе о повећању наследног дела супружника у првом наследном реду аналогно би се примењивале и на регистроване истополне партнере.

Право на предмете домаћинства мање вредности за задовољавање свакодневних потреба такође би требало признати и истополним партнерима. На преживелог партнера примењивале би се и императивне законске норме о нужном наслеђивању. Нужни део оставиочевог партнера износио би половину законског наследног дела, без обзира да ли се јавља као наследник првог или другог нужног наследног реда. Вољом завештаоца партнер би могао бити постављен и за завештајног наследника, испорукопримца и корисника налога, као што може бити одређен и за дужника испоруке и обвезника налога.

Преживели партнер који је у тренутку смрти оставиоца био у регистрованој заједници, изгубио би право наслеђивања уколико је заједница живота са оставиоцем трајно престала кривицом преживелог партнера или споразумно, када је оставилац за живота поднео предлог за престанак заједнице, а након његове смрти надлежни орган нађе да је предлог био основан, и уколико се након смрти оставиоца поништи заједница из разлога који су преживелом партнеру били познати у време регистрације заједнице.

³⁹ Видети детаљније: В. Ђорђевић, *Наслеђивање брачних другова*, Београд, 1988, стр. 59-61.

⁴⁰ Овако и: Н. Стојановић, *Крвни сродници оставиоца као наследници првог законског наследног реда*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XXXVIII-XXXIX, Ниш, 1998-1999., стр. 64.

Закључна разматрања

Хомосексуализам је социолошки феномен који представља маргиналну појаву друштвеног живота. Међутим, чињеница да та појава јесте реткост никако не оповргава смисао и потребу да се хомосексуално усмереним особама, као друштвеној мањини, признају одређена права у циљу сузбијања њихове социјалне дискриминације и кршења њихових људских права. Анализа показује да се све већи број држава одређује да посебним законима уреди могућност регистрације истополних заједница. На тако регистроване заједнице примењују се иста правила која се односе на брак, уз изузетке који се тичу права на усвајање деце и биомедицински потпомогнуту оплодњу. Што се тиче права наслеђивања, који је био у фокусу наше пажње, већина законодавстава се определила за идентичан режим који уживају и супружници. Оне државе које не уређују регистрована партнерства већ само фактичке истополне заједнице, не предвиђају или у знатно смањеном обиму признају наследна права преживелом партнеру.

Иако српско право никада није формално имало дискриминативан приступ, морамо, на жалост, констатовати када се ради о лицима хомосексуалног опредељења и о партнерским заједницама које ова лица заснивају, да је у нашем праву на делу фактичка дискриминација. Истополне партнерске заједнице нису регулисане законом и не уживају правну заштиту у српском праву.

Према тренутном стању ствари, обзиром да наше право не признаје истополне заједнице, преживели партнер не може бити ни законски ни нужни наследник преминулог партнера. У раду је изнета аргументација и став да би истополним партнерима из регистрованих партнерских заједница требало не само признати узајамно право наслеђивања, већ и да би их у потпуности требало изједначити са супружницима у наследним правима. Норме које се односе на наслеђивање супружника аналогно би се примењивале на ова лица. Преживели партнер био би законски наследник првог и другог наследног реда, док би сроднике оставиоца из треће и даљих парентела искључивао из наслеђа. Одредбе ЗОН-а које се тичу промена у величини наследног дела супружника без сметње би се могле примењивати и на регистроване партнере. Нужни део истополног партнера, као и супружников, износио би $\frac{1}{2}$ законског наследног дела. У погледу остваривања права наслеђа на основу завештања, сматрамо да се такве одредбе у завештању никако не смеју протумачити противним добрим обичајима и моралним нормама друштва и, као такве, не представљају један од основа за поништење завештања.

Novak Krstić, LL.B.
Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš

SUCCESSION RIGHTS OF HOMOSEXUAL PARTNERS IN CONTEMPORARY LAW

Summary

Homosexual partnership is very similar to marriage both by its external manifestations and internal characteristics and, in some countries, even by its formation. In family law, homosexual partners enjoy similar legal protection as traditionally married couples. Homosexual partnerships encompass the entire scope of personal and property relations between partners, including their emotional as well as economic relations. The problem of bringing such unions into the institutional framework is one of the leading controversies in the contemporary family law. As the social awareness and tolerance towards homosexuals has been on the increase in the past few decades, there is a growing number of modern states that have been committed to recognizing the rights of homosexual partners.

In this paper, the author deals with only one aspect of the underlying effect of homosexual partnership, primarily concerning the issues related to the scope and contents of homosexual partners' succession rights in those European legislations which have regulated the issue of registered or co-habiting homosexual partners. The author provides an overview of current legislative solutions and accomplishments in this area in the states which have enacted contemporary legislation in this area. Besides, the author has made an effort to eliminate any dilemma on the necessity of introducing regulations on homosexual partnership into the national legislation, particularly in terms of the possibility of introducing the institute of joint succession of homosexual partners.

Key words: homosexual partners, registered homosexual partnership, succession rights of homosexual partners, comparative law

UDK: 502.14:347.426.6](497.11)

Михајло Цветковић, сарадник у настави

Правни факултет Универзитета у Нишу

КОМПЛЕМЕНТАРНОСТ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ И ПРОПИСА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА НА ПОЉУ НАДОКНАДЕ ШТЕТЕ

***Апстракт:** Са једне стране, овај чланак је замишљен као практичан водич еколошким активистима који нису правници. Зато је аутор нарочиту пажњу посветио објашњавању појмова који су цивилистима добро познати, а имају посебан значај у интердисциплинарној области каква је заштита животне средине. Са друге стране, дати су конкретни предлози у циљу измене постојећих законских решења чију непрецизност само правници могу да „примете“. Чланак садржи већи број оригиналних теоретских примера, практичних предлога, хипотетичке ситуације, везе ка међународним документима, као и случајеве из домаће и стране судске праксе.*

***Кључне речи:** загађивање, одговорност, штета, надокнада, Закон о облигационим односима*

Увод

Важни прописи Републике Србије штите околину. По Уставу, свако има право на здраву животну средину и информисаност о њеном стању, док за њену заштиту одговарају сви, а посебно Република и аутономна покрајина. Прописана је и општа дужност чувања и побољшавања животне средине.¹ Још један значајан акт, *Национална стратегија одрживог развоја Републике Србије*, наглашава да се један од националних приоритета односи на заштиту и унапређење животне средине и рационалну употребу природних ресурса.² Користан инструмент за остваривање ових циљева је и грађанско-правна заштита животне средине.

Велики број међународних извора регулише грађанско-правну заштиту животне средине.³ Домаће „зелено“ законодавство реформисано је

¹ Види: чл. 74 Устава Републике Србије, ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006).

² Национална стратегија одрживог развоја Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 57/2008), поглавље V.

³ Међународна Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану загађивањем

2004. године, после доношења више закона и подзаконских аката.⁴ Међу њима, за проблем грађанске одговорности најзначајнији је Закон о заштити животне средине.⁵ На питања о одговорности за штете нанете животној средини која нису посебно уређена овим законом, примењују се општа правила Закона о облигационим односима.

Међутим, ЗОО није једини пропис из домена грађанског права релевантан за ову област. Тако нпр. ЗОСПО⁶ налаже власнику да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и отклања узроке који потичу од његове непокретности којима се отежава коришћење других непокретности (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и сл.); Закон о заштити потрошача прописује да производи, производни процеси и услуге морају бити сигурни по живот и здравље потрошача и животну средину и да, између осталог, морају одговарати еколошким условима у складу са законом, важећим стандардима, обичајима и другим прописима.⁷

Поред наведених, примера има још. Зато је тема нашег рада узајамна кохерентност и комплементарност Закона о заштити животне средине и других прописа који утичу на грађанско-правну одговорност.

Имајући у виду да је у току процедура измене овог закона⁸, дати су предлози за побољшање постојећих решења о одговорности за штету нанету животној средини.⁹

нафтом (Брисел, 1969), Конвенција о оснивању међународног фонда за накнаду штете настале услед загађивања нафтом (Брисел, 1971), Бечка Конвенција о грађанској одговорности за нуклеарне штете (Беч, 1963), Конвенција о грађанској одговорности у области транспорта нуклеарног материјала (Брисел, 1971), Конвенција о одговорности треће стране у области нуклеарне енергије (Париз, 1960), Конвенција о грађанској одговорности за штету насталу за време превоза опасних роба друмом, железницом и унутрашњим пловним путевима (Женева, 1989), Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед активности које су опасне за животну средину (Лугано, 1993), Архуска конвенција (1998) итд. Ови извори праћени су бројним протоколима и амандманима.

⁴ Више о томе: Г. Петковић: *Ново законодавство у области управљања заштитом животне средине*, Правни живот, бр. 9/2005, стр 551.

⁵ Даном ступања на снагу Закона о заштити животне средине ("Сл. гласник РС" бр. 135/2004), престао је да важи Закон о заштити животне средине ("Сл. гласник РС", бр. 66/91, 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/95 - др. закон и 53/95) осим одредаба којима се уређује заштита ваздуха, заштита природних добара и заштита од буке.

⁶ Закон о основама својинско правних односа ("Сл. лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90, "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96 и "Сл. гласник РС", бр. 115/2005 - др. закон), чл. 5.

⁷ Закон о заштити потрошача ("Сл. гласник РС", бр. 79/2005), чл 5.

⁸ Види: Предлог закона о изменама и допунама закона о заштити животне средине, <http://www.ekoserb.sr.gov.yu/dokumenti/index.php>.

⁹ Ради бољег разумевања датих предлога, молимо Читаоца да приликом читања рада има пред собом и чл. 102 – 108 Закона о заштити животне средине.

1. Грађанско-правна одговорност за загађивање животне средине Разликовање правне, грађанске и одговорности за загађивање

„Одговарати“ значи полагати рачуне другоме.¹⁰ Постоје различити видови друштвене одговорности (нпр. политичка, морална, правна итд.). Концепт правне одговорности везује се за појам правног деликта као друштвено штетног понашања које је недопуштено са аспекта права. Деликт је противправно поступање које прати санкција одређена прописима (правна одговорност).

Одговорност за загађивање је много шири појам. За овај вид одговорности важи начело „загађивач плаћа“.¹¹ Та максима, уважавајући концепт одрживог развоја¹², пружа могућност да загађивач плаћа друштву надокнаду за контаминирање. Такво загађивање није противправно, нема деликта па нема ни одговорности у правном смислу. Али у случајевима када је противправно, као један облик одговорности за загађивање јавља се и правна одговорност.¹³

Правна одговорност за загађивање може бити грађанска, кривична, прекршајна итд. Кривични законик регулише кривичну одговорност загађивача¹⁴, а одговорност за прекршаје и привредне преступе уређена је у глави IX Закона о заштити животне средине. Садржај главе VII говори само о грађанској одговорности¹⁵, док о осталим видовима нема ниједне норме. Због свега горе наведеног сматрамо да наслов седме главе „Одговорност за загађивање животне средине“ треба променити, јер је преширок. Глава се односи на правну одговорност (која је елемент одговорности за загађивање) и то само на њен грађанско-правни аспект.

За грађанску одговорност (користи се и израз *имовинска одговорност*) важе регуле грађанског права, односно начела која прописује ЗОО и други прописи из ове области. Најважнији облик имовинске

¹⁰ Ј. Радишић: *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 181.

¹¹ Први пут, на међународном плану, начело је поменуто 1972. године, у препоруци савета ОЕCD: *Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. Начело је реafirмисано 1992, у Рио Декларацији (принцип 16), и данас је широко прихваћено у међународном и националном еколошком праву (у тзв. „јаком“ облику, енг. *Strong Polluter Pays Principle*).

¹² Рио декларација (са конференције УН о животној средини и развоју, 1992) садржи 27 принципа одрживог развоја. Текст документа: <http://www.un.org/documents/ga/conf/151/aconf15126-1annex1.htm>.

¹³ Види: Начело „Загађивач плаћа“, чл. 9 ст. 6 Закона о заштити животне средине. Цитирамо део норме који се односи на надокнаду штете: „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 животној средини.“

¹⁴ Види: Глава 24, Кривични законик РС ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005): Кривична дела против животне средине.

¹⁵ Изузеци су чл. 102 „Обавезе правних и физичких лица“, и чл. 104 ст 1 „Обавеза загађивача“, који се не односе на грађанску, али ни на друге врсте правне одговорности.

одговорности је надокнада штете.¹⁶ Када се ради о тзв. еколошким штетама, класични принципи грађанског права су употпуњени и кориговани начелима Закона о заштити животне средине, будући да је он за ове случајеве *lex specialis*.

Анализирајући повезана питања (Ко и како одговара? Ко има право на одштету? Колики је обим надокнаде? Како се то право остварује?), истражићемо различите формалне изворе права, односно њихову повезаност и комплементарност.

2. Одговорни субјекти

За одговор на питање који су субјекти одговорни за надокнаду еколошке штете релевантно је више начела. Закон о облигационим односима садржи општу забрану наношења штете другоме (чл. 16), и прописује да је онај ко другоме проузрокује штету дужан да је надокнади (чл. 154). Конкретнија решења даје Закон о заштити животне средине. Принцип одговорности загађивача и његовог правног следбеника (чл. 9 ст. 5 Закона о заштити животне средине) предвиђа одговорност правног или физичког лица које својим незаконитим или неисправним активностима¹⁷ доводи до загађења животне средине.

Дакле, у првом реду одговара загађивач, а то је правно или физичко лице које својом активношћу или неактивношћу загађује животну средину и тиме причињава штету.

Правна лица имају деликтну способност¹⁸, тј. сопственом имовином одговарају за проузроковану штету. Ако се ради о правном лицу (највећи и најчешћи загађивачи су правна лица), оно одговара и у случају ликвидације или стечаја, у складу са законом. Промене власништва или други облици промене својине правних лица обавезно укључују намирење дугова (терета) претходног власника за извршено загађивање и/или штету нанету животној средини.

Закон о облигационим односима допуњује одговорност правног лица (чл. 170 – 172). За штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће (загађивач) у коме је запослени (непосредни загађивач) радио у тренутку проузроковања штете, осим ако

¹⁶ Грађанска одговорност не подразумева искључиво дужност надокнаде штете. “Она обухвата (...) и предузимање одговарајућих мера за спречавање настанка штете или узнемиравања, односно обавезу отклањања извора опасности“. Ј. Радишић, наведено дело, стр 183.

¹⁷ „Атрибут *погрешна* је прикладнији од атрибута *неисправна* у ситуацији када треба описати људску активност која је довела до загађења“, М. Каранкић-Мирић: *Одговорност за загађивање животне средине*, Правни живот, бр. 9/2007, стр. 461.

¹⁸ Деликтна способност физичких лица уређена је чл. 159, 160, 164 ЗОО.

докаже да је запослени у датим околностима поступао правилно.¹⁹ Уколико је штета проузрокована намерно, оштећеник може захтевати накнаду и непосредно од радника који је штету изазвао. Правно лице (загађивач) одговара и за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.

Поред загађивача, за загађивање животне средине одговорно је и правно или физичко лице које је незаконитим или неправилним деловањем омогућило или допустило загађивање животне средине (чл. 103 ст. 2 Закона о заштити животне средине).

Најзад, по начелу супсидијарне одговорности (чл. 9 ст. 8 Закона о заштити животне средине), за еколошке штете одговарају државни органи када је загађивач непознат, као и када штета потиче од загађивања животне средине из извора ван територије Републике.²⁰ Сличну супсидијарну одговорност државе, ЗОО прописује за штету насталу услед терористичких аката, јавних демонстрација или манифестација (чл. 180). *Ratio* је у оба случаја исти: држава је дужна да спречи узроке који изазивају овакве штете, односно да пронађе одговорна лица, а ако о томе не успе - сама сноси последице.

3. Основ одговорности

„Загађивач који проузрокује загађење животне средине одговара за насталу штету по начелу објективне одговорности“ (чл. 103²¹ ст. 1 Закона о заштити животне средине). Поставља се питање: Зашто законодавац предвиђа објективну одговорност? Основ одговорности је разлог због кога се штета надокнађује. У теорији облигационог права (и ЗОО), постоје три основа одговорности: субјективна, објективна, и одговорност по основу правичности. Субјективна одговорност је одговорност због кривице: починилац штете дугује надокнаду само уколико је за штету крив. Објективна одговорност је одговорност због створеног ризика. Њена суштина није у томе што починилац штете одговара без кривице, већ независно од кривице. То практично значи да се загађивач не може ослободити надокнаде доказивањем да није крив. Објективна одговорност афирмисана је са развојем индустрије и саобраћаја који су са собом носили и велике штете за које нико није био крив. Да се право задржало искључиво на систему субјективне

¹⁹ Уз напомену из чл. 170, ст. 3 ЗОО.

²⁰ Уз ограничење да се одговорност креће „у оквиру финансијских могућности“ државе (формулација Закона о заштити животне средине).

²¹ Наслов члана „Одговорност за загађивање“ неадекватан је из више разлога. Пре свега, глава VII носи исти назив, па је нелогично да члан има исти назив као и глава чији је саставни део. Поред тога, његова садржина говори само о надокнади штете, тачније основу одговорности, а не о одговорности за загађивање (што је, као што смо навели, шири појам). Зато предлажемо да члан носи наслов: „Одговорност за штету“.

одговорности, њих нико не би морао да надокнади. Питање субјективне или објективне одговорности је значајно не само због положаја страна у судском поступку, већ има и низ других реперкусија. Због тога је решење Закона о заштити животне средине сасвим оправдано.²²

Неки аутори²³ сматрају да одредба Закона о заштити животне средине о објективној одговорности загађивача, директно упућује на одсек ЗОО који говори о одговорности за штету од опасне ствари и опасне делатности (чл. 173-177). То је донекле разумљиво, будући да и за њих важи режим објективне одговорности. Међутим, објективна одговорност је шири појам (нпр. одговорност родитеља за децу млађу од 7 година је такође објективна, али то не значи да су деца опасне ствари). И Закон о облигационим односима, допуњујући норму која говори о штети од ствари или делатности од којих потиче повећана опасност за околину, стипулише да се за штету без обзира на кривицу одговара и у другим случајевима предвиђеним законом (види чл. 154 ЗОО).

Са друге стране, тачно је да су ствари и делатности које су узрок загађења махом опасне, па ће суд применити норме наведеног одсека ЗОО (чл. 173-177).²⁴ Томе доприноси и широка, правницима позната дефиниција опасне ствари: „опасне су све покретне и непокретне ствари које својим положајем, својствима или самим постојањем представљају повећану опасност за околину“.²⁵ Тако нпр. млака вода, у поређењу са сумпорном киселином није опасна, али уколико термо-електрана испусти у реку топлу воду која изазове помор рибе осетљиве на промену температуре, ради се о опасној ствари, а суд ће применити поменуте одредбе ЗОО.

Примена ових норми је важна јер се њима регулишу питања везана за одговорност загађивача. Пре свега, ако постоји опасна ствар или делатност, важи претпоставка узрочности: „Штета настала у вези са опасном ствари,

²² Лугано конвенција (Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед активности које су опасне за животну средину, 1993), такође фаворизује објективну одговорност у спрези са начелом „загађивач плаћа“ (види 7. пасус преамбуле). Цео текст конвенције: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/150.htm>

²³ Види: Б. Пећарац: *Особености грађанскоправне одговорности за еколошке штете*, Правни живот, бр. 9/2006, стр. 630.

²⁴ Из судске праксе: „Одговорност без кривице је одговорност за штету од опасне ствари, за коју је одговоран њен ималац, и одговорност за штету од опасне делатности, за коју одговара лице које се њоме бави. Моторни бензин несумњиво је опасна ствар по својим природним својствима, јер се ради о материји која је по својим физичким карактеристикама лако запаљива, а по својим хемијским карактеристикама отровна, и пошто представља опасност за загађивање природне околине. Тужилац је био власник моторног бензина који се након саобраћајног удеса разлио на коловозу и на околну земљиште, услед чега је наступила штета у виду загађења природне околине, па је као ималац опасне ствари одговоран за насталу штету, на основу одредбе члана 174 Закона о облигационим односима“. (Пресуда Врховног суда Србије, У. 4360/2004 од 8.6.2006. године). Извор свих пресуда у раду: *ParagrafNet*.

²⁵ Види: Михајло Константиновић, *Скица за законик о облигационом односима*, Београд, 1996, стр. 81.

односно опасном делатношћу сматра се да потиче од те ствари, односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете“ (чл. 173 ЗОО). Презумпција је релативна тј. оборива, али отежава положај загађивача на кога пада терет доказивања. Поред тога, чланови 173 – 177 ЗОО, регулишу: ко одговара за штету (ималац опасне ствари или вршилац опасне делатности); случајеве када је ствар противправно одузета имаоцу или предата трећем лицу; разлоге за ослобођење од одговорности (услед више силе, ако постоји радња оштећеног или трећег лица).

Међутим, загађивачи нису једина одговорна лица. Како одговарају лица која нису загађивачи, али спадају у круг одговорних? Закон о заштити животне средине не даје одговор на ово питање. У чл. 103 (ст. 2) Закона о заштити животне средине стоји: „За загађивање животне средине одговорно је и правно и физичко лице које је незаконитим или неправилним деловањем омогућило или допустило загађивање животне средине.“ На основу ове одредбе не може се закључити да ли је реч о субјективној или објективној одговорности. Постоје мишљења да се ради о субјективној одговорности: „(...) ако одговорно лице није проузроковало штету, већ је својим деловањем омогућило или допустило њен настанак, онда је за заснивање одговорности неопходно да се деловање којим је омогућено или допуштено загађивање животне средине квалификује као незаконито или неправилно. Оваква одговорност је по својој правној природи субјективна“²⁶. Незаконито или неправилно деловање је противправно деловање. Законодавац, уствари, каже да се одговара за противправно деловање, али ништа не говори о основу одговорности. Противправност и кривица су различити појмови, а правна теорија тзв. објективну противправност дефинише као објективно противљење норми, независно од кривице лица које то чини.²⁷

Закон о заштити животне средине не одређује ни основ одговорности државе, која у одређеним случајевима (наведеним у претходном одељку) супсидијарно одговара за еколошку штету. На ова питања, важна због разлика између субјективне и објективне одговорности, по свему судећи одговор ће дати судска пракса.²⁸

4. Обим надокнаде

Обим накнаде штете регулисан је чл. 105 Закона о заштити животне средине.²⁹ Загађивач сноси трошкове процене штете и њеног уклањања.

²⁶ Види: М. Каранкић-Мирић, наведено дело, стр. 471.

²⁷ Види: Ј. Радишић, наведено дело, стр. 223.

²⁸ Предлажемо да Закон о заштити животне средине децидно пропише објективну одговорност и за ове категорије одговорних субјеката. Види синтагму „и исто као он“, чл. 176 ЗОО.

²⁹ Наслов овог члана „Одговорност за штету“, такође није адекватан, независно од предложене промене наслова чл. 103 Закона о заштити животне средине. Члан говори о обиму накнаде

Трошкови обухватају: трошкове хитних неопходних интервенција предузетих у време настанка штете; трошкове санације, установљавања новог стања или обнављања претходног стања животне средине и простора, као и трошкове мониторинга остварених резултата; трошкове спречавања настанка исте или сличне штете; трошкове накнаде лицима директно угроженим штетом по животну средину и простор.

Ако је више загађивача одговорно за штету нанету животној средини, а удео појединих загађивача није могуће одредити³⁰, трошкове снесе солидарно и посебно.³¹ Одсек ЗОО који уређује одговорност више лица за исту штету (чл. 206-208) садржи комплементарне норме: солидарно одговарају лица коју су штету проузроковала заједно, као и лица која су радећи „независно“ један од другог изазвала штету, а њихове уделе није могуће утврдити. Ипак, праву допуну представља ст. 4, чл. 206 ЗОО који, примењен на случајеве контаминације околине, предвиђа солидарну одговорност и када је несумњиво да је штету проузроковао загађивач или лице на неки начин повезано са загађивачем, али није могуће утврдити ко је од њих стварно штету изазвао (нпр. ако приликом транспорта дође до истицања токсичног материјала, али није могуће утврдити да ли је узрок неадекватна амбалажа или неодговарајуће превозно средство, солидарно ће одговарати произвођач токсичног материјала и превозник).

Детаљност горе наведених решења у сагласности је са принципом потпуне надокнаде из ЗОО. Циљ надокнаде је успостављање ранијег стања (натурална реституција), али како то није увек могуће, суд може досудити и одштету у новцу. Право да тражи новчану компензацију има и оштећени, изузев када околности случаја оправдавају успостављање ранијег стања. Надокнада треба да буде досуђена у оном износу који је потребан да се материјална ситуација оштећеног доведе у стање у коме би се налазила да није ни било штетне радње или пропуштања (чл. 185 ЗОО).

Закон о заштити животне средине ипак даје предност реституцији: тек ако штета животној средини не може да се санира одговарајућим мерама, лице које је проузроковало штету одговорно је за накнаду „у висини вредности уништеног добра“ (чл. 104 Закона о заштити животне средине). Формулација норме није најбоља – јер „уништено“ и нема вредност! Законодавац је хтео да каже да је надокнада у висини вредности уништеног

штете, не о одговорности. Зато предлажемо нови наслов: „Обим накнаде“.

³⁰ Судска пракса: „Када више правних лица испуштају загађену воду у један колектор, онда ради утврђења одговорности за привредни преступ неопходно је утврдити тачну количину воде коју испушта свако од окривљених правних лица, као и колико износи степен загађености испуштених вода.“ (Решење Вишег трговинског суда, Пкж. 256/2002 од 12.6.2002. године - Судска пракса трговинских судова - Часопис за привредно право, бр. 4/2002 - стр. 85). Иако се овде ради о одговорности за преступ, пример илуструје како суд води рачуна о подели одговорности.

³¹ Овај став налази се у чл. 107 Закона о заштити животне средине, али му је право место у чл. 105 који говори о обиму накнаде и трошковима.

добра пре штетног догађаја. Али ни ово решење није потпуно, јер која је вредност једног националног парка или чисте загађене реке?

Материјална штета настаје превасходно на имовинским добрима, али и повреда личних добара може проузроковати материјалну штету (нпр. болест дисајних органа услед загађеног ваздуха, поред болова и страха од смрти, излаже оштећеног и трошковима лечења).

Зато су облици штете услед телесне повреде и нарушавања здравља лица³² и трошкови лечења, изгубљена зарада услед привремене или трајне неспособности за рад и надокнада неимовинске штете. Облици штете услед евентуалне смрти лица су: трошкови лечења и изгубљена зарада до тренутка смрти, трошкови погребња, штета због изгубљеног издржавања и помоћи коју је покојник давао, као и штета трећих због претрпљених душевних болова услед смрти или тешког инвалидитета блиског лица.

Поменута неимовинска штета обухвата штету због физичких болова, претрпљеног страха и душевних болова (нпр. услед умањења животне активности).³³ Циљ накнаде неимовинске штете није компензација, пошто њу није ни могуће постићи, нити је то реституција коју није могуће извршити. Циљ накнаде је сатисфакција за изгубљено неимовинско добро, која се постиже новчаном одштетом, независно од накнаде материјалне штете па и у њеном одсуству (чл. 200 ЗОО).³⁴

На питање обима накнаде штете може утицати још један пропис грађанског права: Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља.³⁵ Наиме, за штете са тзв. елементом иностраности меродавно је право места где је радња (загађивање) извршена, или право места где је последица (еколошка штета) наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеника. Закон о заштити животне средине у чл. 108 упућује на сходну примену ЗОО, али не искључује примену других закона, па зато ову одредбу треба имати у виду (нпр. код штета услед атмосферског загађења које „не познаје“ државне границе или контаминације међународних река итд.)

³² Један од проблема у „еколошким парницама“ јесте судско вештачење. Ово се посебно односи на загађење јонизујућим зрачењем, односно нарушавање људског здравља радијацијом из вода високог напона и радиоактивних громобрана. Научне анализе за ову врсту штете су искључиво статистичке и могу бити познате за веће територије, али су неупотребљиве као доказ у појединачним случајевима када треба показати да је загађење непосредно изазвало нарушавање људског здравља.

³³ Чл. 200 ЗОО набраја и душевне болове услед наружености, али сматрамо да овај облик није карактеристичан за еколошке штете.

³⁴ Зато за ову врсту накнаде важе посебна ограничења која, између осталог, спречавају комерцијализацију „еколошких парница“: судска пракса захтева да бол мора бити „интензиван и трајан, а страх нарочито интензиван“; ограничен је круг поверилаца надокнаде на чланове породице (чл. 201 ЗОО); ограничена је могућност наслеђивања и уступања потраживања (чл. 204 ЗОО).

³⁵ Види: чл. 28 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља ("Сл. лист СФРЈ", бр. 43/82 и 72/82 и "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96).

5. Остваривање права на надокнаду

Закон о заштити животне средине у чл. 107 прописује: „Свако ко претрпи штету има право на накнаду штете“. Овако формулисана, норма која би требало да уређује ко је поверилац надокнаде, више личи на декларативно начело. Зато упућујемо следеће замерке. Реч „свако“ није адекватна, јер заправо не одређује ни једно лице! Ако свако има прво накнаде, да ли то значи да и загађивач има право на компензацију штете за коју је сам одговоран, уколико је она погодила и његово добро? Да би смо дефинисали субјекте облигационог односа који извире из проузроковања штете, боље је да то учинимо одређивањем одговорног лица, тј. дужника. Тако то и чини ЗОО: „Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице“ (чл. 154, ст. 1). Како се код еколошких штета најчешће ради о опасним стварима или делатностима, релевантан је и ст. 2: „За штету од ствари или делатности, од којих потиче повећана опасност штете за околину, одговара се без обзира на кривицу.“ Компилацијом ЗОО и Закона о заштити животне средине добијамо: Загађивач који активношћу или неактивношћу проузрокује загађење, дужник је накнаде настале штете, а одговара по начелима објективне одговорности, без обзира на кривицу. Поверилац накнаде је (свако) ко је услед (незаконитих и неисправних) поступака загађивача претрпео штету. Закони су не само комплементарни него овде дају „паралелна“ решења. Република задржава право на накнаду штете ако нема других лица која имају то право (чл. 107 ст. 6 Закона о заштити животне средине).

Своје право на накнаду штете оштећени може остварити судским³⁶ и вансудским путем. Мимо суда, захтев се може поднети непосредно загађивачу или осигуравачу, односно финансијском гаранту загађивача код кога је настао удес, „ако такав осигуравач, односно финансијски гарант постоји“ (цитат из чл. 107 ст. 2 Закона о заштити животне средине). Имајући у виду дужност загађивача да се обавезно осигура и положи гаранције,³⁷ такав субјект би морао да постоји.

Ако се одлучи за судску заштиту, жртва загађења, будући тужилац у еколошкој парници има на располагању више различитих тужби.³⁸ Њихова

³⁶ У решавање еколошких спорова судским путем спада и арбитражно суђење. Више о томе: Н. Петрушић: *Решавање еколошких спорова пред међународним судом за арбитражу и концилијацију у области заштите животне средине*, Правни живот, бр. 9/2004, стр. 423.

³⁷ Закон о заштити животне средине, чл. 106: Загађивач (...) се мора осигурати од одговорности за случај штете причињене трећим лицима услед удеса; чл. 105, ст. 2: Загађивач је дужан да пружи финансијске или друге врсте гаранција за обезбеђење плаћања накнаде трошкова (...) у току и после обављања активности.

³⁸ Еколошки активисти углавном истичу да у Србији не постоји ефикасан правосудни механизам и да наше судство још увек не сматра важним предмете који се односе на животну средину. Међутим, у неким случајевима ситуација није боља ни у много развијенијим правним

заједничка карактеристика је да су то кондемпнаторне тужбе којима се тражи будућа чинидба или пропуштање туженог загађивача. Загађивач или његов правни следбеник обавезан је да отклони узрок загађења и последице директног или индиректног загађења животне средине (чл. 9 ст. 5 Закон о заштити животне средине). Акцесорни захтев је накнада штете, али то може бити и самостални тужбени захтев.

Против загађивача се може користити стварно-правна тужба због узнемиравања права својине (*actio negatoria*).³⁹ Чест случај узнемиравања постоји од прекомерних имисија⁴⁰ које долазе са суседног земљишта.⁴¹ Узнемирени власник може подићи тужбу ако су имисије прекомерне, односно изнад нивоа који је уобичајен с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике.⁴²

Још једно средство заштите, облигационо-правна тужба заснована на норми да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од ког прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица (чл. 156 ЗОО), назива се и еколошка тужба.⁴³ Циљ тужбе је пре свега превенција, а потом

системима. Илустративни пример:

24. марта 1989. године нафтни танкер *Valdez* (власништво мултинационалне компаније *Exxon*), насукао се на подводни гребен, када је изливено 11 милиона галона сирове нафте, а нафтна мрља прекрила је 1300 миља чисте Аљаске обале. Године 1994. локални суд досудио је укупну надокнаду штете у износу нешто већем од 5 милијарди долара, оштећенима којих је било преко 40 000 (међу њима су били комерцијални рибари, староседеоци (*Alaskan Natives*), и власници поседа уништених изливањем). Међутим, другостепени суд (*9th Circuit Court of Appeals*) смањило је износ надокнаде на 2.5 милијарде долара. Дана 25. јуна 2008. Врховни суд Америке (*U.S. Supreme Court*) петоструко је смањило надокнаду на 500 милиона долара. Данас, деветнаест година после једне од највећих еколошких катастрофа у САД, више од 3000 првобитних тужилаца није међу живима. (Извор: Greenpeace USA, <http://www.greenpeace.org/usa/press-center/releases2/supreme-court-ruling-compounds>).

³⁹ ЗОСПО, чл. 42: „Ако треће лице неосновано узнемирава власника или претпостављеног власника на други начин а не одузимањем ствари, власник, односно претпостављени власник, може тужбом захтевати да то узнемиравање престане. Када је узнемиравањем из става 1. овог члана проузрокована штета, власник има право да захтева накнаду штете по општим правилима о накнади штете. Право на подношење тужбе из става 1. овог члана не застарева.“

⁴⁰ Термин *имисија* има различита значења у грађанском и еколошком праву, више о томе: Н. Петрушић: *Грађанскоправни инструменти еколошке заштите у домаћем праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2003, св. 2, стр. 342. Закон о заштити животне средине дефинише: *емисија* јесте испуштање загађујућих материја или енергије из индивидуалних и/или дифузних извора у животну средину и њене медијуме; *Имисија* јесте концентрација загађујућих материја и ниво енергије у животној средини којом се изражава квалитет животне средине у одређеном времену и простору;

⁴¹ Види: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић: *Стварно право*, Ниш, 2006, стр 202.

⁴² Из судске праксе: „Тужени и чланови његове породице свакодневно употребљавају пешачки и колски пролаз до улице, узрокујући на тај начин онај степен буке и загађења који је уобичајен и нужен за употребу овог дела земљишта. У таквој ситуацији, држалац уз чију кућу пролази колска стаза дужан је да трпи такав пролаз“. (Решење Окружног суда у Београду, Гж. 3815/2005 од 3.8.2005. године).

⁴³ Види: Група аутора: *Право Околиша*, Загреб, 2003, стр. 194. Додајемо да нема разлога да се

репарација (ако постоји акцесоран захтев за надокнаду већ настале штете). Њена карактеристика је да је може подићи и лице чије добро није непосредно угрожено, а у циљу заштите јавног или туђег добра. Тужилац не мора да доказује постојање свог властитог интереса.⁴⁴ Зато се за ову тужбу каже да је *actio popularis* и она је комплементарна начелу заштите права на здраву животну средину и приступа правосуђу, по ком грађанин или групе грађана, њихова удружења, професионалне или друге организације⁴⁵, своје право остварују пред надлежним органом, односно судом, у складу са законом. (чл. 9 ст. 11 Закона о заштити животне средине).

Иако привлачан, овај инструмент има одређена ограничења материјалне и процесно-правне природе. Ограничење материјалног права састоји се у томе што ЗОО прописује да уколико је штета настала у обављању општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног органа, може се захтевати само накнада штете која прелази нормалне границе.⁴⁶ Процесно правни проблеми могу настати у формулацији тужбеног захтева. Он мора бити тачан и потпун, јер суд одлучује у границама захтева постављених у поступку (види чл. 3 ЗПП⁴⁷). У еколошкој тужби морају се навести мере чије се предузимање захтева ради спречавања штете или узнемиравања, али тужилац често не зна које све мере може или би требало да тражи и/или нема све потребне информације.⁴⁸ Поштовање начела информисања и учешћа јавности (чл. 9 ст 10 Закона о заштити животне средине), по којем свако има право да буде обавештен о стању животне средине и да учествује у поступку доношења одлука чије би спровођење могло да утиче на животну средину, ублажава овај проблем.⁴⁹

овај назив не користи и за друге тужбе из тзв. еколошких спорова.

⁴⁴ Види: М. Милошевић: *Одговорност за еколошку штету*, Правни живот, бр. 9/2007, стр. 448.

⁴⁵ Захваљујући развијеној еколошкој правној заштити, међународне еколошке организације успевају да добију парнице не само против појединачних загађивача већ и против држава, у чему предњачи *Greenpeace*, (види: <http://www.greenpeace.org/international/about/victories>).

⁴⁶ Из судске праксе: „Може се захтевати накнада штете проузроковане прекомерном буком само ако се опасност од буке не може отклонити или спречити одговарајућим мерама тако да буде сведена на ниво који не прелази нормалне границе“. Током поступка, вештак је предложио мере санације у циљу довођења буке на дозвољен ниво звучном изолацијом транспортне траке као извора опасности чија последица је прекомерна бука. Међутим, пошто су тужиоци остали при захтеву за накнаду материјалне штете, њихов захтев је одбијен. (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2269/2005 од 24.8.2006. године).

⁴⁷ Закон о парничном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 125/2004).

⁴⁸ Хипотетички случај: Услед загађења (које је несумњиво утврђено лабораторијском анализом) дошло је до сушења усева на њиви. Оштећени земљорадник не зна да ли је загађење настало: 1. преко подземних вода које загађује локална депонија; 2. преко загађене реке, са које се врши наводњавање и у коју више индустријских објеката испушта отпадне воде; 3. преко воде из канала за наводњавање поред кога комшија има велику фарму свиња; 4. услед киселе кише од атмосферског загађења насталог на територији суседне државе; 5. због отровних материја, које је произвођач пестицида коришћених на њиви, погрешно декларисао на амбалажи; 6. комбинацијом више фактора. Будући да је узрок непознат, непознато је и одговорно лице, мере које треба предузети итд.

⁴⁹ За упоредна решења у међународном праву везана за начело види: Архунска конвенција, (Економска комисија УН за Европу (UNECE) - Конвенција о доступности информација,

Да би успео са својим захтевом за надокнаду штете, било да је он садржан у некој од поменутих тужби, било да је самосталан у „класичној“ тужби за надокнаду штете, тужилац мора кумулативно да докаже: постојање штете и њену висину, узрочну везу између штетне радње (догађаја) и штете⁵⁰, као и противправност (нарочито уколико су тужена лица која су незаконитим или неправилним поступањем омогућила или допустила загађивање животне средине). Кривица загађивача, пошто се ради о објективној одговорности, није правно релевантна.⁵¹

Први услов одговорности загађивача је постојање штете. Дефинисање појма еколошке штете је тема довољна за самосталан чланак (правна теорија нема јединствено становиште). У ужем смислу, то је штета на животној средини као самосталном правно заштићеном добру. У ширем смислу, еколошком штетом се може сматрати свака штета, на било ком правно заштићеном добру, проузрокована загађивањем животне средине. Овако широко схватање појма еколошке штете може се бранити чињеницом да Закон о заштити животне средине дефинише само загађивање⁵², а дефиниција штете по ЗОО о „умањењу нечије имовине и спречавању њеног повећања, као и nanoшењу другог физичког или психичког бола или страха“ (чл. 155), допушта овакву слободу.⁵³ Додајемо да се еколошка штета не односи само на шкођење јавним добрима, будући да природна добра могу бити и у приватној својини.⁵⁴

Што се узрочне везе (као другог услова надокнаде) тиче, удес - односно изненадно неконтролисано ослобађање, изливање или расипање опасних материја при баратању⁵⁵ са њима, најчешћи је узрок еколошких штета. Међутим, оне нису увек резултат изненадности (што је битно за

учешћу јавности у доношењу одлука и приступу правосуђу у стварима које се тичу животне средине, 1998). Цео текст конвенције: <http://www.unesc.org/env/pp/documents/cep43e.pdf>

⁵⁰ Или да докаже да је претрпео штету и да она потиче од опасне ствари (за опасне ствари или делатности важи претпоставка узрочности).

⁵¹ Евентуално, ако постоји директни умишљај, може се захтевати и тзв. афекциона штета (ЗОО чл. 189 ст. 4).

⁵² „Загађивање животне средине јесте уношење загађујућих материја или енергије у животну средину, изазвано људском делатношћу или природним процесима које има или може имати штетне последице на квалитет животне средине и здравље људи“ (чл. 3 ст 11 Закона о заштити животне средине).

⁵³ Директива Европског парламента о еколошкој одговорности са погледом на превенцију и санацију еколошке штете, у ст. 11 преамбуле разликује „традиционалну“ штету од штете животној околини. Цео текст директиве: <http://eur-lex.europa.eu>. Више о директиви: Д. Радојевић: *Нова Директива Европске уније о одговорности у области заштите животне средине*, Међународни проблеми, бр. 57(1-2)/2005, стр. 177-198.

⁵⁴ Види важећи чл. 58, старог закона о Заштити животне средине. Цитирамо део члана: „Ималац заштићеног природног добра које држи по основу приватне својине има право (...)“.

⁵⁵ „Производњи, промету, употреби, превозу, преради, складиштењу, одлагању или дуготрајном неадекватном чувању опасних материја“, види чл. 3, ст. 24. Закона о заштити животне средине.

осигурање и својство ризика), већ могу бити последица континуираног процеса.⁵⁶ У том случају, теорија адекватне узрочности⁵⁷, тек „допуњена“ теоријом о конкуренцији узрока (збирним каузалитетом, минималним каузалитетом)⁵⁸ даје праве резултате. Збирни каузалитет постоји нпр. када више загађивача појединачно емитује штетне гасове у атмосферу, па њиховом мешањем настане једињење опасно по жива бића.

Покретање поступка за накнаду еколошке штете застарева за три године од када је оштећеник сазнао за штету и загађивача. У сваком случају ово потраживање застарева за 20 година од када је еколошка штета настала. Објективни рок застарелости за потраживање накнаде штете из ЗОО од 5 година, због правила *Lex specialis derogat lex generalis*, није релевантан.

Поступак пред судом за накнаду еколошке штете је хитан, али Закон о заштити животне средине не предвиђа конкретне инструменте (нпр. инструкције суду или странкама, краће рокове и сл.) којима ће се ова норма реализовати. Ни Закон о парничном поступку не уређује на генералан начин поступке које други закони квалификују као хитне. Међутим, постоје прописи у којима је овај проблем успешно решен. Тако нпр. Породични закон не само да има прецизне норме о томе како остварити хитно решавање спора, него прави разлику између „обичне“ и нарочите хитности.⁵⁹ Зато предлагемо допуну Закона о заштити животне средине сличним одредбама.⁶⁰ Најзад, хитно спречавање загађивања може бити осујећено и одредбама Закона о извршном поступку⁶¹ које се односе на привремене мере.⁶²

⁵⁶ Види: Б. Пећарац, наведено дело, стр. 628.

⁵⁷ По овој теорији, прихваћеној у нашој судској пракси, узрочна веза постоји само ако је узрок штете, према обичном и уобичајеном току ствари подесан да изазове насталу штетну последицу.

⁵⁸ Више о минималном каузалитету: Д. Д. Стојановић: *Грађанско правна средства у борби против загађивања ваздуха и воде*, Београд, 1975, стр. 58.

⁵⁹ Упореди: чл. 204 и 332 са чл. 269, 280, 285 Породичног закона ("Сл. гласник РС", бр. 18/2005).

⁶⁰ По угледу на Породични закон, у Закону о заштити животне средине треба уредити: достављање еколошке тужбе на одговор, број рочишта на којима треба решити еколошки спор, рок заказивања првог рочишта, рок за доношење одлуке другостепеног суда о правном леку.

⁶¹ Закон о извршном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 125/2004).

⁶² Из судске праксе: „По схватању Окружног суда, овом привременом мером, пре покретања судског поступка, односно подношења тужбе, тражи се да противници престану са изношењем смећа, очисте депонију својом радном снагом и својим превозним средствима, као и да одмах престану са изношењем и одлагањем смећа на овој депонији. Усвајањем привремене мере, пре подношења тужбе ради чинидбе, суд би средство обезбеђења претворио у средство извршења, пре него што је донета правноснажна судска одлука, па би тиме била повређена одредба члана 302 став 1 ЗИП. Осим тога, у члану 303 ЗИП, који одређује врсте привремених мера, не постоји могућност изрицања привремене мере да се наложи чинидба о којој се одлучује пресудом.“ (Решење Окружног суда у Нишу, Гж. 1810/2005 од 22.9.2005. године).

Закључак

Међународне интеграције, неминовно праћене интернационалним формалним изворима права, врло су значајне за еволуцију еколошког права у целини. Интегративни процеси постављају заједничке циљеве и унапређују методе за њихово остваривање. Основни појмови еколошког права, као што су концепт одрживог развоја, принцип „загађивач плаћа“, начело интегралности заштите итд., усвојени и у нашем праву, настали су на овај начин.

Формулације међународних докумената и националних закона (домаћих и страних) као и решења судске праксе, могу се плодно искористити за формално и материјално побољшање Закона о заштити животне средине.

Квалитетна правна заштита животне средине на националном нивоу захтева интердисциплинаран приступ. Закони који непосредно регулишу ову област тек у спрези са осталим позитивним прописима имају пуну снагу и остварују жељени ефекат. За грађанско-правну одговорност за загађивање једнак значај имају и тзв. еколошки прописи, и они који традиционално спадају у домен грађанског права.

За успешно решавање и учествовање у еколошким парницама нужно је познавање компликоване регулативе. Релевантне дефиниције, начела и норме налазе се у различитим законима, или су „расуте“ у оквиру јединственог законског текста. Као најзначајнији за ову проблематику издвајају се Закон о заштити животне средине и Закон о облигационим односима. Закони су комплементарни, што значи да се складно допуњују, а тумачење које обухвата оба извора оставља мало правних празнина. То је резултат не само квалитета ЗОО и његове тридесетогодишње традиције, већ и заокружености система грађанског права.

Ипак, Закон о заштити животне средине, као *lex specialis*, дерогира и допуњује поједине норме грађанских прописа. То је уједно и његова најбоља страна, јер се на тај начин појачава одговорност штетника, проширује круг одговорних лица, продужава рок застарелости, дају процесне предности итд. Једном речју, остварују се специфични захтеви заштите животне средине, уважавајући значај која она има за све нас.

Mihajlo Cvetković, LLB
Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš

**THE COMPATIBILITY OF THE SERBIAN ENVIRONMENT
PROTECTION ACT (2004)
WITH OTHER CIVIL PROVISIONS ON THE COMPENSATION
FOR DAMAGE**

Summary

The Serbian Environment Protection Act (2004) encompasses all the contemporary principles of the international environmental law, such as the concept of sustainable development, the principle of integral protection, the “polluter pays” principle, etc. However, the national legislation directly regulating environment protection issues may be given full power and efficiency only in conjunction with the positive legislation in the field of civil law. In that context, an important instrument in applying these principles and safeguarding their values is the process of determining civil liability for a wrongful act, which is governed by the traditional regulations comprised in the civil legislation.

In this paper, the author examines the compatibility of the Serbian Environment Protection Act with a number of relevant civil provisions on this subject matter. The author analyses different issues regarding the compensation for damage in environment-related cases, including the scope of the defendant’s liability, the type of liability, the scale of compensation, the eligibility for seeking compensation, the way of exercising these rights, etc.

The paper also includes examples from the national judicial practice and web links to relevant international documents pertaining to this issue. The author also provides reasoned suggestions on improving the current Environment Protection Act (2004).

In the conclusion, the author points out that an efficient environment protection requires an interdisciplinary approach. In order to be successful in lawsuits on environment issues, legal professionals need to combine the provisions of the Environment Protection Act (2004) with the solutions from the civil legislation. The most significant legal acts containing relevant definitions, principles and legal norms on environment protection are the Environment Protection Act (2004) and the Obligation Relations Act (1979). The two acts are fully compatible, coherent and consistent. In practice, the combination of these two acts provides answers to numerous dilemmas and leaves very few legal gaps.

On the other hand, the Environment Protection Act (being a *lex specialis*) derogates and supplements several legal solutions contained in the civil legislation. As a matter of fact, this is the major asset of this Act which has fully acknowledged and met the specific legal requirements of environment protection.

Key words: pollution, civil liability, damage, compensation, Obligation Relations Act (1979)

КРИВИЧНО ПРАВО

UDK: 343.1 (497.11)

Др ВОЈИСЛАВ ЂУРЂИЋ, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

У СУСРЕТ РЕФОРМИ КРИВИЧНОГ ПРАВОСУЂА – између захтева друштвене стварности и правних препрека –

***Апстракт:** У реферату је најпре сажето оцењен кривични поступак у правној стварности Србије и реформски захтеви који из таквог стања извиру. Сагледавајући обим реформе у том контексту, аутор заступа гледиште да она не треба да буде „тотална“, којом би се традиционални мешовити тип кривичног поступка заменио чистим акузаторским моделом, него парцијална, усмерена ка радикалној промени претходног кривичног поступка, у коме ће истрага бити поверена јавном тужиоцу. Са измењеном природом истраге, разуме се, треба концепцијски и у појединостима ускладити главни стадијум – пресуђење кривичне ствари, поступак по правним лековима и све посебне кривичне поступке.*

У даљем излагању аутор анализира правне препреке које треба савладати у започетој реформи кривичног правосуђа. Хаотично стање нормативне основе кривичног поступка наводи се и критички сагледава као прва препрека – на правној снази су два процесна законика од којих се један, и то старији примењује, а примена другог, новодонетог је одложена због бројних и неуобичајено оштрих критика изречених у стручној јавности. На путу сидрења кривичног поступка у постулате правне државе, као правне препреке, по мишљењу аутора, јавиће се и поједини уставни принципи уређења органа кривичног правосуђа и несавршена уставна регулатива заштите неких људских права у кривичном поступку, настала неспретним преузимањем њихових гаранција из међународних докумената.

***Кључне речи:** кривични поступак, јавно тужилаштво, кривични суд, право на одбрану, начело јавности, унакрсно испитивање.*

1. ОСВРТ НА КРИВИЧНОПРОЦЕСНУ СТВАРНОСТ

Потешкоће које данас оптерећују кривично правосуђе Србије, карактеристичне за земље у транзицији, настале под утицајем разнородних фактора, политичких, економских, културних и многих других, који могу бити и правни и ванправни – између осталог су последица и стања у које је запао сам кривични поступак. Кривични поступак не само да одсликава

систем репресивних друштвених мера у борби против криминалитета већ представља сеизмограф демократичности и општих друштвених прилика. Кривични поступак је, како то неки аутори интересантно запажају, “тренутак истине” правног и политичког система у сваком друштву¹. Отуда и потреба да се сагледа чиме је све оптерећен наш данашњи кривични поступак.

Кривичне судове карактерише повећање броја предмета које није праћено одговарајућим бројем судија, што непосредно утиче на смањење ефикасности и ефективности кривичног поступка, независно од нормативног амбијента у коме се поступак спроводи.

Кривични поступак предуго траје, а често га учесници учине сложеним и неделотворним и онда кад се то не би могло правдати самим предметом поступка нити интересима заштите људских права. Према једном од последњих емпиријских истраживања обављених у нас, више од четвртине кривичних поступака трајало је дуже од две године: чак у 29% случајева од подношења кривичне пријаве до правноснажности пресуде протекло је више од две године, од тога је у 22% предмета суђење трајало 2-5 година, а у 7% предмета чак преко пет година!² Предуго трајање кривичних поступака признао је и сам законодавац: биле су толико учестале измене одредаба процесног кодекса о максималном трајању притвора, а са сваком изменом трајање притвора је све више продужавано,³ тако да је у једном тренутку притвор могао трајати најдуже седам и по година до правноснажности пресуде, али се показало да је заостанак у притвору неких окривљених за тешка дела и то било недовољно, па је излаз нађен у укидању максималног трајања притвора!? Изнесени емпиријски подаци и поменуте законске новеле, озбиљан су индикатор споре правде, која није ни у интересу оштећеног ни у интересу окривљеног, коме је гарантовано право на суђење у разумном року,

¹ Dr. sc. Boštjan M. Zupančič, *Kazneni postupak i njegove funkcije u državi izvornog liberalizma*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2, 1995, str. 253.

² В. Ђурђић, Ј. Киурски, М. Рељановић, Р. Сепи, *Утицај јавног тужилоца на казнену политику судова у Србији*, у: „Јавно тужилаштво, полиција, кривични суд и сузбијање криминалитета“, Београд, 2008, стр. 85.

³ У основном тексту Законика из 2001. године („Сл. лист СРЈ“ бр. 70/2001) било је предвиђено да притвор може најдуже трајати: у истрази – шест месеци (чл. 144.), после подизања оптужнице до изрицања пресуде притвор – две године; у поступку по жалби – годину дана; а ако по жалби буде укинута првостепена пресуда онда се притвор може продужити још за годину дана (чл. 146). Укупно је притвор могао да траје највише четири и по године. Изменама и допунама из 2004. године („Сл. гласник РС“ бр. 58/2004), притвор после подизања оптужнице до изрицања пресуде продужен је на четири године за дела за која је забрањена казна од четрдесет година затвора, а најдуже трајање притвора после укидања првостепене пресуде продужено је на две године за сва дела (чл. 16. Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку). Тиме је укупно трајање притвора продужено на седам и по година. Одредбом члана 1. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2007. године („Сл. гласник РС“ бр. 49/2007) укинута је најдуже трајање притвора после ступања оптужнице на правну снагу.

нити је у интересу друштва у целини, јер се због неоправдано дугог трајања поступака ефекат изречених санкција умањује и доводи у питање смисао и сврха кажњавања.

Тежиште кривичног поступка пребачено је са главног претреса на истрагу а положај појединих учесника није усклађен с њиховим процесним улогама. У истрази се фактички одређује судбина кривичних ствари, а истражни судија преузима, истина не директно него прерушено, функцију кривичног гоњења. Према подацима већ поменутог истраживања правосудне праксе, од свих подигнутих оптужница након спроведене истраге, само у 5% предмета донета је ослобађајућа пресуда.⁴ Да постоји двојство функције истражног судије показује и судска пракса будући да истражни судија веома ретко спроводи истражне радње у корист окривљеног, а скоро никада не одбија предлоге јавног тужиоца да спроведе радње којима се ограничавају људска права и слободе, као што су претресање стана или лица, привремено одузимање предмета и сл. Јавни тужилац у судској истрази нема положај који би омогућио ефикасно кривично гоњење па се препушта динамици рада истражног судије и најчешће остаје пасиван према хеуристичкој делатности неопходној за успех оптужбе. Тиме се осим истражне функције на истражног судију пребацује и одговорност за успех кривичног гоњења. У даљим фазама кривичног поступка након подизања оптужбе, јавни тужилац не сноси одговорност за прибирање и извођење доказа већ суд, а нема ни законских могућности да утиче на казнену политику судова, у јавности често оцењивану као благу (није овлашћен да предлаже врсту и меру кривичних санкција, па на казнену политику судова може утицати само посредно, путем изјављивања жалбе⁵).

Из овакве оцене процесне стварности извиру и реформски захтеви, који у потпуности коинцидирају с препоруком Комитета министара Савета Европе о поједностављењу кривичног судовања Р (87) 18. Полазећи од става да доцња у решавању злочина копромитује правосуђе и наноси штету његовом раду,⁶ поред упућивања на примену начела дискреционог гоњења, препорука садржи и смернице да спорост кривичне правде у поступцима за лакша и масовна кривична дела треба отклањати коришћењем скраћених поступака, вансудских поравнања као алтернативе суђењу и поједностављених поступака, док се за остала кривична дела препоручује поједностављење редовног судског поступка.

⁴ В. Ђурђић и др., *Утицај јавног тужиоца ...*, стр. 87.

⁵ Према резултатима истраживања у оквиру већ поменутог пројекта „Утицај јавног тужиоца на казнену политику судова у Србији“, јавни тужиоци нису изјавили жалбу против 60% осуђујућих и свега 3,45% ослобађајућих пресуда. Од укупно изјављених жалби јавних тужилаца око 17% биле су успешне. Види: В. Ђурђић и др., *Утицај јавног тужиоца ...*, стр. 181. и 182.

⁶ Види преамбулу Препоруке Бр. Р (87) 18 Комитета министара земљама чланицама у вези с поједностављењем кривичног правосуђа (усвојена је од стране Комитета министара на 410. седници одржаној 17. септембра 1987. на нивоу заменика министара).

Општа форма кривичног поступка, о којој је до сада било речи, није подесна за ефикасно откривање и доказивање појединих најтежих облика криминалитета који прете да угрозе и саме темеље демократског друштва и правне државе. Управо та велика опасност која прети од организованог криминала, тероризма и корупције изискује изградњу посебних кривичних поступака у којима се одступа од опште форме ради постизања ефикасности кривичног гоњења и пресуђења кривичних дела која спадају у ове најопасније видове криминалитета. Природа, комплексност и висок степен друштвене опасности код ових облика криминалитета оправдавају уређење посебних поступака на начин којим се циљно појачава кривична репресија.

Независно од ових реформских захтева које диктирају чиниоци политике сузбијања криминалитета, приликом оцене стања и промишљања реформе процесног законодавства, треба још имати у виду однос према заштити људских права у кривичном поступку, компатибилност за успостављање сарадње с правним системима других држава и потребу прилагођавања националног кривичноправног система европским правним стандардима, јер су то захтеви који подупиру идеју укључивања наше земље у европске интеграционе процесе.

2. ДА ЛИ ЈЕ ПОТРЕБНА “ТОТАЛНА” РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА?

Полазећи од напред изнете експликације и превладавајућег мишљења у стручној јавности да предстојећа реформа кривичног процесног законодавства мора бити системска, без сумње, њени циљеви ће, поред осталог, бити модернизација и повећање ефикасности кривичног поступка. На путу ка остварењу тих реформских циљева, фундаментално питање биће да ли треба извршити „тоталну реформу“ па мешовити тип кривичног поступка, какав је наш, заменити акузаторским, или извршити само парцијалну реформу, темељитим преуређењем структуралних елемената постојећег модела кривичног поступка.

За решавање овог питања добродошла су и као поуздан ослонац могу послужити искуства из упоредног права. У последњој деценији XX века 25 европских земаља, схваћених у географском смислу, извршиле су опсежне реформе кривичног поступка, као део укупних друштвених реформи и део темељне ревизије кривичноправног система, а у првим годинама трећег миленијума и неке земље традиционалне демократије (нпр. Аустрија, 2004. године). Може се рећи да је од свих тих земаља само Италија спровела „тоталну реформу“ кривичног процесног законодавства и свој стари ЗКП из 1930. којим је био установљен континентални, мешовити тип кривичног поступка, заменила са процесним кодексом утемељеним на класичном моделу англо-америчког оптужног поступка. Такво стање реформи процесних законодавстава као да потврђује констатација разочараних

присташа великих реформи да је „историја велике реформе казненог поступка до данас историја њезиних промашаја“⁷.

Искуства европских држава, сама за себе, била би довољна да се негативно одговори на питање да ли је у Србији потребна тотална реформа кривичне процедуре. Од тог пута одвраћа и наша правна традиција и велики ризик који могу изазвати чиниоци неподесни за нормативну регулативу а одлучујући за увођење у живот процесних правила: правнички начин мишљења узгајан на романској традицији са писаним изворима права, представе учесника о њиховим улогама у кривичном поступку и сл. И неки ванправни фактори не иду у прилог тоталне замене мешовитог модела поступка класичним адверзијалним, као што је неједнака могућност да се финансира истрага одбране због различитог материјалног положаја окривљених (у адверзијалном моделу, истрага браниоца се јавља као неминовна наспрам тужилачке), затим, недостатак традиције у конституисању праве пороте која би одлучивала само о кривици и сл.

У трагању за изналажењем правог пута којим реформа процесног законодавства треба да крене, не сме се губити из вида да у континенталном типу кривичног поступка, коме припада и наш, од резултата претходног поступка зависи исход кривичног поступка у целини (инвентивна делатност пребачена је на претходни поступак због чега је главни претрес изгубио свој значај) и да у претходном поступку латентно постоји повећана опасност од кршења људских права. Ове карактеристике континенталне процедуре употпуњује општа спорост пресуђења кривичних ствари.

Због свега реченог, ако се као општи циљ реформе кривичног процесног законодавства постави изградња ефикасног поступка усклађеног с начелом правичног поступка, чини се разумним и смисленим да се уместо „тоталне“ приступи парцијалној реформи усвајањем оних законских решења и преузимањем установа адверзијалног система али тако да се могу ускладити с начелима континенталног типа кривичног поступка какав је наш. Успостављање тог еквилибријума јавља се као круцијалан али нимало лак задатак. Имајући у виду уочене дисфункције кривичнопроцесног система и руководећи се циљем да се поступак на нормативном плану учини ефикаснијим али са већим степеном заштите права и слобода, као два главна правца реформе могу се поставити: (а) преуређење претходног кривичног поступка, свеобухватним захватом у његову природу, структуру и функционисање и (б) рационализација кривичне процедуре увођењем нових процесних, пре свега упрошћених форми и нових начина решавања кривичних ствари, процесне и ванпроцесне природе.⁸

⁷ Peter Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform de Strafverfahrensrecht*, W. de Gruyter Berlin, 1980, str. 155 (citirano prema: D. Krapac, *Reforma mješovitog kaznenog postupka: potpuna zamjena procesnog modela ili preinaka prethodnog postupka u stranački oblikovano postupanje?*, u zborniku posvećenom prof. dr sc. Franji Bačiću, Skopje-Zagreb, 2007, str. 177).

⁸ В. Ђурђић, *Ефикасност кривичног поступка и превенција криминалитета*, у зборнику:

3. ПРАВНЕ ПРЕПРЕКЕ НА ПУТУ КА СИСТЕМСКОЈ РЕФОРМИ КРИВЧИНОГ ПОСТУПКА

Свака реформа процесног законодавства, особито системска, претпоставља промишљен и пажљив одабир циљева који се њоме настоје постићи, одређивање обима реформског захвата, концепцијско структурирање поступка, адекватно уређење процесних принципа и процесних установа помоћу којих се реформски захтеви реализују, међусобно усклађивање процесних правила како би се постигла кохерентност закона, проверу теоријске валидности и применљивости у пракси нових законских решења, јасне и прецизне формулације законског текста формализираним језиком права, као и многе номотехничке захвате – те је, сама по себи, изузетно комплексан посао и одговоран задатак. На том реформском путу сидрења нашег кривичног поступка у постулате правне државе, осим тих значајних али уобичајених реформских захтева, треба савладати и постојеће препреке које извиру из самог правног система или ће настати у већ започетој изградњи правосудног система. Као те додатне тешкоће, у овом раду назване правним препрекама на путу ка системској реформи кривичног поступка, појавиће се: (а) хаотично стање у важећем кривичном процесном законодавству, (б) правни и стварни лимити уређења и организације органа кривичног правосуђа и (в) несавршене уставне гаранције људских права учесника кривичног поступка.

Хаотична нормативна основа кривичног поступка

Један од првих проблема који треба решити у предстојећој реформи везан је за нормативну основу нашег кривичног поступка, чије се стање може оценити као хаотично. На правној снази су два кривичнопроцесна законика, један из 2001. а други из 2006. године, од којих се први примењује, а примена новог одложена је до краја 2008. године (изузев десетак одредаба које се примењују од дана његовог ступања на снагу). Овакав „законски паралелизам“ непознат у историји српског законодавства и упоредном праву, а незамислив у једној правној држави, наметнуо је питање који ће од важећих закона остати на снази и бити усклађен са Уставом и дограђен „са новим правним установама“, или послужити као основа новог процесног кодекса. По том питању, у научној и стручној јавности превладава мишљење да, уместо измена и допуна једног од важећег процесних законика, треба донети нови кодекс, чију би основу чинио Законик о кривичном поступку из 2001. године, пошто је то квалитетан, савремен и кохерентан законик, који

“Казнено законодавство и превенција криминалитета”, изд. Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, MMVIII, стр. 212 и 213.

баштини српску правну традицију. Иако новији, у који су уграђени и институти из адверзијалног модела кривичног поступка, законик из 2006. године негативно је оцењен у стручној јавности због бројних и озбиљних концепцијских, суштинских и номотехничких недостатака.⁹ Са оваквим приступом реформи кривичног процесног законодавства за који се залаже претежни део српске стручне и научне јавности, кореспондирала је расподела задатака коју је у експертској групи за израду новог законског текста својим решењем извршио министар правде децембра 2007. године. Експертска група била је подељена на две подгрупе са различитим задацима. Првој подгрупи постављен је задатак да са Уставом усагласи процесни законик из 2001. године. Друга подгрупа добила је задатак да изради текст “Законика о кривичном поступку са новим правним институтима” (иако то није експлиците у решењу речено, мислило се пре свега на замену судске истраге тужилачком, на увођење споразума о признању кривице и других процесних форми којима се одликују реформе европских земаља). У основи овакве расподеле задатака експертским подгрупама била је идеја да се реформа спроведе двофазно. У првој фази, у року за усаглашавање са Уставом, израдио би се и усвојио законски текст о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2001. године. У другој фази, након неопходно потребне расправе у стручној и научној јавности, усвојио би се нови законик са тужилачким моделом истраге, чије би ступање на снагу било одређено у складу с временом потребним за едукацију правосудног кадра, пре свега носилаца јавнотужилачке функције, и за кадровско и техничко оспособљавање правосудних органа. Ова посве рационална идеја о двофазној реформи кривичног процесног законодавства доведена је у питање након што је државни секретар за правосуђе у септембру 2008. „прекомпоновао“ експертску групу, не одредивши прецизно задатке у погледу усклађивања процесног законодавства са Уставом нити у погледу обима и циља реформе. Тиме је опасност да ЗКП из 2006. почне да се примењује од 1. јануара 2009. године постала сасвим реална и прети да разруши читав систем кривичног правосуђа, зато што органи кривичног правосуђа нису уређени нити

⁹ О недостацима реформисаног ЗКП/06 и досад незабележену оштру критику једног законског текста, види: Др момчило Грубач, *Схватање појма кривичног поступка у новом Законику о кривичном поступку Србије*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10-11/2006, стр. 531-545; и *Критика “новог” Законика о кривичном поступку*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006, стр. 5-42; Др Станко Бејатовић, *Тужилачко-полицијски концепт истраге и ефикасност кривичног поступка са посебним освртом на кривично процесно законодавство Србије*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 3/2006, стр. 109-119; Др Ђорђе Лазин, *Заштита људских слобода и права према новом Законику о кривичном поступку*, у зборнику „Примена новог Законика о кривичном поступку Србије“, Удружење за кривично право Србије, Копаоник, 2007, стр. 29-50; и В. Ђурђић, *Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом Законику о кривичном поступку*, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 1/2007, стр. 71-94.

припремљени за његову примену, а мане и многобројне противречне одредбе тог процесног кодекса без сумње су несагледива ако не и несавладива препрека за његову практичну примену.

Уставни лимити уређења органа кривичног правосуђа

Побољшање нормативне основе недовољно је за успех реформе без одговарајућих прилагођавања органа кривичног правосуђа. Чини се да реформа у области правосудног система треба да претходи реформи у другим доменима кривичног законодавства и да с њом буде концепцијски синхронизована: нове процесне установе морају бити остварљиве у правосудном систему, и обрнуто, принципи и организација правосудног система обавезују на одговарајућа процесна правила. У том контексту, поједини уставни принципи уређења правосудног система могу се испољити као правни лимити који ограничавају дубину реформе кривичног правосуђа.

Најпре ћемо се осврнути на уставну регулативу јавног тужилаштва. Устав садржи приличан број одредаба везаних за јавно тужилаштво, што се у извесној мери може означити као претерани нормативизам којим се у појединим сегментима прекомерно задире у унутрашње уређење овог државног органа. Уставописци су задржали „историјску“ дефиницију јавног тужилаштва и његово непромењено полувековно позиционирање према осталим органима државне власти. Јавно тужилаштво се дефинише као „самосталан државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости“ (чл. 156. У). По свом положају јавно тужилаштво није обичан орган извршне власти а ни правосудни орган, јер није независан као суд и не врши судску власт, него посебан државни орган управно-правосудне природе. (Насупрот томе, чини се да је лоцирање јавног тужилаштва у судску власт, европска будућност овог органа). Управо због такве природе овог органа, поставља се питање да ли уставне норме пружају довољне гаранције за његову самосталност и заштиту од политичких утицаја, пре свега од уписа извршне власти. Интерпретација уставних одредби о избору и разрешењу јавних тужилаца, о првом избору заменика јавних тужилаца и одговорности носилаца јавнотужилачке функције, не пружа аргументе за афирмативан одговор на постављено питање. Избор и разрешење јавних тужилаца предлаже Влада, а одлуке доноси Народна скупштина (чл. 158. ст. 2. и чл. 161. ст. 2. Устава). То су, објективно посматрано, изузетно подобна средства за утицај извршне власти на рад јавног тужилаштва: Влада није ничим ограничена да предложи разрешење тужиоца пре истека мандата на који је именован, независно од стручности и професионалног вршења функције или само с формалним позивом на те критеријуме, о чему одлучује политичка, што практично значи Владина већина у парламенту. Заштиту од могућих

политичких утицаја не пружају ни уставне норме о одговорности јавних тужилаца, које такође упућују на доминантну улогу Владине политичке већине: Републички јавни тужилац одговара Народној скупштини а јавни тужиоци Републичком јавном тужиоцу и Народној скупштини (једино заменици јавних тужилаца не одговарају и парламентарној већини него само јавном тужиоцу). И према мишљењу Европске комисије за демократију путем права (тзв. Венецијанске комисије), систем двоструке одговорности, и највишем јавном тужиоцу и парламенту, „отвара врата“ за политички утицај на рад тужилаштва.¹⁰ Ту много не помаже ни Уставом експлиците дефинисан задатак Државног већа тужилаца да „обезбеђује и гарантује самосталност“ носилаца јавнотужилачке функције, „у складу са Уставом“ (чл. 164. ст. 1. Устава). Разлози за овако песимистички став налазе се у оцени састава овог органа и начина избора његових чланова. У Државном већу тужилаца преовлађују представници политичке већине у парламенту: по положају у његов састав улазе министар правосуђа и председник надлежног одбора Народне скупштине, а све остале чланове, без обзира из којих структура, бира такође Народна скупштина. Ни представнике професије, према уставној норми, не бирају сами јавни тужиоци и њихови заменици него Владина политичка већина у парламенту.

Осим значаја који има са становишта демократичности и владавине права, самосталност јавног тужилаштва у вршењу функције и степен везаности за извршну власт од утицаја су на изградњу модела кривичног поступка и уређење његовог процесног положаја. У расправи да ли истрага треба да буде судска или тужилачка, у прилог постојања истражног судије наводи се „да ће преживети докле год јавни тужилац буде подложен политичкој контроли“.¹¹

У погледу уређења, јавно тужилаштво је крута пирамидална грађевина, успостављена на принципима чврсте хијерархије и монократског уређења, на чијем се врху налази Републичко јавно тужилаштво. Изразито је централизован државни орган. Такву оцену уређења тужилачке организације потврђује искуство из упоредног права: што је јавно тужилаштво екстерно више подложно извршној власти то су израженије црте његове хијерархијске организације на унутрашњем плану.¹² Показује се да уставописци нису нарочито били инвентивни јер баштине правно наслеђе из педесетих година прошлога века, када је јавно тужилаштво организовано и правно уређено по узору на совјетски модел. Из претерано чврсте хијерархије извиру и принципи супституције и деволуције, који омогућавају упад вишег јавног

¹⁰ Мишљење Венецијанске комисије о Уставу Србије усвојено је на 70. пленарној седници (види веб страницу Комисије [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp)).

¹¹ Perrodet, *The public prosecutor*, u: Delmas-Marty/Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 425.

¹² D. Krapac, *op. cit.*, str. 192.

тужиоца у рад нижег јавног тужилаштва без икаквог оправдања. Начело монархског уређења пак осигурава јединство делатности тужилаштва, неопходно за ефикасно вршење функције због које је и основано, али слаби одговорност заменика јавних тужилаца. Овако застарела архитектура јавног тужилаштва у дисхармонији је с модернизацијом кривичне процедуре, поготову ако се буде темељила на замени судске истраге јавнотужилачком. Јавнотужилачком истрази, правним инструментима консесуалне правде и активној процесној улози јавног тужиоца у извођењу доказа на главном претресу, примеренија је непосредна одговорност самих заменика јавних тужилаца уместо одговорности јавног тужиоца по монархском принципу.

Кад је реч о судском систему, извесне тешкоће везане су за уставом одређени положај највише судске власти, као и за неке аспекте организације судова значајне за судски кривични поступак. Поред ових, уз осмишљен легислативни захват савладивих тешкоћа, највећа препрека за уређење судова примерено правној држави биће недостатак уставних гаранција и претпоставки за изградњу независног судства.

Уставом је извршена промена највише судске власти, уместо традиционалног врховног суда сада је „Врховни касациони суд највиши суд у Републици Србији“ (чл. 143. ст. 4. Устава). Осим плеоназма који нови назив у себи носи, отвара се питање да ли су уставописци имали намеру да промене положај и надлежност највише судске власти или су били неспретни приликом преузимања назива органа из српске законодавне лексике с почетка XX века. Уколико би се на основу уставне интерпретације закључило да је интенција уставотвораца била установљивање касационог суда, тиме би се поставили лимити за уређење правних лекова у кривичном поступку: Врховни касациони суд могао би само да „касира“, тј. да поништава, процесноправном терминологијом речено, да укида правним леком побијане судске одлуке. Чини се ипак вероватнијим да ће реформа судског система ићи у правцу прописивања надлежности као врховног суда а не касационог.

За реформу кривичног поступка од посебног значаја је уређење правосудног система, с којим концепцијски и институционално мора бити усклађен. На овом месту поменућемо само различити ранг судова за суђење у првом степену и установљивање апелационих судова. Конституисање и надлежност судова различитог ранга за суђење у првом степену од утицаја су на моделирање скраћених поступака за лакша дела, на реализацију принципа зборности у судском одлучивању и учешћа грађана у суђењу, на процесна правила о функционалној надлежности судских органа у кривичном поступку и сл. У погледу другог питања, реформа правосудног система која је у току јесте прилика да се поново преиспита мрежа апелационих судова чије се увођење у живот већ дуже време одлаже. Мрежа судских инстанци од утицаја је на концепцију правних лекова, нарочито потпуног правног лека каква је жалба, а од ње зависе процесне могућности за уједначавање казнене

политике. Искуства других земаља упозоравају да већи број апелационих судова представља непремостиву препреку за уједначавање казнене политике. У правосудној пракси се разлике у казненој политици могу испољити у толикој мери да доведу у питање равноправност грађана пред законом. Стога нам се чини прихватљивим идеја о установљавану једног апелационог суда са више одељења, што би било у складу са захтевима рационалности и ефикасности правосудног система и било ваљан правни амбијент за уједначавање казнене политике судова. Међутим, по свему судећи, аргументе криминалне политике, као и много пута до сада, надвладаће чисто политички разлози на којима се темељи важећа законска регулатива о апелационим судовима која није заживела у пракси, па ће судски систем бити обогаћен са четири апелациона суда.

Правне препреке које извиру из уставних норми које угрожавају самосталност јавног тужилаштва, о којима је било речи, исте су и код уређења судова, али са далеко тежим последицама јер угрожавају судску независност. Устав омогућава директан утицај политичке власти на формирање судског кадра приликом првог избора судија на мандат од три године, будући да експлицитно предвиђа да тај избор обавља Народна скупштина Србије (чл. 147. ст. 1. и 2. Устава). Управо та чињеница да ниједан правник не може бити именован за судију ако не прође политички филтер владине већине у парламенту, представља недопустиво снажан атак на независност судства. Први избор судија, дакле, директно и искључиво зависи од политичке власти. Утицај политичке власти није отклоњен ни код избора судија за трајно обављање судијске функције иако тај избор не врши парламент него Високи савет судства. Разлог томе је што ни Високи савет судства који бира судије без ограничења мандата није валидна брана од политичких утицаја јер чланство у њему, и чланова по положају и изборних чланова, зависи искључиво од одлука политичке власти. Чланови по положају су председник Врховног касационог суда, кога такође бира парламент, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине, као представници извршне и политичке власти, а све остале чланове бира парламент. Тиме је обезбеђен посредан утицај политичке власти и на избор судија за трајно вршење судијске функције, чиме се и даље атакује на судску независност.

Да се странке нису одрекле политичког утицаја на судску власт и правосуђе у целини, потврђује страначки консензус да се у Уставни закон унесе одредба о општим изборима свих судија, јавних тужилаца и њихових заменика, без обзира на до сада важећи принцип сталности правосудних функција (судије и јавни тужиоци бирани су да ту функцију врше трајно до навршетка радног века). Са становишта правне сигурности у држави која почива на владавини права, поставља се питање уставности овакве законске одредбе. Буде ли Уставни суд ове законске одредбе прогласио уставним, а

неизбежно је покретање поступка за оцену уставности, то ће бити амбис за независност судства и самосталност јавног тужилаштва из којег нема повратка, јер ће свака нова извршна власт и парламентарна већина моћи да поново бирају носиоце правосудних функција, по „свом“ уставном закону који ће донети, како би извршили „своју“ лустрацију судија и јавних тужилаца.

Сви ови чиниоци од утицаја на независност судства и они о којима је било речи у излагању о угроженој самосталности јавног тужилаштва, наводе нас на закључак да је уставотворац и овога пута пропустио да изврши суштинску реформу правосудног система. Због немоћи да раскине везу са досадашњим поимањем места и улоге правосуђа у систему државне власти, уставотворац не установљава нове нити чвршће гаранције за изградњу независног судства и самосталност јавног тужилаштва, неопходне за постављање темеља правне државе. Да би се суд и јавно тужилаштво ослободили утицаја политичке власти били су неопходни либералнији и радикалнији захвати у уставне принципе уређења правосудних органа. Једном таквом реформском захвату од суштинске помоћи било би: (а) преношење у надлежност Високог савета судства и Државног већа тужилаца свих избора судија и председника судова, јавних тужилаца и њихових заменика, свих разрешења носилаца правосудних функција и одлучивање о свим другим важним питањима везаним за судове и јавна тужилаштва; (б) да чланове Високог савета судства и Државног већа тужилаца не бирају странке и парламент него носиоци правосудне власти и (в) установљавање судског и јавнотужилачког буџета. На тим идејама могло би се засновати залагање за промену Устава, са којим већ сада треба започети у стручној и научној јавности.

(Сва ова питања везана за правосудне органе заслужују да буду свеобухватније и детаљније анализирана у оквиру расправе о правосудном систему, а у овом раду су сведена у границе сажете оцене правне стварности као претпоставке за реформу кривичног процесног законодавства која предстоји).

Организација и положај полиције такође су значајан чинилац који утиче на моделирање кривичног поступка, схваћеног у најширем смислу, нарочито извиђајних делатности и истражних радњи у претходном стадијуму. Улога јавног тужиоца у претходном кривичном поступку у великој мери је детерминисана његовим односом с полицијом.¹³ У нас је полиција посебан и од јавног тужилаштва одвојен орган, са равноправним прерогативима у погледу откривања кривичних дела и учинилаца, али није реално реформисати досадашњи преткривични поступак тако да полиција спроводи извиђај и истрагу независно од јавног тужилаштва и на сопствену иницијативу. Имајући у виду нашу традицију и земаља континенталне

¹³ Упореди: D. Krapac, *op. cit.*, str. 194-196.

Европе, кривично гоњење ће и даље остати у искључивој надлежности јавног тужиоца, само је питање да ли ће однос са полицијом бити правно уређен на принципима координације и сарадње или веће зависности. И поред епистемолошке надмоћи полиције, реално је очекивати да јавни тужилац буде *dominus litis*, овога пута читавог претходног кривичног поступка, са одговарајућим овлашћењима да надзире и усмерава полицијску делатност, али и овлашћењем да и сам предузима све радње и мере као и полиција кад оцени да је то сврсисходно. За ефикасно руковођење и остваривање функције гоњења потребно је снабдети га правним и за практичну примену остварљивим инструментима пошто се декларативна процесна норма да је јавни тужилац руководилац свих потражних и истражних делатности показала недовољном. На пример, снабдети га овлашћењем да нареди предузимање било које законом установљене радње или мере за откривање дела и учинилаца, обавезати полицију да сваки налог изврши и о томе поднесе извештај, обавезати полицију да о прикупљеним сазнањима и предузетим радњама трагања обавезно извештава јавног тужиоца у роковима прописаним процесним законом, успоставити механизам одговорности за неизвршавање налога јавног тужиоца и сл. Треба на крају рећи, да је однос између јавног тужиоца и полиције најпринципијелније, како нам се чини, уредио италијански законодавац, стављајући посебна одељења полиције под искључиву надлежност јавног тужиоца, тако да те полицијске службенике надређени у полицији не могу сменити са кривичног случаја без сагласности јавног тужиоца, који осим тога има утицај и на професионалну каријеру тих полицијских службеника.

Непрецизност уставних гаранција

Трећу групу правних препрека за реформу кривичног поступка Србије, представљаће, по нашем мишљењу, не баш спретно формулисане уставне гаранције људских права у кривичном поступку. С тим иако несавршеним уставним нормама мора бити усклађено будуће кривично процесно законодавство, независно од обима и дубине реформског захвата. У такве уставне гаранције могу се уврстити:

- Право окривљеног да буде упознат са природом и разлозима оптужбе, без којег одбрана није могућа, као један од правних стандарда на коме почива право на правично суђење, изгубило је сваки смисао јер су га уставописци погрешним преписивањем преформулисали у његово право да буде „обавештен о природи и *разлозима дела* за које се терети“ (чл. 33. ст. 1. Устава). На бази овакве формулације, могло би се тумачити да је статуирана дужност органа гоњења да окривљеном саопшти и мотиве¹⁴ извршења

¹⁴ Др Момчило Грубач, *Устав Републике Србије и кривичнопроцесно законодавство*, у: „Устав републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа“, Златибор, 2007, стр. 34.

кривичног дела које по логици ствари сам окривљени најбоље зна, а некад ни он није у стању да их објасни. Насупрот овој нејасној уставној гаранцији, Европска конвенција конституише правни стандард као право окривљеног да „буде обавештен о природи и разлозима за *оптужбу* против њега“ (чл. 6. ст. 3а ЕК), чију формулацију законодавац и треба да преузме.

- Разлози за искључење јавности суђења прописани су у Уставу *а limine* (чл. 32. ст. 3.), али се међу њима више не помињу „чување тајне“ ни заштита „других општих интереса“. Због тога војна, државна, професионална и свака друга тајна више неће непосредно утицати на одступања од начела јавности. Јасно је да би се покаткад војна и државна тајна могле подвести под „заштиту интереса националне безбедности“, али се априори не би могло прихватити да све оно што власти означе као неку од ових тајни и што држе у тајности уистину и односи на националну безбедност. Очигледно је маневарски простор законодавца у потпуности сужен и сведен у границе лимита набројаних у уставној норми. Да је норма о начелу јавности суђења у потпуности преузета из Европске конвенције, а не непотребно скраћена, проблем би изостао и сагласно садржини и смислу права на правично суђење, уставна норма би допуштала и искључење јавности које би по оцени суда било нужно потребно у ситуацијама „када би јавност могла да нашкоди интересима правде“ (чл. 6. ст. 1. ЕК), у којим границама кривичнопроцесним прописима и треба установити јавност суђења.

Појединим уставним нормама несмотрено су из Европске конвенције преузети само адверзијални елементи на којима је изграђен акузаторски модел кривичног поступка, карактеристичан за англоамерички правни систем, па ће представљати инспиративан захтев да се уграде у европски континентални тип кривичне процедуре коме припада наш кривични поступак. Уставом су, наиме, уведени „сведоци оптужбе“ и „сведоци одбране“, а такође је приликом уставног уређења права на „једнакост оружја“ експлицитно установљено право окривљеног да „испитује сведоке оптужбе“. На тај начин су уставописци унакрсно испитивање подигли на ранг уставног права окривљеног. Насупрот уставној регулативи, у континенталном моделу кривичне процедуре и српској правној традицији, саслушање сведока и вештака је процесна радња суда, на коме је и одговорност за утврђено чињенично стање. Европска конвенција, пак, уважавајући оба модела кривичног поступка, конституише право окривљеног „да испитује сведоке против себе или *да постигне* да се они испитају“ (чл. 6. ст. 3д), што представља валидно правно упориште ако се у предстојећој реформи жели задржати уређење доказног поступка на главном претресу на принципима мешовитог, континенталног типа кривичног поступка.

Због непрецизних одредби или постављања лимита изнад европских правних стандарда, без реалног сагледавања последица које може произвести у процесној стварности, настаће тешкоће да се поједина процесна начела и

институти законски уреде сагласно уставним гаранцијама а да се не доведе у питање нормативна основа ефикасности кривичне процедуре. На пример, док Европска конвенција не забрањује понављање на штету окривљеног (чл. 4. ст. 2. Протокола 7 ЕК), уставним нормама (чл. 34. ст. 5. У) начело *ne bis in idem* није сасвим прецизно установљено, па није јасно да ли је понављање изузетно дозвољено (али само у корист окривљеног) или је у односу на правило да се поступак не може поновити на штету окривљеног, изузетно допуштено понављање. И прецизирање појединих рокова у одредбама о заштити личне слободе, биће обавеза за законодавца да их унесе у законске одредбе, а практично спровођење или ће бити отежано или ће умањити ефикасност гоњења. Примера ради, до сада временски неодређен рок за предају суду лица лишеног слободе без одлуке суда, сведен је на максимално 48 сати, што ће често бити недовољно за уобичајене полицијске радње, па ће се или нужно кршити или строго поштовати на штету резултата гоњења.

Уставна регулатива о којој је напред било речи не може се ниједним законским пројектом ставити ван снаге нити изменити, али се правилном интерпретацијом може свести у оквире европских правних стандарда, обвезујућих за наше унутрашње право.

4. НАПОМЕНЕ ЗА НОВИ МОДЕЛ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Након оцене кривичнопроцесне стварности и нормативне основе кривичног поступка у Србији, дефинисања обима и карактера могуће реформе, те сажете експликације правних препрека које стоје на том путу, чини се логичним да се, уместо закључка, учине неке напомене које одсликавају наше поимање реформе кривичног процесног законодавства која предстоји.

Реформе кривичног поступка извршене у европским земљама последњих деценију-две показују да нису искључиво резултат развоја националног законодавства заснованог на сопственој правној традицији дотичних држава, те се друкчији процес не може очекивати ни код нас.

Ововремену регламентацију карактерише постојање надржавних организација које прописују правила кривичног поступка, стварају моделе уређивања односа у овој области и успостављају правне стандарде с којима се хармонизују национални правни системи. Основна људска права су област у којој се та тенденција најизраженије испољава, па стога треба узети у обзир и ставове Европског суда за људска права, који као наднационална судска инстанца својим пресудама и у њима садржаним тумачењима врши пресудан утицај на унапређење нормативне делатности и изградњу минималних правних стандарда у националним законодавствима. Саобразно тим тумачењима, сваки савремени систем кривичног поступка мора осигурати: *страначки, контрадикторно уређен поступак и једнакост оружја*, као есенцијалне чиниоце права на правичан поступак.

У стручним, па и политичким круговима последњих година превладава уверење да је потребна системска промена кривичног поступка. Изражено настојање да се кривични поступак модернизује и учини ефикаснијим засновано је на идеји да се у наш, иначе континентални модел кривичног поступка уграде неки, у данашње време скоро незаобилазни елементи акузаторског типа кривичног поступка, пре свега тужилачка истрага, споразум о признању кривице, као инструмент консесуалне правде, а такође и други процесни институти који носе адверзијално обележје. Са тужилачком истрагом нужно се мора усагласити уређење свих осталих фаза првостепеног поступка и поступка по правним лековима, извршити одабир и моделирање посебних кривичних поступака и уређење процесних принципа и института који су с тим променама у вези, како би се изградио кохерентан систем кривичног поступка. У циљу модернизације али и убрзања поступка, оправдано је установити и какве диверзионе моделе решавања кривичних ствари кад то сврха кажњавања и разлози правичности допуштају, као што су споразум о признању кривице,¹⁵ начело опортунитета и сл. Насупрот томе, за организовани криминал, корупцију и друге најопасније облике криминалитета које данас угрожавају наше друштво, треба уредити посебне поступке са нужно израженим вишим степеном репресивности.

Једна озбиљна реформа системског закона какав је Законик о кривичном поступку, треба да резултира новим, кохерентним и конзистентним кодексом који ће својим јасним и прецизним нормама одговарати постулатима правне државе.¹⁶ Овај садржински радикалан а по обиму веома опсежан реформски захват, представља веома комплексан задатак који изискује студиозан и промишљен приступ, систематско изучавање сваког процесног правила и разумно време за израду законског текста и неопходну стручну расправу о понуђеним законским решењима.

¹⁵ Опширније о овом дивезионом моделу види код: В. Ђурђић, *Пресуђење на основу споразума о признању кривице*, у: Приступ правосуђу – Инструменти за имплементацију европских стандарда у правосудни систем Републике Србије, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007, стр. 53- 71.

¹⁶ Davor Krpac, *op. cit.*, str. 180.

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

FACING THE REFORM OF CRIMINAL JUDICIARY - Requirements of the Social Reality and Legal Obstacles-

Summary

In this paper, the author first provides a brief review of the criminal procedure in the Serbian legal reality, pointing to the emerging reformatory requirements in this field. In observing the scope of the reform, the author takes the standpoint that it should not be a “total” reform in the sense of replacing the traditional mixed-type model of criminal procedure with the accusatory model. It should rather be a partial reform aimed at introducing a radical change in the preliminary criminal proceeding, where the public prosecutor would be in charge of the criminal investigation. Considering the modified nature of criminal investigation, there is no doubt that the central part of the criminal procedure, including the adjudication of the criminal act, the proceeding before an appellate court, and all the special criminal proceedings, should be subsequently brought in line - both conceptually and in particulars – with the alterations in the criminal investigation proceeding.

The author further analyses the legal obstacles holding back the initiated reform of the criminal judiciary. The first obstacle which has been observed and subjected to a critical analysis is the chaotic situation in the legislative framework on criminal procedure. Presently, there are two criminal procedure codes that have full legal force. The one which is currently applied is actually the code of an earlier date, whereas the application of the recently adopted code has been postponed due to the frequent and unusually harsh criticism of the expert public. In the author’s opinion, there are other legal obstacles which may stand in the way of anchoring the criminal procedure into the postulates of the legal state. The obstacles include some constitutional principles pertaining to the regulation of the bodies of criminal judiciary and the imperfect constitutional regulation referring to the protection of some human rights in criminal proceedings, the latter of which is a direct result of the fact that these human rights’ guarantees have been awkwardly transcribed from the international documents without due consideration.

Key words: criminal procedure, public prosecutor, criminal court, right to defense, publicity principle, cross-examination

UDK: 343.222:347.19

Др Драган Јовашевић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

РАСПРАВА О КРИВИЧНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ*

***Апстракт:** Иако је у савременом кривичном праву прихваћен систем субјективне кривичне одговорности за учињено кривично дело, ипак многи релевантни међународно правни акти као и кривични закони, посебно они донети у последње време, предвиђају одступања, дакле изузетке од овог система. На тај начин се и у кривично право уводи нови облик кривичне одговорности – објективна одговорност или одговорност на бази проузроковања последице. Један од видова ове објективне одговорности је, дуго времена оспоравана, кривична одговорност правних лица.*

При томе, је потпуно очигледно да правна лица не могу да се јаве као учиниоци свих врста кривичних дела, на њих се не примењују одредбе о урачунљивости и кривици (виности) као основима субјективне кривичне одговорности нити да се према њима могу применити све врсте кривичних санкција које уопште познаје кривично законодавство. Управо у овом раду ће стога бити говора о специфичностима у примени појединих опитих института кривичног права када се као учинилац кривичног дела јави правно лице.

***Кључне речи:** субјект, кривично дело, правно лице, закон, одговорност, казна, мере безбедности, застарелост*

Напомене о субјекту кривичног дела

Основни појам кривичног права јесте кривично дело којим се повређују или угрожавају друштвене вредности заштићене кривичним законодавством. Кривичног дела нема без његовог субјекта. У правној теорији разликују се две врсте субјеката кривичног дела : активни и пасивни субјект¹.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Драган Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Службени лист, Београд, 2002. стр.697

Активни субјект кривичног дела је лице које својом радњом чињења или нечињења остварује последицу кривичног дела. То је дакле учинилац кривичног дела (извршилац и саучесници). По правилу, свако лице може бити учинилац кривичног дела под условом да је навршило четрнаест година². Али код појединих кривичних дела закон тражи посебно лично својство, однос или околност лица да би могло бити учинилац дела – *delicta propria* (кривична дела са посебним, специјалним субјектом нпр. службена или војна кривична дела). Из објективног појма кривичног дела произилази да се као учинилац (активни субјект) може јавити и неурачунљиво лице, правно лице и малолетник. То значи да се може правити разлика између појмова : учинилац, извршилац и кривац³.

Тако извршилац кривичног дела може бити свако лице које предузме радњу извршења предвиђену у закону као обележје бића тог дела, а учинилац је поред извршиоца и свако лице које било којом делатношћу доприноси остварењу дела (саучесник) док је кривац онај учинилац који има одређени узраст, урачунљивост и кривицу (виност). Поред физичког лица, под одређеним условима се као активни субјект може јавити и правно лице. Активни субјект кривичног дела може остварити свршено или покушано кривично дело. Извршилац може бити лице које само предузима радњу кривичног дела (непосредни извршилац) или може да користи друго лице као средство за извршење дела (посредни извршилац). Најзад, у улози извршиоца се може појавити једно или више лица (саизвршиоци).

Пасивни субјект кривичног дела је лице које је повређено или оштећено кривичним делом, односно жртва кривичног дела. Пасивни субјект нема исту улогу у кривичном праву као што је то случај са активним субјектом. Својство пасивног субјекта од значаја је за примену појединих института кривичног права : нужне одбране, крајње нужде, пристанка повређеног, самоповреде. Одређивање пасивног субјекта изазива понекад тешкоће услед тога што се више лица код једног дела могу појавити као повређена или оштећена лица (пасивни субјект могу бити блиски сродници, родитељи или деца). Због тешкоћа око одређивања лица која се могу појавити као пасивни субјекти узима се да су то лица која су носилац права и интереса која су повређена вршењем кривичног дела, тј. које су титулар добра чија заштита је сврха кривичног дела⁴.

² Нека инострана законодавства познају другачија решења. Тако према чл. 20. Шпанског кривичног законика кривац је физичко лице које је навршило 18 година. Лица испод 18 година не подлежу кривичној одговорности. (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, *Уголовниј кодекс Испанији*, Зерцало, Норма, Москва, 1998.)

³ Љубиша Јовановић, Драган Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Номос, Београд, 2002. стр.146-151

⁴ Драган Јовашевић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Службени гласник, Београд, 2002. стр.77-81; група аутора, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1995. стр.126-131

Пасивни субјект може бити свако физичко и правно лице. За постојање пасивног субјективитета није нужно да је физичко лице пословно па чак ни правно способно. Исто онако као што се у извршењу кривичног дела може појавити више субјеката (саучесници) тако се може појавити и већи број пасивних субјеката (повређених). Сматра се да једно лице не може бити истовремено и активни и пасивни субјект. У извесним случајевима објект кривичног дела и пасивни субјект се стичу у истој личности нпр. код убиства или телесне повреде.

Правно лице као субјект кривичног дела

Још од периода римског права важило је правило да правна лица нису субјекти кривичног права.⁵ Сматрало се наине да правна лица могу бити носиоци грађанске, али не и кривичне одговорности⁶. Међутим, са развијањем капиталистичке (буржоаске) привреде са привредним предузећима и другим привредним субјекатима долази до честог кршења прописа у области привредног и финансијског пословања што је наметнуло потребу увођења и казнене одговорности за правна лица. У давању одговора на питање да ли правно лице може бити активни субјект кривичног дела разликују се три теорије: теорија фикције, теорија реалности и компромисна теорија.

По теорији фикције правно лице је фикција па не може да изврши кривично дело. Ова теорија се ослања на принцип римског права : *societas delinquere non potest*. Као разлози за ово схватање наводе се : 1) кривично дело се врши телесним покретом или пропуштањем телесног покрета, што може да учини само човек, 2) правно лице не поседује свест и вољу и не може да има психички однос па ни да буде вино и 3) казна примењена према правном лицу не би била лична јер би погодила све чланове правног лица, па и оне који нису били сагласни са извршењем делатности због које се она изриче.

По теорији реалности правно лице је органско, реално биће, а не фикција. Оно има представнике који доносе одлуке и органе који их извршавају. Воља представника је воља правног лица. Према томе оно има способност за психички однос, што значи да може бити вино. Што се тиче неправичности казне, тј. да она није лична, представници ове теорије наводе да она није сасвим лична ни код физичких лица, јер погађа и чланове породице, који такође нису криви за извршење кривичног дела. По овој теорији би правна лица требало да буду субјекти кривичног права по истом

⁵ У теорији има мишљења да је ово правило ипак у римском праву важило само као изузетак. Зоран Стојановић, Одговорност правног лица за привредне преступе, *Правна мисао*, Сарајево, број 3-4/1990. стр.90

⁶ Мирослав Врховшек, Одговорност правних лица за привредне преступе или кривична одговорност правних лица, *Правни зборник*, Подгорица, број 1-2/1996. стр.99-107

основу по коме су субјекти у грађанском праву. Овој теорији се замера да тежи ка објективизацији кривичне одговорности.

Најзад, по теорији компромиса, која је дошла до изражаја после Другог светског рата, правном лицу треба изузетно да се призна својство субјекта кривичног дела. Ова теорија није одредила ни критеријуме ни поједине случајеве када би се правно лице могло сматрати субјектом кривичног дела, већ је то препустила пракси и законодавству⁷. То питање се после Другог светског рата практично поставило у међународном кривичном праву, у вези са кажњавањем злочиначких организација, које су вршиле масовне злочине широм Европе, али и у интерном кривичном праву у вези са кажњавањем домаћих квислиншких организација и других правних лица која су сарађивала са окупатором. Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу дато је овлашћење овом суду да извесне организације прогласи злочиначким, што је и дошло до изражаја у Нирнбершкој пресуди из октобра 1946. године.

Развој концепције о успостављању кривичне одговорности правних лица

Кривично право СФР Југославије је непосредно после рата предвиђало кажњавање правних лица (чл. 10. Закона о кривичним делима против народа и државе, чл. 11. Закона о недопуштеној трговини, недопуштеној шпекулацији и привредној саботажи и чл. 14. Закона о врстама казни). Општи део Кривичног закона из 1947. године предвиђао је могућност да правно лице може изузетно бити субјект кривичног дела, тј. у случајевима када је у закону изричито одређена њихова одговорност. Кривични законик ФНРЈ из 1951. године и Кривични закон СФРЈ из 1976. године нису предвиђали кривичну одговорност правних лица.

У савременом кривичном праву данас су присутне тенденције у правцу успостављања кривичне одговорности правних лица. Тако је на Првом и Другом конгресу међународног удружења за кривично право 1926. и 1929. године прихваћено схватање да правна лица представљају друштвене снаге које могу да буду опасне за вршење кривичних дела и других недозвољених дела којима се наносе или се могу нанети огромне штете правима и интересима других. На Седмом конгресу овог удружења 1937. године донета је резолуција која је предвиђала одговорност правних лица за кривична дела у случајевима који су одређени законом.

Савет Европе је 1988. године донео препоруку П – 88/18 којом је свим земљама чланицама препоручено да у своја национална законодавства уведу систем кажњавања предузећа која имају статус правних лица за преступе учињене у свом пословању.

⁷ Милош Радовановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1975. стр. 19-193 ; Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право СФРЈ, Општи део*, Београд, 1978. стр. 136-137

Међународни конгрес за кривично право који је 1994. године одржан у Рио де Жанеиру препоручио је националним законодавствима да пропишу кривичну одговорност не само руководећих лица већ и самих институција – правних лица – предузећа и других јавних лица, додуше само у области еколошке деликвенције.

Савет Европе је 1998. године усвојио Конвенцију о заштити животне средине путем кривичног права⁸ која инаугурише одговорност правних лица за кривична дела којима се повређује или угрожава животна средина под условом да је одговорно лице учинило кривично дело у име и за рачун тог правног лица.

Кривичноправна конвенција о корупцији Савета Европе из 1999. године такође прописује кривичну одговорност правних лица за кривична дела корупције. Од ове одговорности су изузете држава и друга јавна тела која врше државну власт као и међународне организације. Овом је конвенцијом државама чланицама ове регионалне међународне организације наметнута обавеза да у свом националном законодавству утврде систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица за корупцијска кривична дела, посебно дела активног подмићивања, трговину утицајем и прање новца које учини одговорно лице које има водећу улогу у саставу правног лица, поступајући самостално или у саставу тог правног лица. У основи овако конципиране кривичне одговорности правних лица конвенција полази од одговорности одговорног физичког лица које има право (овлашћење) да заступа правно лице или да има власт над процесом доношења одлука у том правном лицу или да има власт у вршењу надзора у оквиру правног лица као и да је кривично дело учињено у корист правног лица.

Конвенција УН против транснационалног криминала усвојена у Палерму 2000. године изричито прописује кривичну, грађанску и административну одговорност правних лица за учињена кривична дела у оквиру организованог транснационалног криминала.

На сличан начин кривичну одговорност правног лица прописује и Конвенција о сајбер криминалу усвојена у Будимпешти 2001. године за кривична дела повреде тајности и доступности компјутерских података и система, компјутерска кривична дела као и кривична дела повреде ауторских и сродних права и сл.

У последње време је у више националних законодавстава изричито предвиђена кривична одговорност и кажњивост правних лица.

Тако Кривични законик Краљевине Холандије из 1976. године⁹ уводи општу кривичну одговорност за правна лица за кривична дела која могу извршити с обзиром на своје карактеристике и обележја.

⁸ Драган Јовашевић, *Заштита животне средине*, Службени лист, Београд, 2005. стр.26-27

⁹ A. Huss, Die Strafbarkeit der juristischer Personen, Z St W, No. 1/1978. p.248 ; Види : L. Rayer, S. Wadsworth, *The Dutch Penal Code*, Colorado, 1997.

У Краљевини Шведској је новелом Кривичног законика из 1986. године предвиђено изрицање новчане казне за кривична дела која изврше правна лица¹⁰.

Фински кривични законик из 1996. године¹¹ у првом поглављу под називом : "Простор примене кривичног права Финске", у другом одељку изричито одређује корпоративну кривичну одговорност – кривичну одговорност правних лица за кривична дела само у случајевима и на начин који је предвиђен законом.

Француски кривични законик из 1992. године у низу својих одредби (чл.121-2, 131-12-49) предвиђа на специфичан начин утврђивање кривичне одговорности и систем казни за правна лица као учиниоце кривичних дела¹². Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова : 1) да је кривично дело учињено за њихов рачун и 2) да је кривично дело учинио њихов орган или представник. На исти начин је утврђена и кривична одговорност територијалних јединица и њихових органа за кривична дела која су учињена од стране њихових службеника у вршењу службених активности.

Кривична одговорност правних лица не искључује при томе истовремену и паралелну одговорност физичких лица за учињено кривично дело када се јаве у улози извршиоца или саучесника у истом кривичном делу. Чланом 54. Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004-204 од 9. марта 2004. године који ступа на снагу 31. децембра 2005. године правно лице може да одговара за свако кривично дело предвиђено француским кривичним законодавством што значи да је укинута начело специјалне кривичне одговорности " le principe de specialite " правног лица¹³.

И Кривични законик Републике Словеније са изменама и допунама до 1999. године у чл. 33. предвиђа на специфичан начин кривичну одговорност правних лица што ће се конкретно уредити посебним законом¹⁴. Тај је закон под називом Закон о одговорности правних лица за кажњива дела коначно донет 2004. године¹⁵.

¹⁰ Information Bulletin on Legal Activities, *Council of Europe*, 27.July 1988. pp. 41-42 ; Види : The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990.

¹¹ Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki, 1996.

¹² M. Vauzelle, *Nouveau Code penal du 22.Juillet 1992.*, Mode d emploi, Paris, 1993. p. 54

¹³ Pierrelte Poncela, *Droit de la peine*, Themis, Paris , 2005. p.25-37 ; Roger Bernardini, *Droit penal general* ,Manuel, Paris, 2003.

¹⁴ Боштјан Пенко, Клаудиј Стролиг, *Казенски законик Републике Словеније, з уводними појаснили*, Урадни лист, Љубљана, 1999. р.85 ; Љубо Бавцон, Аленка Шелих, *Казенско право,Сплошниј дел*, Урадни лист, Љубљана, 2003. године, стр.372 ; Аленка Шелих, Дамјан Корошец, *Материјално казенско право – Сплошни дел*, Јудикатура словенских содишч, Урадни лист, Љубљана, 2000.

¹⁵ Урадни лист Републике Словеније број 98/2004 од 9. септембра 2004. године

Босна и Херцеговина новим кривичним законодавством из 2003. и 2004. године уводи систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица за кривична дела. У исто време и Република Хрватска доноси посебан Закон о одговорности правних лица за казнена дела¹⁶ којим одређује претпоставке кажњивости, систем кривичноправних санкција и кривични поступак за правна лица као учиниоце кривичних дела¹⁷.

На исти начин кривичну одговорност правних лица познаје и Кривични законик Републике Македоније у чл. 28а. (после новеле из 2004. године) при чему се ради о посебној, "специјалној" одговорности правних лица само за законом таксативно набројана кривична дела¹⁸.

Швајцарски кривични законик је после новеле из 2003. године такође прихватио концепцију одговорности правних лица за кривична дела¹⁹.

И коначно, у кривичном праву Србије и Црне Горе, после доношења новог Кривичног законика Републике Црне Горе из децембра 2003. године²⁰ у чл. 31. изричито је предвиђена одговорност правних лица за кривична дела без ближег одређења у чему се она састоји с тим што је остављено споредном закону да одреди основе те кажњивости и систем кривичних санкција²¹.

Иначе данас је у казненом праву низа европских земаља готово опште прихваћено да правна лица могу бити извршиоци посебне врсте кажњивих дела – престапа и прекршаја посебно у области привредног и финансијског пословања односно фискалних давања (нпр. у Немачкој у Кривичном законнику, чл. 30. је предвиђено да се правном лицу може изрећи прекршајна казна – новчана казна ако његови органи или са њима изједначена лица учине кривично дело или прекршај који представља кршење дужности правних лица или је тим кривичним делом правно лице стекло или могло стећи противправну имовинску корист)²².

Основне карактеристике кривичне одговорности правних лица у упоредном праву

Међу свим кривичноправним актима који данас уопште познају институт кривичне одговорности правних лица за учињена кривична дела,

¹⁶ Народне новине Републике Хрватске број 151/2003 од 24. септембра 2003. године, Закон је ступио на снагу после шест месеци од дана објављивања.

¹⁷ Више : Петар Новоселец, Темелне претпоставке за одговорност правних особа за кажњива дејања, *Правник*, Љубљана, број 6-8/2001. године, стр.6-8 ; Петар Новоселец, *Опћи дио Казненог права*, Загреб, 2004. године, стр.455.

¹⁸ Владимир Камбовски, *Казнено право, Општ дел*, Скопље, 2005. године, стр.363

¹⁹ Schweizerisches strafrecht, Bern, 2004.

²⁰ Службени лист Републике Црне Горе број 70/2003 од 21. децембра 2003. године

²¹ Љубиша Лазаревић, Бранко Вучковић, Весна Вучковић, *Коментар Кривичног законика Републике Црне Горе*, Обод, Цетиње, 2004. године, стр.105-106

²² Н. Blei, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 18. Auflage, Munchen, 1983.

посебно у нашем окружењу, специфична су решења која предвиђа ново кривично законодавство Босне и Херцеговине из 2004. године, односно законодавство Хрватске и Словеније.

Наиме, ново кривично законодавство Босне и Херцеговине²³ предвиђа изричито кривичну одговорност за правна лица чиме им се признаје својство активног субјекта кривичног дела. Тако у чл. 122-144. Кривичног закона Босне и Херцеговине (КЗ БИХ)²⁴, чл. 126-148. Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине (КЗ ФБИХ)²⁵, чл. 126-148. Кривичног закона Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (КЗ БД БИХ)²⁶ и чл. 125-146. Кривичног закона Републике Српске (КЗ РС)²⁷ је предвиђена одговорност свих домаћих и страних правних лица изузев: Босне и Херцеговине, Федерације Босне и Херцеговине, Републике Српске, Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, кантона, града, општине и месне заједнице за учињено кривично дело.

И неки други инострани кривични закони изричито искључују кривичну одговорност државе односно јавних органа, органа државне власти. Тако Француски кривични законик у чл. 121-2 искључује одговорност државе за кривична дела која су учињена од стране њених органа или представника. Закон о одговорности правних лица за кривична дела Републике Словеније у чл. 2. искључује одговорност Републике и органа локалне самоуправе за кривична дела. Закон о одговорности правних лица за казнена дела Републике Хрватске у чл. 6. искључује одговорност државе, док јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе одговарају за кривична дела која нису учињена у извршавању јавне власти.

За заснивање кривичне одговорности правних лица у Босни и Херцеговини потребно је да је непосредни учинилац (дакле физичко лице у правном лицу) учинио кривично дело предвиђено кривичним законодавством Босне и Херцеговине у име, за рачун или у корист правног лица под следећим условима : 1) када смисао учињеног кривичног дела произилази из закључка , налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица или 2) када су руководећи или надорни органи правног лица утицали на учиниоца или су му омогућили да учини кривично дело или 3) када правно лице располаже с противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним делом или 4) када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника.

На сличан начин су утврђене претпоставке за кривичну одговорност правних лица сходно решењима из закона о одговорности правних лица за

²³ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине*, *Опћи дио*, Правни факултет, Сарајево, 2005. стр.223-229

²⁴ Службени гласник Босне и Херцеговине, Сарајево, број 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004 и 61/2004

²⁵ Службене новине Федерације Босне и Херцеговине, Сарајево, број : 36/2003, 37/2003, 21/2004 и 69/2004

²⁶ Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, Брчко, број : 10/2003 и 45/2004

²⁷ Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, број : 49/2003 и 108/2004

казнена дела Републике Хрватске (чл. 3. и 4) и Републике Словеније (чл. 4-6.). Према овим законским решењима правно лице се кажњава за кривично дело предвиђено кривичним или неким другим законом, које учини његово одговорно лице којим се повређује нека дужност правног лица или је њиме правно лице остварило или требало да оствари противправну имовинску корист за себе или другог. А као одговорно лице се сматра физичко лице које води послове правног лица или му је поверено обављање послова из подручја деловања правног лица.

За извршено кривично дело правно лице је одговорно и у случају када непосредни учинилац није кривично одговоран (услед недостатка урачунљивости или виности). Одговорност правног лица постоји чак и када се налази у стечају без обзира да ли је кривично дело учињено пре почетка стечајног поступка или у међувремену.

Такође правно лице одговара за друге врсте јавноправних деликата предвиђених у казненом праву Босне и Херцеговине: за привредни преступ²⁸ и за прекршај²⁹.

1. Одговорност правног лица за покушај

Правно лице под наведеним условима одговора за свршено кривично дело, дакле дело којим је проузрокована последица. Но, законом је изричито предвиђена и одговорност правног лица за покушано дело. Покушај или недовршено кривично дело постоји када је извршење кривичног дела започето са умишљајем, али није довршено (у Босни и Херцеговини - чл. 26. КЗ БИХ, чл. 28. КЗ ФБИХ, чл. 28. КЗ БД БИХ и чл. 20. КЗ РС односно чл. 8. Закона о одговорности правних лица за казнена дела Словеније). То је дакле умишљајно започето извршење кривичног дела које није довело до наступања свих законских обележја кривичног дела³⁰. Код покушаја учинилац, пошто је донео одлуку и евентуално извршио припремне радње, прелази на остваривање радње извршења. Али и поред предузимања радње не долази до наступања последице те се не остварује биће кривичног дела у потпуности, већ само делимично³¹.

²⁸ Закон о привредним преступима, Службене новине Федерације Босне и Херцеговине, Сарајево, број 6/1995

²⁹ Закон о прекршајима Босне и Херцеговине Службени гласник Босне и Херцеговине, Сарајево, број 20/2004

³⁰ Душан Јаковљевић, Покушај као стадијум извршења кривичног дела, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, број 1-2/1995. стр.132. На сличан начин говори и Тома Живановић када свршено и покушано дело одређује као две појамно највише опште врсте кривичних дела. Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног права*, Београд, 1930. стр.99

³¹ Кривични законик Руске федерације у чл. 30 и 31. покушај одређује као унишљајну делатност која је непосредно усмерена на извршење кривичног дела ако при томе није

То делимично остварење кривичног дела предузимањем напада на заштићено добро чини суштину покушаја. Покушај, дакле, представља напад на кривичним правом заштићена добра са циљем да дође до промене на објекту напада, тј. до остварења забрањене последице. И управо изостајање циљане последице одређује покушај као друштвено опасну делатност без резултата. Предузимање радње кривичног дела којом се напада на заштићени објекат и изостанак последице која се хтела остварити предузетом радњом чине битне елементе покушаја без обзира на то да ли је напад био подесан за остварење последице или не³². За постојање покушаја је потребно испуњење следећих услова : 1) умишљајна делатност, односно одлука за извршење кривичног дела , 2) да је то дело започето и 3) да дело није довршено.

Кривични закони Босне и Херцеговине односно Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Словеније изричито одређују кривичну одговорност правног лица за покушај кривичног дела. Он постоји у смислу чл. 127. КЗ БИХ, чл. 131. КЗ ФБИХ, чл. 131. КЗ БД БИХ и чл. 130. КЗ РС ако је учинилац пранирано кривично дело започео (предузимањем радње извршења), а законом је прописано кажњавање и за покушај таквог кривичног дела. У том случају се правно лице кажњава казном која је у закону прописана за довршено кривично дело, али се може и блаже казнити.

доведено до краја због околности које нису зависиле од тог лица (Ј. И. Скуратов, В. М. Лебедев, *Комментарии к Уголовному кодексу Российской Федерации*, Москва, 1996.). Кривични законик НР Кине у чл. 23. одређује да покушај постоји када је кривично дело већ започело да се дешава, али није довршено услед дејства независних чинилаца. (С.Д. Pagle, *Chinese Criminal Law*, Peking, 1998.). На исти начин покушај одређује у бугарски кривични законик у чл. 16. (И. Ненов, *Наказателно право на Република Бугарија, Обща част, Књига втора*, Софија, Норма, 1992.) као и швајцарски кривични законик у чл. 21. који разликује свршени и несвршени покушај (Н.Ф. Кузњецова, А.В. Серебреникова, *Уголовниј кодекс Швецарши*, Зерцало, Норма, Москва, 2000.)

³² Слично поступају и други савремени кривични закони. Према Кривичном законнику Француске у чл. 2. покушај злочина се изражава почетком његовог извршења ако овај није обустављен или је промашио успех услед околности независних од воље учиниоца (Code penal, Dalloz, Paris, 1994.) ; Кривични законик Немачке у чл. 22. покушај кривичног дела дефинише као чињење лица које одлуку о извршењу злочина или претупа испољи радњама које сачињавају почетак извршења тог злочина или претупа ако је намеравани злочин или претуп остао недвршен (Н. Н. Jesheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.Auflage, Berlin, 1978. p.419) ; Аустријски кривични законик у чл. 15. одређује покушај када неко своју одлуку о извршењу кривичног дела активира радњом која непосредно претходи извршењу дела (Е. Foregger, Е. Serini, *Strafgesetzbuch. StGB*, 9.Auflage, Wien, 1989.) ; Украјински кривични законик у чл. 17. ст.2. покушај дефинише као намерну радњу непосредно усмерену на кривично дело ако при томе кривично дело није доведено до краја из разлога који нису зависили од учиниоца (М.І. Коржанскиј, *Popularnij komentar Kriminolognu kodeksu Ukraini*, Naukova dumka, Kiev, 1997.) . Покушај постоји према чл. 16. ст.1. Шпанског кривичног законика када је чињење учиниоца непосредно усмерено на извршење кривичног дела које објективно доводи до последице, али последица не наступа због разлога који су независни од воље учиниоца. (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, *Уголовниј кодекс Испанији*, op.cit. p.45). Слично покушај одређују и швајцарски кривични законик у чл.21. (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stand am 1.April 1996. Bern, 1997.).

2. Одговорност правног лица за продужено кривично дело

Продужено кривично дело постоји када једно лице са више радњи изврши више истих или истородних кривичних дела у одређеном временском периоду тако да се сва надовезују једно на друго и чине једно јединствено кривично дело³³. Мали број савремених кривичних законодавстава предвиђају продужено кривично дело : Кривични законик Италије у чл. 81., Кривични законик Бугарске у чл. 26³⁴, Кривични законик Македоније у чл. 45³⁵ или Кривични законик Хрватске у чл. 61.³⁶

Продужено кривично дело као конструкција на бази привидног реалног стицаја у смислу чл. 54. КЗ БИХ, чл. 55. КЗ ФБИХ и чл. 55. КЗ БД БИХ (овај институт не познаје Кривични закон Републике Српске) постоји када једно лице са умишљајем учини више истих или истоврсних кривичних дела која с обзиром на начин извршења, њихову временску повезаност и друге стварне околности које их повезују чине јединствену целину. За постојање продуженог кривичног дела потребно је испуњење две групе услова. То су обавезни и факултативни (варијабилни) услови. Обавезни услови морају бити испуњени у сваком конкретном случају. Варијабилни елементи не морају сви кумулативно бити испуњени у сваком конкретном случају већ је довољно да постоји један или више од њих који указују на природно и логично јединство (јединствену целину) свих учињених кривичних дела која се једна настављају на претходна тако да чине једно дело у продужењу, дело у наставку.

Обавезни елементи за постојање продуженог кривичног дела јесу : 1) Потребно је да једно исто лице учествује у извршењу више кривичних дела, тј. да постоји идентитет личности учиниоца дела. То значи, да једно лице може да буде извршилац свих тих дела или пак да учествује у њиховом остварењу као помагач, или подстрекач; 2) Сва учињена кривична дела треба да су иста или истоврсна дела. То значи да се она појављују као исти или као различити облици једног истог кривичног дела, тј. да постоји идентитет законских бића свих учињених кривичних дела са већим бројем предузетих делатности; 3) Сва кривична дела треба да су од стране истог лица учињена на исти начин што указује да она, иако су предузета у одређеном временски повезаном дешавању, представљају јединствену целину; 4) Сва кривична дела треба да су учињена у одређеном временском интервалу. То значи да између појединих кривичних дела треба да постоји временски континуитет, без великих прекида; и 5) Сва кривична дела треба да су учињена са умишљајем.

³³ Драган Јовашевић, Продужено кривично дело у теорији и пракси, *Гласник АК Војводине*, Нови Сад, број 12/1996. стр. 494-507

³⁴ R. Magino, *Codice penale*, Simone, Napoli, 1987. godine ; Иван Ненов, *Наказателно право, Обића част*, Норма, Софија, 1992., стр.415

³⁵ Службен весник на Република Македонија, Скопље, број 37/1996

³⁶ Фрањо Бачић, *Коментар Казненог законика Републике Хрватске*, Загреб, 2005. стр.173

Варијабилни (факултативни, необавезни) елементи су они који најчешће постоје код продуженог кривичног дела и чине његову кохезиону везу и дају му карактер јединствене целине, али чије постојање није неопходно у сваком случају да би се више дела квалификовало као продужено кривично дело. Као варијабилни елементи у теорији и судској пракси сматрају се : искоришћавање истог трајног односа, ситуације или прилике, истоветност средства или места предузимања радње извршења, истоветност оштећеног лица или нападнутог добра.

У чл. 128. КЗ БИХ, чл. 132. КЗ ФБИХ, чл. 132. КЗ БД БИХ и чл. 131. КЗ РС предвиђена је одговорност правног лица за продужено кривично дело. За овај облик одговорности правног лица за привидни реални стицај потребно је да је код правног лица присутан исти основ одговорности када је извршено више истоврсних и временски повезаних кривичних дела од стране више учинилаца. Тада правно лице одговара као да је учињено једно кривично дело³⁷.

3. Основ кривичне одговорности правног лица

Кривична одговорност у савременом кривичном праву³⁸ се по правилу, заснива се на субјективној одговорности тј. на кривици која се мора утврђивати у сваком конкретном случају. Међутим постоје и такви случајеви где је дозвољена презумпција виности (објективна кривична одговорност – одговорност на бази проузроковане последице). Ово су изузетни случајеви који се стога морају рестриктивно тумачити. То су : 1) одговорност правног лица и 2) командна или заповедна одговорност. Поред тога, у казненом праву објективна одговорност је јавља као одговорност правног лица за : 1) за привредне преступе и 2) за прекршаје. У правној теорији се такође разматра и питање постојања кривичне одговорности колективних органа управљања.

Одговорност правног лица за кривична дела је предвиђена у чл. 122-126. КЗ БИХ, чл. 126-130. КЗ ФБИХ, чл. 126-130. КЗ БД БИХ и чл. 125-129. КЗ РС.

Као правно лице које подлеже кривичној одговорности у смислу чл. 1. ст. 10. КЗ БИХ сматра се : Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине, Република Српска, Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, кантон, град, општина, месна заједница, сваки организациони облик привредног друштва и сви облици повезивања привредних друштава, установе, институције за вршење кредитних и других банкарских послова, за обезбеђење имовине и лица као и друге финансијске институције, фонд,

³⁷ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине Опћи дио*, Сарајево, 2005. стр.190-193

³⁸ John Klotter, Theodor Edwards, *Criminal law*, Anderson publishing, Cincinnati, 1998. p.82-83

политичке организације и удружења грађана и други облици удруживања који могу да стичу средства и да их користе на исти начин као и свака друга институција или орган који остварује и користи средства и којем је законом признато својство правног лица. Као привредно друштво у смислу чл. 1. ст.11. КЗ БИХ сматрају се корпорација, предузеће, удружење, фирма, друштво (ортаклуб) и сваки организациони облик регистрован за обављање привредне делатности. На сличан начин појам и облике правних лица дефинишу и чл. 2. ст.11. и 12. КЗ ФБИХ, чл.11. и 12. КЗ БД БИХ и чл. 147. ст.7. и 8. КЗ РС.

Од наведених правних лица, од кривичне одговорности су изузета следећа лица : Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине, Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, Република Српска, кантон, град, општина и месна заједница.

Овим је законским решењима предвиђена кривична одговорност : 1) домаћег и 2) страног правног лица за кривично дело учињено на територији Босне и Херцеговине, а које је непосредни учинилац учинио у име, за рачун или у корист тог правног лица. Домаће правно лице такође одговара за кривично дело учињено изван Босне и Херцеговине, а које је предузето против стране државе, страних држављана или страних правних лица.

Страно правно лице одговара под следећим условима : 1) ако има седиште на територији Босне и Херцеговине или 2) у њој обавља своју делатност чак и ако је дело учињено изван Босне и Херцеговине, а против Босне и Херцеговине или њених држављана или домаћих правних лица.

Правно лице је кривично одговорно за кривично дело које је учинило физичко лице у име, за рачун или у корист правног лица под следећим условима: 1) када смисао учињеног кривичног дела произилази из закључка, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица или 2) када су руководећи или надзорни органи правног лица утицали на учиниоца дела или су му омогућили да учини кривично дело или 3) када правно лице располаже с противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним делом или 4) када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника.

За учињено кривично дело правно лице одговара чак и у случају када непосредни учинилац није кривично одговоран за учињено дело. С друге стране, одговорност правног лица не искључује кривичну одговорност физичких односно одговорних лица за учињено кривично дело. То значи да кривична одговорност непосредног учиниоца није од утицаја на постојање и степен одговорности правног лица. Дакле, правно лице одговара самостално за учињено кривично дело.

Када у правном лицу нема других физичких лица осим непосредног учиниоца дела или других органа који су могли усмеравати или надзирати

учиниоца, онда правно лице одговара за учињено кривично дело само у границама одговорности непосредног учиниоца. Тада се одговорност правног и физичког лица подударају. За дело учињено из нехата, правно лице кривично одговара, али се може блаже казнити.

И коначно, правно лице у стечају такође је кривично одговорно за кривично дело без обзира да ли је дело учињено пре почетка стечајног поступка или у међувремену, али се у том случају таквом правном лицу не изриче казна већ само мера безбедности одузимања предмета или мера одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом. Када је до престанка правног лица дошло пре правоснажног окончања кривичног поступка у коме је утврђена његова кривична одговорност, тада се казне и друге кривичне санкције изричу правном лицу које је његов правни следбеник под условом да су руководећи или надзорни органи пре престанка правног лица знали за учињено кривично дело³⁹.

У правној теорији се такође у последње време разматра питање постојања кривичне одговорности колективног органа. Постојање колективних органа одлучивања у разним областима друштвеног живота (привреде, државне организације, територијалне аутономије и локалне самоуправе) и могућност њиховог вршења кривичних дела посебно у сфери службене дужности или привредног пословања у правној теорији је наметнуло потребу да се размотри могућност утврђивања кривичне одговорности и оваквих колективних органа (управних или надзорних одбора, комисија и др). Ова се одговорност може посматрати у два облика : 1) одговорност колективног органа као целине и 2) одговорност лица за рад у колективном органу.

Први облик одговорности постоји за само доношење незаконите одлуке, али се и овде као и код одговорности правног лица јављају проблеми: 1) у вези са утврђивањем психичког односа – кривице таквог органа према учињеном делу и 2) са применом кривичних санкција. Други облик одговорности представља субјективну одговорност сваког члана колективног органа за своје пропусте или чињења у раду тог органа при његовом незаконитом поступању⁴⁰.

4. Саучесништво правних лица у извршењу кривичног дела

Саучесништво постоји када у проузроковању последице кривичног дела учествује више лица. Лица чијим је деловањем извршено кривично дело називају се саучесници. Према томе, под саучесништвом се подразумева

³⁹ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине Опћи дио*, оп.цит. стр.218-220

⁴⁰ Србољуб Стефановић, *Кривична одговорност за одлуке колективних органа*, Зборник радова, *Место југословенског кривичног права у савременом кривичном праву*, Београд, 2002. стр. 57-67

учествовање више лица у остварењу једног кривичног дела, а под саучесником свако лице које је својом радњом учествовало у остварењу тог дела⁴¹. Саучесништво представља не само посебан облик извршења кривичног дела, већ и посебан облик криминалитета тзв. колективни криминалитет који је знатно опаснији за друштво од солитарног криминалитета. Та здруженост воља већег броја лица у заједничком остварењу кривичног дела, даје овом делу посебан вид друштвене опасности. Због посебног значаја саучесништво представља посебан институт који се регулише одредбама општег дела кривичних закона (чл. 29-32. КЗ БИХ, чл. 31-34. КЗ ФБИХ, чл. 31-34. КЗ БД БИХ и чл. 23-27. КЗ РС)⁴².

Учествовање више лица у остварењу кривичног дела може бити реализовано различитим делатностима и на више начина⁴³. Тако су саизвршиоци сва лица која подједнако суделују у извршењу кривичног дела и то тако што заједнички остварују радњу извршења кривичног дела или предузимају другу делатност којом на одлучујући начин доприносе извршењу кривичног дела. Више лица могу учествовати у извршењу кривичног дела тако што нека од њих наводе учиниоца да предузима радњу извршења кривичних дела, док му друга помажу да изврши радњу и произведе последицу кривичног дела. У првом случају постоји подстрекавање, а у другом случају постоји помагање.

Кривично законодавство у Босни и Херцеговини на посебан начин одређује саучесништво правних лица у извршењу кривичних дела у чл. 129. КЗ БИХ, чл. 133. КЗ ФБИХ, чл. 133. КЗ БД БИХ и чл. 132. КЗ РС. За постојање саучесништва правних лица потребно је да два или више правних

⁴¹ И многи инострани кривични законици на сличан начин одређују појам и карактеристике саучесништва. Тако Кривични законик Украјине у чл. 19. саучесништво дефинише као намерно заједничко учествовање два или више лица у извршењу кривичног дела . (М.И. Коржанскиј, *Популарниј коментар криминолног кодексу*, Наукова думка, Киев, 1997.) ; Кривични законик Словеније у чл. 25. сматра да саучесништво постоји када два или више лица скупно остваре кривично дело тако да учествују у извршењу или другим делатностима одлучујуће допринесе његовом извршењу. (Казенски законик з уводними појаснили Боштјан Пенка ин Клаудија Стрוליга, Урадни лист, Љубљана, 1999.) ; Кривични законик Аустрије у чл. 12. каже да кривично дело може извршити не само непосредни извршилац већ и свако ко другог наведе да га изврши или који допринесе његовом извршењу. (Eugen Foregger – Egmont. Serini, *Strafgesetzbuch StGB*, 9.Auflage, Manzsche, Wien, 1989.) ; Кривични законик НР Кине у чл. 25. одређује да саучесништво постоји када два или више лица удружено врше кривично дело (Charles Pagle, *Chinese Criminal Law*, Peking, 1998.) ; И Кривични законик Шпаније у чл. 29. дефинише појам саучесника. Тако се као саучесници сматрају лица која учествују у извршењу кривичног дела и лица која предузимају делатности које претходе извршењу кривичног дела и на тај начин учествују у остварењу кривичног дела (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, *Уголовниј кодекс Испанији*, Зерцало, Норма, Москва, 1998.)

⁴² Драгољуб Атанацковић, Саучесништво у кривичном делу, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, број 1-2/1995. стр.5-69

⁴³ Мирко Томић, Облици судјеловања у извршењу казненог дјела, *Зборник радова Правног факултета у Мостару*, Мостар, 2002. стр.85-98

лица саучествују у извршењу кривичног дела. У том случају свако од њих је одговорно за дело које је учинилац учинио у име, за рачун или у корист правног лица. Тада наине, свако правно лице одговара за учињено кривично дело и кажњава се прописаном казном у закону као да је оно једино одговорно за то дело. На сличан начин институт саучесништва где више правних лица учествују у извршењу једног или више кривичних дела познаје и Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Словеније у чл.9. и 10.

5. Одмеравање казне правном лицу

Кривичне санкције су законом одређене мере друштвеног реаговања против учиниоца кривичног дела које примењују државни органи у циљу заштите друштва, односно најзначајнијих друштвених добара и вредности од свих облика и видова криминалитета. Оне се јављају као принудне мере које примењује држава као представник друштва према учиниоцу кривичног дела и представљају реакцију против учиниоца због извршења кривичног дела којим се наноси штета друштву. Таква реакција има за циљ да спречи овог учиниоца да убудуће настави са вршењем кривичних дела као и да утиче на друге потенцијалне учиниоце да се уздржавају од вршења таквих аката⁴⁴.

То значи да је кривична санкција принудна мера за заштиту друштва од криминалитета, коју изриче суд учиниоцу кривичног дела, у поступку и под условима и на начин који су одређени законом, а која се састоји у одузимању или ограничавању слободе и права или упозорењу учиниоцу да ће му слобода или права бити одузети или ограничени ако поново изврши кривично дело. И неки други аутори на сличан начин одређују појам кривичне санкције. Тако З. Стојановић⁴⁵ дефинише кривичну санкцију као репресивну меру која се у циљу сузбијања криминалитета примењује према учиниоцима противправних дела која су у закону предвиђена као кривична дела на основу одлуке суда донете након спроведеног кривичног поступка. А Г. Марјановић⁴⁶ под кривичном санкцијом сматра правно организовану принудну меру која се примењује према лицу које је повредило кривично правну норму.

Према чл. 39. КЗ БИХ, чл. 42. КЗ ФБИХ и чл. 42. КЗ БД БИХ сврха кажњавања је: 1) да се изрази друштвена осуда за учињено кривично дело, 2) да се утиче на учиниоца да убудуће не врши кривична дела, 3) да се утиче на остале грађане да не чине кривична дела и 4) да се утиче на свест грађана о

⁴⁴ Љубо Бавцон, Дружбена функција казенских санкциј, *Правник*, Љубљана, број 9/1961. стр. 253-262

⁴⁵ Зоран Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2000. стр. 247

⁴⁶ Горги Марјановић, *Македонско кривично право, Општ дел*, Скопље, 1998. стр. 261

погибелности кривичних дела и о праведности кажњавања учиниоца⁴⁷. На сличан начин сврху кажњавања одређује и Кривични закон Републике Српске у чл. 28. када каже да је у оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха кажњавања: 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и његово преваспитање, 2) утицање на друге да не чине кривична дела и 3) развијање и учвршћивање друштвене одговорности изражавањем друштвене осуде за кривично дело и неопходности поштовања закона.⁴⁸ За остварењу ове сврхе, кривично законодавство предвиђа више врста кривичних санкција, односно казни.

Систем казни у Босни и Херцеговини има одређене карактеристике : 1) постојање малог броја казни , 2) законитост у изрицању казни. Суд може изрећи само ону казну која је предвиђена за кривично дело које је учинилац извршио. Блажа или строжа казна од прописане може се изрећи само под условима предвиђеним законом. Постоје два изузетка од овог правила везана за примену новчане казне : а) новчана казна се може изрећи и за дела за која није прописана законом ако је дело извршено из користољубља и б) новчана казна се може изрећи поред казне затвора као споредна казна у случају када је она законом прописана алтернативно са казном затвора ако суд као главну казну изрекне казну затвора , 3) не постоје казне против живота, тела и против грађанских права и 4) за једно кривично дело може се изрећи само једна главна и једна споредна казна .

Правним лицима се у смислу чл. 131-134. КЗ БИХ, чл. 135-138. КЗ ФБИХ, чл. 135-138. КЗ БД БИХ и чл. 134-137. КЗ РС за учињена кривична дела могу изрећи следеће казне :

1) новчана казна у износу од 5.000 до 5.000.000 КМ (конвертибилних марака). Но, у случају да је кривичним делом правног лица другоме проузрокована имовинска штета или пак прибављена противправна имовинска корист, највећа мера изречене новчане казне може износити двоструки износ причињене штете односно прибављене користи;

2) казна одузимања (конфискација) имовине – која се може изрећи за кривично дело за које је прописана казна затвора од пет година или тежа

⁴⁷ Драгољуб Атанацковић, Реализација сврхе кривичних санкција кроз избор њихове врсте и мере, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, број 1/1985. стр.71-88

⁴⁸ И неки други савремени кривични законици изричито одређују сврху казне. Тако Кривични законик Украјине у чл. 22. каже да казнена мера није само казна за извршено кривично дело већ да има сврху у виду поправљања и преваспитања осуђеника како би се они боље односили према раду, извршавали законе, поштовали правила заједничког живота, али је њена сврха такође и одвраћање других грађана од вршења нових кривичних дела. (М. И. Коржанскиј, *Популарниј коментар Криминалног кодексу*, оп.цит. стр. 93). И Кривични законик Руске Федерације у чл. 43. ст.2. одређује да се казна примењује са циљем успостављања социјалне праведности и ради поправљања осуђеног те превенције извршења нових кривичних дела. (Ј.И. Лебедов- В.М. Скуратов, *Коментар к Уголовному кодексу Россијској федерацији*, Норма, Москва, 1997.)

казна. У том случају се правном лицу може одузети најмање половина имовине или већи део имовине или целокупна имовина. Ако је пак отворен стечајни поступак као последица изречене казне одузимања имовине, тада се повериоци из стечаја могу намирити из овако одузете стечајне масе и

3) казна престанка правног лица – може се изрећи ако је делатност правног лица у целости или у претежној мери коришћена за вршење кривичних дела. Уз овако иречену казну престанка правног лица, суд предлаже надлежном суду да отвори поступак ликвидације правног лица. Уз ову казну суд може правном лицу да изрекне и казну одузимања имовине из које се могу такође исплатити и повериоци .

Према чл. 135. КЗ БИХ, чл. 139. КЗ ФБИХ, чл. 139. КЗ БД БИХ и чл. 138. КЗ РС приликом одмеравања казне правном лицу као учиниоцу кривичног дела, поред већ наведених олакшавајућих и отежавајућих околности суд је дужан да узме у обзир и економску моћ (активу и пасиву) правног лица као и да се придржава граница изричито постављених у закону. При изрицању новачне казне за кривична дела за која се уз новчану казну изриче и казна одузимања имовине, закон је ограничио суд тако да новчану казну може да изрекне највише до половине имовине правног лица.

У чл. 144. КЗ БИХ, чл. 148. КЗ ФБИХ и чл. 148. КЗ БД БИХ закон је изричито прописао ограничења за суд приликом одмеравања казне правном лицу за учињено кривично дело . Тако за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године, правно лице може бити кажњено новчаном казном у износу до 850.000 КМ или до десетоструког износа штете проузроковане или имовинске користи прибављене кривичним делом. Но, суд је овлашћен да уместо новачне казне у овом случају изрекне и меру престанка правног лица. Ако је пак закон за одређено кривично дело прописао казну затвора преко три године, суд је везан тако да правном лицу може изрећи новчану казну најмање 2.500.000 КМ или до двадесетоструког износа штете проузроковане или имовинске користи прибављене кривичним делом. И коначно за кривична дела за која је у закону прописана казна затвора од пет година или тежа казна, суд може правном лицу уместо новчане казне да изрекне казну одузимања имовине.

Кривични закони у чл. 130. ст.2. КЗ БИХ, чл. 134. ст.2. КЗ ФБИХ, чл. 134. ст.2. КЗ БД БИХ и чл. 133. ст.2. КЗ РС предвиђају посебан основ за ослобођење од казне правном лицу као учиниоцу кривичног дела под условом да је руководећи или надзорни орган по учињеном кривичном делу одлучио да врати противправно остварену имовинску користи или да отклони проузроковане штетне последице или пак саопшти податке о основаности одговорности других правних лица.

Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Хрватске у чл.8-12. предвиђа следеће казне које судско веће може да изрекне правном лицу као учиниоцу кривичног дела : 1) новчану казну у износу од

5.000 до 5.000.000 куна и 2) укидање правног лица у случају када је оно и основано ради вршења кривичних дела или је своје деловање претежно искористило за вршење кривичних дела.

И Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Словеније у чл. 12-15. предвиђа следеће казне за правна лица: 1) новчану казну у износу од 500.000 до 150.000.000 толара, 2) одузимање овлашћења у целости или делимично за обављање делатности и 3) престанак правног лица када је његова делатносту целости или претежно управљена на вршење кривичних дела.

6. Условно кажњавање правног лица

Поред казни, кривично законодавство Босне и Херцеговине предвиђа могућност изрицања услове осуде правном лицу за учињено кривично дело. Условно осуда⁴⁹ је самостална кривична санкција коју суд изриче учиниоцу кривичног дела којом приликом утврђује казну и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које суд одреди, а које не може бити краће од једне ни дуже од пет година (време проверавања или време кушње) не учини ново кривично дело (чл. 59. КЗ БИХ, чл. 62. КЗ ФБИХ, чл. 62. КЗ БД БИХ и чл. 46. КЗ РС)⁵⁰. При одлучивању да ли ће изрећи условну осуду, суд ће водећи рачуна о сврси условне осуде, посебно узети у обзир следеће околности: личност учиниоца дела, његов ранији живот, његово понашање после учињеног кривичног дела, степен кривичне одговорности и друге околности под којима је дело учињено.

Кривични закони у Босни и Херцеговини предвиђају могућност изрицања условне осуде и правном лицу као учиниоцу кривичног дела. Тако према чл. 136. КЗ БИХ, чл. 140. КЗ ФБИХ, чл. 140. КЗ БД БИХ и чл. 139. КЗ РС суд може уместо новчане казне да правном лицу изрекне условну осуду ако је утврђена ова казна у висини до 1.500.000 КМ с тим што се одређује да се она неће извршити под условом да правно лице у време проверавања које траје од једне до пет година не учини ново кривично дело.

У Републици Словенији према чл. 17. закона суд уместо новчане казне до 50.000.000 толара правном лицу може да изрекне условну осуду са роком прокушавања од једне до пет година. У Републици Хрватској према чл. 13. закона суд правном лицу такође може да изрекне условну осуду уместо новчане казне у висини до износа 50.000 куна под условом да је за извршено кривично дело у закону прописана казна затвора до три године. У овом случају се рок прокушавања одређује између једне и три године.

⁴⁹ Тихомир Васиљевић, *Условно осуда*, Београд, 1935. стр. 53-64

⁵⁰ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине*, оп.цит. стр. 333-341

7. Примена мера безбедности према правном лицу

Мере безбедности су врста кривичних санкција које се могу изрећи учиниоцу кривичног дела ако су за то у конкретном случају испуњени законом прописани услови за њену примену. Законик о кривичном поступку прописује посебне врсте кривичних поступака у којима се могу изрицати ове кривичне санкције. При томе суд може изрећи једну или више мера ако су испуњени услови који су прописани законом. Изрицање мера безбедности је факултативно. Наиме, и кад се стекну законски услови, суд није дужан да изрекне ову меру.

Кривични закони у Босни и Херцеговини предвиђају три мере безбедности за правно лице као учиниоца кривичног дела (чл. 137-139. КЗ БИХ, чл. 141-143. КЗ ФБИХ, чл. 141-143. КЗ БД БИХ и чл. 140-142. КЗ РС). То су : 1) одузимање предмета (које се изриче са истом садржином и под истим условима као и физичком лицу), 2) објављивање пресуде и 3) забрана обављања одређене привредне делатности. Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Хрватске у чл. 15-21. прописује следеће врсте мера безбедности : 1) забрану обављања одређених делатности или послова, 2) забрану стицања одређених дозвола, овлашћења, концесија или субвенција, 3) забрану пословања с корисницама државног и локалног буџета и 4) одузимање предмета. Закон о одговорности правних лица за казнена дела Републике Словеније у чл. 18-20. предвиђа две мере безбедности : 1) јавно обављивање пресуде и 2) забрану правном лицу да обавља пословну делатност.

Као најчешће и најпримењивије мере безбедности које кривично законодавство прописује за правна лица као учиниоце кривичних дела сматрају се :

1) Објављивање пресуде је мера безбедности која се изриче правном лицу када би било корисно да јавност сазна за осуду, особито ако би то објављивање било од користи да се отклони опасност за живот или здравље људи или да се обезбеди безбедност саобраћаја или каква корист привреди. Приликом одлучивања о изрицању ове мере суд полази од значаја кривичног дела и потребе јавности да сазна за осуду правног лица при чему одлучује на који ће се начин и којим средством објавити донета пресуда : у штампи, радију, телевизији или у више наведених средстава јавног информсања као и да ли да се објави образложење донете пресуде у целости или изводу узимајући при томе у обзир да се начином објављивања омогући обавештеност свих лица у чијем је интересу и донета мера.

2) Забрана обављања одређене привредне делатности је мера безбедности којом се правном лицу може забранити производња одређених производа или обављање одређених послова или забранити бављење одређеним пословима промета робе или другим привредним послом при чему у донетој пресуди суд мора тачно да одреди на које се привредне послове или делатности односи изречена мера.

Ова се мера изриче правном лицу под следећим условима : 1) да је правно лице извршило кривично дело , 2) ако би даље бављење одређеном привредном делатношћу правног лица било опасно за живот и здравље људи , 3) ако би даље бављење одређеном делатношћу било штетно за привредно и финансијско пословање других правних лица или за привреду и 4) ако је правно лице у последње две године пре извршења кривичног дела већ било кажњено за исто или слично кривично дело. При изрицању мере, суд одређује и време њеног трајања које може бити од шест месеци до пет година. Тај рок почиње да тече од дана правоснажности судске одлуке којом је мера изречена.

3) Одузимање предмета се као мера безбедности састоји у одузимању предмета који су употребљени или намењени као средство за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела када постоји опасност да ће бити поново употребљени за извршење кривичног дела или када се у циљу заштите опште безбедности или из моралних разлога одузимање чини апсолутно неопходно, а налазе се у власништву учиниоца (чл. 74. КЗ БИХ, чл. 78. КЗ ФБИХ, чл.78. КЗ БД БИХ и чл. 62. КЗ РС).

Предмети који се одузимају могу бити власништво учиниоца дела али се они могу одузети и од другог лица ако то захтевају интереси опште безбедности или интереси морала (нпр. експлозиви, отрови, порнографски списи итд.), али се тиме не дира у права трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Одузимање предмета⁵¹ може бити обавезно и факултативно. Обавезно одузимање постоји када је то у закону изричито предвиђено у посебном делу кривичних закона код појединих кривичних дела. У неким случајевима одузимање предмета има чак карактер делимичне конфискације имовине: нпр. код недозвољене трговине. У већем броју случајева примена ове мере је факултативна.

Од ове мере безбедности треба разликовати привремено одузимање предмета као меру обезбеђења материјалних доказа у кривичном поступку. Ови се предмети одузимају од учиниоца кривичног дела или других лица на одређено време ради доказивања одређених чињеница, а по завршетку кривичног поступка или раније враћају се власницима.

8. Одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом

Одузимање имовинске користи⁵² је у кривично законодавство бивше СФР Југославије уведено Изменама и допунама Кривичног законика ФНРЈ из

⁵¹ Милић Томановић, О неким неспоразумима око примене мере безбедности одузимања предмета, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, број 1-2/2000. стр. 87-106

⁵² Има мишљења да историјски гледано ова мера води порекло од одузимања предмета. Горги Марјановик, *Македонско кривично право*, оп.цит. стр. 375

1959. године као врста кривичне санкције и то као посебна мера безбедности. Састоји се у одузимању од учиниоца кривичног дела новца, предмета од вредности и сваке друге имовинске користи која је прибављена кривичним делом (чл. 111. КЗ БИХ, чл. 115. КЗ ФБИХ, чл. 115. КЗ БД БИХ и чл. 95. КЗ РС односно чл. 20. Закона о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Хрватске). Ова се мера у неким кривичним законима⁵³ и данас јавља као мера безбедности односно као споредна казна, док је у кривичном праву Босне и Херцеговине то посебна кривично правна мера *sui generis*⁵⁴ која има двојак одређени циљ : 1) да спречи стицање имовинске користи вршењем кривичних дела и 2) да обештети лице које је оштећено извршеним кривичним делом (под условом да је ово лице познато и да је поднело благовремени захтев за накнаду причињене штете) .

Издвајање и осамостаљење мере одузимања имовинске користи произлази из чињенице што она нема карактер кривичне санкције коју изриче суд према законским условима за њено изрицање. Дакле, не ради се о примени кривичне санкције већ о примени правног принципа - о реституцији или успостављању ранијег правног и фактичког стања⁵⁵ који истовремено делује и као психолошка принуда⁵⁶ на учиниоца да прибављање користи не може да буде мотив за предузимање криминалне делатности . У основи примене ове мере је принцип "nullum commodum capere potest de sua propria iniuria" – нико не може да има користи од сопственог злодела⁵⁷.

Имовинска корист се одузима судском одлуком којом је утврђено постојање кривичног дела па се тада истом одлуком одузимају новац, предмети од вредности и свака друга имовинска корист која је прибављена извршењем тог дела. Суд такође може одузети ову корист у одвојеном поступку уколико постоји оправдан разлог да се верује да је она прибављена кривичним делом, а власник или држалац (уживалац) није у могућности да пружи доказе да је корист прибављена законито. Уколико фактичко одузимање те користи није могуће, нпр. због тога што је предмет уништен, изгубљен или продат непознатом лицу, тада ће се учинилац обавезати на

⁵³ Као самостална кривично правна мера она је предвиђена у чл. 95-98. Казненог законика Републике Словеније, чл.82. Казненог закона Републике Хрватске, чл. 97-100. Кривичног законика Републике Македоније, док је као посебна врста казне под називом "заплена" у чл. 20. односно под називом "неосновано богаћење" у чл. 21. предвиђена у Кривичном законик у Аустрије, а Кривични законик Немачке у делу под називом "Правне последице кривичног дела" поред кривичних санкција говори у чл.73-76а. о одузимању имовинске користи и одузимању предмета.

⁵⁴ Види : Митар Кокољ, Ђорђе Лазин, *Имовинске санкције и мере у југословенском кривичном праву*, Београд, 1986.

⁵⁵ Љубо Бавцон, Аленка Шелих, *Казенско право, Сплошни дел*, Љубљана, 1978. стр.334

⁵⁶ Фрањо Бачић, *Кривично право, Опћи дио*, Загреб, 1986. стр.493

⁵⁷ Ђорђе Лазин, *Правна природа мере одузимања имовинске користи и њен практични значај, Анали Правног факултета у Београду*, Београд, број 1-3/1986. стр. 108-115

исплату новчаног износа који је сразмеран прибављеној имовинској користи, односно вредности предмета.

Имовинска корист прибављена кривичним делом може се одузети и од лица на које је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности ако су та лица знала или су могла знати да је имовинска корист прибављена кривичним делом. Када је корист која је прибављена кривичним делом сједињена са имовином која је иначе стечена на законит начин, и таква имовина може бити предмет одузимања, али само у мери која не прелази процењену вредност имовинске користи која је иначе прибављена кривичним делом. На исти начин и у истој мери се одузимају приход и друге користи које накнадно произађу из имовинске користи која је прибављена кривичним делом или из имовине у коју је имовинска корист уложена (претворена) или из имовине с којом је таква корист сједињена.

Забрана стицања имовинске користи вршењем кривичних дела односи се и на правна лица. Незаконито и противправно стечена имовинска корист подлеже одузимању и онда када је она прибављена за другог. Нису ретки случајеви да се инкриминисаним радњама појединаца који врше одговорне функције или имају посебна овлашћења у предузећу, установи или другој организацији оствари имовинска корист за то правно лице. Зато је у чл. 140. КЗ БИХ, чл.144. КЗ ФБИХ, чл. 144. КЗ БД БИХ и чл. 143. КЗ РС предвиђено одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом од правног лица под следећим условима :

- 1) да је извршеним кривичним делом прибављена противправна имовинска корист,
- 2) да је такву корист прибавило правно лице и
- 3) да је кривично дело извршило физичко лице у име, за рачун или у корист правног лица.

Закључна разматрања

Прихватајући кривичну одговорност правних лица за учињена кривична дела, низ земаља у свом новом или новелираном кривичном законодавству, паралелно са владајућим системом субјективне одговорности физичких лица (која се базира на урачунљивости и кривици) инаугурише систем објективне кривичне одговорности. Наравно да сва правна лица не могу бити кривично одговорна за учињено дело, већ се и ту праве изузеци (посебно када се ради о држави и државним органима) али то не искључује кривичну одговорност њихових одговорних лица за проузроковану последицу кривичног дела. Због специфичног карактера правне и пословне способности правних лица у праву уопште, а нарочито у кривичном праву предвиђени су посебни основи те кривичне одговорности који се разликују од одговорности физичког лица (као свесног, мисаоног и вољног бића које

својим понашањем – чињењем или нечињењем остварује последицу кривичног дела).

Те специфичне карактеристике кривичне одговорности правних лица се нарочито огледају код покушаја, продуженог кривичног дела односно саучесништва. Свакако да се највеће специфичности код положаја правних лица у кривичном праву јављају у погледу примене кривичних санкција. Стога су кривични закони и одредили посебне врсте кривичних санкција : казне, мере безбедности и условну осуду те меру одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом те начин, поступак и услове за њихово изрицање.

И на крају, ова законска решења могу да буду солидан узор законодавцу у Републици Србији у предстојећој реформи целокупног казненог законодавства у правцу имплементације међународноправних стандарда у области кривичне одговорности правних лица.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

The system of subjective criminal liability for the perpetrated criminal act is widely accepted in the contemporary criminal law. However, many international legal documents and recently adopted criminal codes envisage and institute a new form of criminal liability – the objective criminal liability. Whereas the subjective criminal liability is based on the standards of *mens rea* (state of mind) and the culpability for the perpetrated criminal act (*actus reus*), the objective criminal liability is based on the causation (causing the effect of a criminal act).

The criminal liability of legal persons has been a subject of dispute for a long time. It is quite obvious that legal persons cannot be held liable for the perpetration of all types of criminal offences. They are not subject to the legal provisions on the state of mind and culpability, which are the basis of the subjective criminal liability; nor are they eligible for all types of criminal sanctions generally used in criminal legislation. In this paper, the author discusses the specific application of some general criminal law institutes in cases when the perpetrator is a legal person. Due to the specific legal and contractual capacity of legal persons, the criminal law has envisaged special legal grounds for establishing the criminal liability of a legal person. These grounds are quite different from the grounds for establishing the criminal liability of a natural person, whose conscious act driven by one's thinking process and volition causes the effect of a criminal act (either by the commission of the act or by an omission to act). The specific position of legal persons in criminal law is particularly reflected in the application of criminal sanctions (such as: penalties, security measures, conditional conviction, taking away the assets acquired by the perpetration of the criminal act), as well as the method, procedure and the conditions for imposing these sanctions.

These legal solutions may serve as a good model the Serbian legislator may apply in the forthcoming reform of the entire penal legislation of the Republic of Serbia. It would promote the implementation of international standards in the field of criminal liability of legal persons.

Key words: criminal offender, criminal act, legal person, criminal legislation, criminal liability, punishment, security measures, statute of limitation

UDK: 343.62-053.9

UDK: 342.726-053.9

Др Миомира Костић, ванредна професорка
Правни факултет Универзитета у Нишу

СТАРЕЊЕ И ВИКТИМИЗАЦИЈА
(међународни документи о спречавању
дискриминације/виктимизације старих особа)*

***Апстракт:** У овом раду, који представља почетну фазу теоријског и на њему заснованог емпиријског истраживања о положају старих особа и ризику дискриминације (виктимизације) којем су изложене, издвојено је неколико тематских целина. После уводног излагања, у првом делу рада, истакнута су нека обележја старости као доба живота. Затим се у другом делу указује на био-психо-социјалне особине остарела лица које утичу на ризик њихове дискриминације/виктимизације. У трећој целини је наглашено да се као посебно важан показатељ сваког развијеног друштвеног система који се односи на положај угрожених слојева становништва, а посебно прилике у којима живе остарела лица и у односу на то међународна регулатива, издваја начин превенирања дискриминације/виктимизације остарелих лица. У том смислу, било је битно да се најпре уоче извесне правилности таквих тенденција на нивоу међународних организација и у другим земљама (УН, ЕУ, Савет Европе, државе чланице). На крају је наведен предлог мера које примењују развијене земље света (САД) у циљу смањења обима дискриминације/виктимизације остарелих лица.*

***Кључне речи:** старе особе; дискриминација; ageism; виктимизација; превенција*

1. Увод

Остарелост, старост, старачко доба, старење, појмови који се употребљавају у свакодневном говору, али и у научним и стручним расправама, садрже заједнички именитељ, а то је „функција времена“ коју обележава одређено „физиолошко стање које захвата свако живо биће и коме

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

не можемо избећи“.¹ Ипак, остаје питање: „Шта је старост?“ Смиљанић разматра могућност одређења доње границе овог периода и при томе истиче да је неопходно сазнати „... који су људи стари? То није лако одредити јер је старост индивидуална ствар. Јасно је једно да је старост нешто везано за одређени хронолошки узраст, али је очигледно да се оно не може одредити само хронолошким узрастом. Сви људи истог хронолошког узраста нису на истом нивоу старости“.²

У друштвено-хуманистичким и природним наукама коначно не постоји јединствен научни став о томе када заправо почиње физиолошко старење.³ Међутим, око једног питања, везаног за старост и старење, постоји сагласност, а то је да настаје значајан раскорак између општих услова живота у старости и специфичних својстава старог организма. Верзар (Fritz Verzar) указује на то да је експериментална геронтологија „утврдила да је смањена способност физичког и психичког прилагођавања карактеристична промена у старењу. Она је даље утврдила сужавање хоризонта старе особе. Ове промене воде у област у којој социјална геронтологија налази своје редовне задатке. За старе особе је основни доживљај промена њиховог рада, на пример, пензионисањем, промена околине, нпр. губитком породице или смештајем у старачки дом, или за оне с хроничним болестима, у болницу. Ако можемо да стекнемо разумевање за ово физиолошко старење, онда можемо да дамо корисну подршку старој особи“.⁴ При свему томе, од основног значења је непобитна медицинска чињеница да „човек у току свог живота прелази из фазе потпуне зависности (новорођенче-дете) кроз фазу независности (одрасло-зрело доба) у нову фазу зависности (старост)...“ и да је „у социјално-медицинском смислу прва фаза зависности одређена и у развијеним земљама доведена до високог ступња савршенства“, а да „друга фаза – старачко доба – још увек захтева усавршавање“.⁵

Утицај биолошког старења организма утиче на неминовност физиолошких, а често и патолошких промена човековог организма у старости и стварања сасвим нових потреба које је неопходно задовољити да би се достигао одређени квалитет живота. Тако природни, биолошки фактори

¹ Когој, Ф., „Неколико мисли о старењу“, *Pro medico*, бр. 1/1964., Љубљана, цит. у: Манојловић, П., *Старење и живот у старости* (Стање и карактеристике протеклог периода и пројекције до 2000. године), Институт за социјалну политику, Београд, 1981., стр. 5.

² Смиљанић, В., *Психологија старења*, Нолит, Београд, 1979., цит. у: Манојловић, П., *op. cit.*, стр. 6.

³ Према Когоју, физиолошко старење започиње након 50 године живота, али наводи мишљење Шелдона који сматра да старост почиње код мушкараца са 65 година живота, а код жена са навршених 60 година. Баумгартнер „познаје пресенесценцију у периоду од 45 до 50 година живота, сенесценцију или период мировања од навршене 68-80 године живота и сенијум од 80 година живота. Когој, Ф., *ibid.* цит. у: Манојловић, П., *loc. cit.*

⁴ Fritz Verzar, „Стари и нови путеви истраживања о старењу“, *Das Medizinische Prisma* 2/68, Југословенско издање „Истраживање о старењу“, цит. у: Манојловић, П., *op. cit.*, стр. 7-8.

⁵ *ibid.*

непосредно утичу на промену одређених друштвених околности (материјална улагања за адекватно лечење, обезбеђење туђе неге, набавку лекова) у смислу промена става околине о потребама старих особа, али и нужности усвајања одређених законских решења која би обезбеђивала сузбијање различитих облика виктимизације остарелих лица.

И поред тога, остареле особе/стара лица дуго нису била предмет посебног криминолошког изучавања,⁶ у поређењу са темама расне или родне припадности или сексуалне опредељености особа које су биле или и даље јесу жртве криминалне виктимизације. Зато у данашњем свету схватања о старости морају бити размотрена „у широком смислу који би осветлио само значење старења и положаја старих људи“. Рејчел Пеин (Rachel Pain) исправно наглашава да злостављања старих особа „сугерише да су злочини у овој категорији изазвани или повезани са једноставном чињеницом, у овом случају остарелошћу жртве“.⁷

У многим модерним индустријским друштвима досегнути старост као да подразумева припадање субординираној групи људи.⁸ Стари људи⁹ су

⁶ У криминолошкој теорији постоје три групе схватања које се односе на питање старости. По првој, најраспрострањенијој у криминологији, појам „старост“ се користи као дескриптивна категорија. Друго, суштствено, аналитичко одређење, потиче из теорије социјалне геронтологије, док је треће одређење везано за виктимолошки приступ старењу и старим особама. Видети: Rachel Pain, „Theorising Age in Criminology: the Case of Home Abuse“, British Society of Criminology, *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings, Volume 2*. <http://www.britisocrim.org/volume2/006.pdf>, приступ: 25.11.2008.

⁷ Видети: *ibid.*

⁸ Статусни системи представљају саставни део живота у свим друштвеним заједницама. Тако се, унутар њих, сврставају одређене групе људи по критеријуму рођења, припадности одређеној друштвеној класи, богатству. Узрок овакве социјалне слојевитости је делом функционалне природе, како би се остварили неки од друштвених циљева и задатака у процесу поделе рада. С друге стране, ова стратификација је „инструмент за одржавање моћи оних који су, због различитих историјских разлога, већ достигли позицију престижа“. Минорна група налази се у односу подређености према групи „већине“ и ограничења којима су изложени припадници минорне групе очитују се у њиховој општој умањеној социјалној присутности. Њихова „моћ“ у друштвеном животу је смањена, што значи умањену способност припадника минорне групе да утиче на одлучивање других људи. Ситуација мањинске групе одликује се следећим особинама: постојање дискриминације према одређеној групи људи; сукоб овог дискриминаторског односа доминантне групе са другим нормама и вредностима у култури која би тежила да омогући подједнак статус групама; уочавање дискриминаторског односа и од стране доминантне и од стране субординиране групе; један организовани напор од стране субординиране групе да отклони дискриминацију. Clinard, M. *Sociology of deviant behavior*, New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1968., стр. 600-602.

⁹ “Док је Буда још био принц Сидхарта, по очевој вољи затворен у једној величанственој палати, из ње је више пута бежао да би се колима прошетао по околини. Приликом свог првог изласка, он сrete једног човека, немоћног, безубог, свег збораног, седог, погрбљеног и ослоњеног на штап, који је гунђајући подрхтавао. Буда се зачуди, а кочијаш му објасни да је то старац. “Каква несрећа - узвикну принц - што слаба и неискусна бића, опијена поносом, својственим младости, не виде старост! Брзо се враћајмо кући! Чему игре и радости када сам обитавалиште будуће старости!” Де Бовоар, С. (1987) *Старост, Први том*, Београд: БИГЗ, стр.

често лимитирани у свом учешћу у друштвеном, економском и политичком животу, што онемогућава њихов довољни утицај у различитим сферама друштвеног живота, иако по броју они нису мањинска група. Већина улога у социјалној структури савремених друштава не припада старим особама и за њих обитава само неколицина регуларних, санкцијом заштићених могућности за пуно учешће у друштвеном животу. Развија се један стални сукобљени однос између тежњи старих особа да им припадну одређене улоге у друштву и тежњи млађег дела становништва да им те улоге не додели. Зато неки социолози положај старих људи пореде са положајем адолесцената. Наиме, њихове тешкоће да се прилагоде друштвеним захтевима су сличне. Међу њима често постоји осећање бескорисности као и спознаја да њихове жеље скоро нико не препознаје. Садашњост је битна за радно способно становништво – стари људи из садашње перспективе немају будућност, а млади тек треба да ступе на њено тло.

У том смислу живот старих особа често добија маргиналан карактер као битисање људи који се налазе на “руб” друштвеног живота. Утицај њихових свакодневних активности на токове друштвеног живота не може се ни легалистичким оквиром нити пак неким општеприхваћеним моралним нормама дефинисати као доминантан у процесу доношења одлука које би мењале стварност.¹⁰

У овом раду, који представља почетну фазу теоријског и на њему заснованог емпиријског истраживања о положају старих особа и ризику дискриминације (виктимизације)¹¹ којем су изложене, издвојено је неколико

005

¹⁰ Видети: Костић, М., Ђорђевић, Р., „Виктимизација старих особа као припадника посебне маргиналне групе“, *Темид*, Београд, бр. год. 7, јун 2004., стр. 3.

¹¹ Према Нацрту закона о забрани дискриминације, који се налази у скупштинској процедури за усвајање, изрази *дискриминација* и *дискриминаторско поступање* „означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање, или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а које се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, *старосном добу*, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима (у даљем тексту: лична својства)“ (чл. 2, ст. 1, т. 1). Облици дискриминације су: непосредна и посредна дискриминација, као и повреда начела једнаких права и обавеза, *виктимизација*, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње и узнемиравање и понижавајуће поступање (чл. 5). Виктимизација је објашњена у чл. 9 Нацрта на следећи начин: „Дискриминација постоји ако се према лицу или групи неоправдано поступа горе него што се поступа или би се поступало према другима, искључиво или углавном због тога што су тражили, односно намеравају да траже заштиту од дискриминације или због тога што су понудили или намеравају да понуде доказе о дискриминаторском поступању“.

Видети: *Нацрт закона о забрани дискриминације*, Текст је измењен у складу са препорукама

тематских целина. После уводног излагања, у првом делу рада, истакнута су нека обележја старости као доба живота. Затим се у другом делу указује на био-психо-социјалне особине остарелих лица које утичу на ризик њихове дискриминације/виктимизације. У трећој целини је наглашено да се као посебно важан показатељ сваког развијеног друштвеног система који се односи на положај угрожених слојева становништва, а посебно прилике у којима живе остарела лица и у односу на то међународна регулатива, издваја начин превенирања дискриминације/виктимизације остарелих лица. У том смислу, било је битно да се најпре уоче извесне правилности таквих тенденција на нивоу међународних организација и у другим земљама (УН, ЕУ, Савет Европе, државе чланице). На крају је наведен предлог мера које примењују развијене земље света (САД) у циљу смањења обима дискриминације/виктимизације остарелих лица.

2. Обележја старости као доба живота (медико-био-психо-социјалне карактеристике старих особа)

Изналажење реалне могућности за непрекидним трајањем живота није ништа мање кобно од смрти, осим у предањима и веровањима, где натприродна бића своју бесмртност поткрепљују бројним преимућствима.¹² Пошто сенесценција почиње од рођења, парадоксално је да процес старења и старост као животно доба буду табу теме. “Сваки човек жели дуго да живи“, па самим тим „бити стар“ не треба да представља било какво посебно спорно питање. Али „нико не жели да остари“, па се старост међу становништвом већине држава света све више посматра као „социјални проблем“.¹³

Не постоји једна опште прихваћена теорија о старости, већ пре догматски став о губитку нечега и неповратној пролазности. Де Бовоар наводи мишљење великог броја својих саговорника, старих особа, да старост не постоји и да неко може бити само мање или више млад у односу на другог. Према ауторки, овакав став је само рефлексивна потрошачког друштва које се

изнетим на стручној расправи одржаној 10.11.2008. године у Палати „Србија“, Београд, 12. новембар 2008.

<http://www.cups.org.yu/files/nacrt-zakona-zabrana-diskriminacije.doc>
приступ: 23.11.2008.

¹² Видети: Костић, М., „Старост као доба живота и ризик виктимизације“, *Социјална мисао*, Београд, април-јуни, бр. 02/1997, стр. 89.

¹³ “...промена која би водила ка корисном, активном и развојно оријентисаном погледу на старење може да произиђе из сопствених поступака старих људи, кроз саму снагу њиховог растућег броја па самим тим и утицаја. Колективна свест о томе шта старење значи у смислу концепта друштвеног изједначавања, може временом постати користан чинилац у промени става”. *International Plan of Action on Ageing*, 1/para. 32, цит. у:

“Social Gerontology: Old Age Across Cultures and Time”,

URL: <http://www.trinity.edu/~mkearl/gercul.html>, приступ: 13.10.2008.

"заклоњено иза митова о напону и обиљу, према старцима понаша као према паријама."¹⁴ Осамдесетих година прошлога века неколицина америчких социолога ипак је покушала да издвоји неке карактеристике широко прихваћеног друштвеног става према старим особама. У старости постоји једна све присутна тежња ка вођењу *vita sedentaria*, ка давању савета и надгледању других и спровођењу свих оних радњи које су више менталне него физичке природе, у циљу одржавања старости, пре него ка остварењу неког економског просперитета. Такође, у свим друштвима обичајним нормама је предвиђена узајамна одговорност у породици између остарелих особа и њихове одрасле деце. Штедња за дане старости је скоро универзално распрострањена чак и онда када такав напор не даје очекиване резултате. Ипак, сва људска друштва цене живот и теже да га продуже.¹⁵

У феномену старења разликује се старење индивидуе од старења популације. Чином рођења свака особа почиње да стари са даљим протеклом времена, при чему се код ње испољава низ промена у физичким и менталним особинама, као и у друштвеним функцијама које обавља. С друге стране, "старење становништва је такав демографски процес који се одвија у склопу мењања старосне структуре, под дејством смањења наталитета и продужавања трајања живота".¹⁶

Током развоја људског друштва људски век није увек трајао исто, већ се напротив продужавао, па се тренутак када неко улази у старачко доба одређивао по различитим критеријумима (број година, радна способност, физички изглед). Бети Фриден (Betty Friedan) у свом делу *Fountain of Age* наводи да је само 8% Американаца преко 65 година старости прихватило термин "стар" да тиме опише себе. Скоро половина испитаника определила се за термине "сениор грађанин", "зрео Американац" или "пензионисана особа", као прихватљиве за опис свог статуса.¹⁷ У савременој медицинској литератури заступљено је мишљење да термине "старе особе" и "сениор грађани" треба дефинисати узимајући у обзир пре функционални статус него хронолошке године, мада се из административних разлога старост особе изражава годинама (65 или 75 година). Такође се прави подела ове групе на две подгрупе: "млађе-старије особе" (65-74 године) и на "стар-старије особе" (преко 85 година старости).¹⁸ Међутим, могуће су извесне неочекиване промене у људском организму које се јављају у вези са "мерењем времена". Деца једанаестогодишњаци која болују од прогериије или

¹⁴ Де Бовоар, С. први том, *op. cit.*, стр. 6.

¹⁵ Cowgill, D., Holmes, L. (1972) *Aging and Modernization*, цит. у: *Social Gerontology: Old Age Across Cultures and Time*, *loc. cit.*

¹⁶ Мацура, М. (1993) „Старење становништва и популациона политика“, *Геронтологија*, бр. 1, стр. 16-17.

¹⁷ Цит. у: "Social Psychology of Aging", *Social Gerontology: The Social Psychology of Aging*, URL: <http://www.trinity.edu/cmkearl/gersopsy.html>

¹⁸ Кгупп, А.М. *Интерна медицина*, Београд: Савремена администрација, 1988., стр. 24.

двадесетогодишњаци оболели од Вернеровог (Werner) синдрома умиру од биолошке старости. Исто тако они који су доживели неку тешку трауму могу постати психички стари у тридесетој години живота, док, с друге стране, седамдесетогодишњаци могу остати млади “духом”.¹⁹

Тврдња да просечна дужина људског века износи 70 година налази се у Библији, мада се помињу и особе, мушкарци и жене, старије од сто година.²⁰ Смит наводи резултате истраживања о различитој дужини трајања људског века у појединим временским раздобљима на тлу Британије, који указују на стално продужавање људског живота.²¹ У 20. веку, у односу на претходна раздобља, остварена је револуција у трајању људског живота. Просечно очекивано трајање људског века порасло је за 20 година до 1950. године, па је просечна старост тада достигла 66 година живота. Очекује се продужење трајања људског века за још 10 година до 2050. године. Овај „демографски тријумф“ и брзи пораст популације у првој половини 21. века предочава да ће број особа преко 60 година старости нарасти од око 600 милиона у 2000. години на скоро 2.000 милиона у 2050. години. Процењено је да ће се пропорционална заступљеност особа које су одређене као старе/остареле глобално повећати од 10% у 1998. години на 15% у 2025. години. Пораст броја старих становника биће највећи и најбржи у развијеним земљама света и то у четвороструком износу за следећих 50 година. Тај ће пораст у најмањој мери бити забележен у земљама Африке.²²

Продужење трајања људског века значило је стално повећавање броја старих особа у односу на укупну популацију једне земље.²³ Од 6.400.000 старих особа у Британији изнад 65 година, бар половина је зависила потпуно или у великој мери од новчане помоћи и других олакшица које даје држава. Неколико стотина хиљада старих особа живело је по домовима, а приближно исти број других је било озбиљно онеспособљено, тако што су се тешко кретали, морала им се достављати храна, патили су од слабог вида, били неспособни за самостални живот или потпуно везани за постељу.²⁴ Међутим, поред опадања физичке снаге и слабљења општег здравља, долази и до промена у социјалном положају старих људи у односу на онај који су имали

¹⁹ Видети у: “Thinking in Time: Theoretical and Methodological Issues in Aging Studies”, *Social Gerontology: Thinking in Time*, URL: <http://www.trinity.edu/cmkearl/ger-time.html>

²⁰ Косидовски, З. (1990) *Библијске легенде*, Београд: Српска књижевна задруга, стр. 47.

²¹ У гвоздено доба људски век у Британији је трајао око 18 година, да би се у периоду од пре 2000 година продужио на 22 године, у средњем веку на 33, у периоду од 1689-1691. на 33,5, у 1789. на 35,5, од 1836-1854. на 40,9 да би 1974. износио 66,8 година. Смит, А. *Људско тело*, Нови Сад: Матица српска, 1973., стр. 310-311.

²² Видети: Madrid International Plan on Action on Ageing 2002, 12 April 2002 www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html, приступ: 30. 11.2007.

²³ Према Смиту 1961. године у Енглеској и Велсу било је 5.750.000 мушкараца и жена старијих од 65 година, што је по броју одговарало броју становника Шкотске. Током 1981. године њихов број износио је 7.500.000 што је било 13% укупног становништва. Ibid.

²⁴ Наведено према: *ibid.*

као млађе особе. Старењем се губи иницијатива, опада радна способност и пре одласка у пензију (под условом да су уопште били запослени) старе особе бивају аутоматски искључене из низа активности које су судбоносне за њихову даљу егзистенцију.²⁵

С друге стране, подаци добијени из резултата емпиријских истраживања утицали су да се појава наглог старења становништва у развијеним земљама света окарактерише као штетна. Старење популације утиче на раст и структуру становништва, на повећање удела старог и смањење удела младог становништва, па самим тим и на опадање наталитета. Затим, долази до промена у социјалној политици због великих трошкова за старање и бригу око старих људи. Без обзира на повећање улагања друштва, резултати истраживања указују на то да старе особе живе у изразито неповољним условима.²⁶ Наводе се и неки други, мада посредни утицаји повећања удела старог становништва у односу на млађу популацију.²⁷

Квантитативни удео у укупном становништву модерних друштава, као и драстичне промене у социјалном положају старих људи утицали су да осамдесетих година прошлога века популација изнад 65 година почне да се изучава као угрожена категорија људи, која трпи различите облике насиља.²⁸ Пелицарић наводи да је према неким истраживањима спроведеним у Америци 1981. год. класична жртва породичног насиља била женска особа, старија од 75 година, припадница средње имућне класе. Веома често, таква жртва патила је од неких психичких или физичких сметњи, што јој је отежавало положај.²⁹ Према истраживању Оливира (Oliveira), више од 50% облика виктимизације старих особа представља психичко насиље, које се врши на различите начине: вербалне претње, називање погрдним именима и сл. Поред овог облика, постоји и економска виктимизација кроз злоупотребу поверења, крађу имовине и фалсификовање тестамената. Најмање је било заступљено физичко насиље. Свега у 19% случајева физичко злостављање је било пријављено полицији од стране суседа. Начини виктимизације су се сводили на занемаривање и запуштање старих чланова породице, као недавање лекова, воде, хране, занемаривање хигијене. Насиље се изражавало и у давању прекомерне дозе лекова или закључавања у просторије.³⁰ Дешава се да је породица принуђена да прими у свој дом остарелог родитеља, а нема

²⁵ Смит, А. *op. cit.*, стр. 308-309.

²⁶ Мацура, М. *op. cit.*, стр. 8.

²⁷ Према Совију (Sauvy) битна, мада дискретна улога старења састоји се у “лабављењу друштвеног ткива, склерози многих органа, дегенерацији институција, слабењу рефлекса и у раку насиља”. Наведено према: *ibid.*

²⁸ Наведено према: Пелицарић, Н. “Насиље над старим особама у обитељи”, *Насиље у обитељи* (зборник радова), уредник З. Шепаровић, Дубровник, 1988., стр. 156.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ ENSI KOITEN LIITTO REPORT: *Domestic Violence and the Elderly* (1986) стр. 364., цит. у: Пелицарић, И. *op. cit.*, стр. 157.

довољно средстава да обезбеди професионалну помоћ која је остарелом лицу потребна. Пошто је остарели члан домаћинства радно неактиван, он не може материјално много да допринесе побољшању свог положаја или чланова своје породице.

Кратоцки (Kratocski) наводи податке из резултата свог истраживања, по којима је најчешће жртва насиља особа женског пола, али је и учинилац у више од половине случајева такође била жена и то ћерка или снаја жртве.³¹ Пелицарић истиче да се старост насилника такође повећава. Чести су случајеви да у једној породици не живе само три, већ четири генерације једне породице. Тада деца, која и сама имају већ седамдесетак година, спроводе насиље над својим онемоћалим родитељима који имају близу деведесет.³²

Положај старих особа у друштву је пре свега условљен њиховом радном неактивношћу и теретом који представљају за активне. При томе се пренебрегава временски објективно условљена чињеница да су сви активни будући неактивни. Старе особе су свој допринос друштвеном напретку већ дале и зато у току трајања трећег и четвртог доба имају пуно право да од друштва очекују заштиту и помоћ. Појава насиља над старим особама одликује се великом тамном бројком, односно непријављивањем учиниоца и случајева виктимизације од стране жртве. Већи ризик и вероватноћа страдања старих особа зависе од личних виктимогених предиспозиција везаних за завршетак еволуционих процеса у организму (биолошка обележја), као и за психичке промене у старачком добу. Биолошка и психолошка обележја старих особа утичу да оне буду искључене из активних токова у породици и друштву. Отуда потичу основна обележја социјалног положаја старих људи која у себи носе ризик дискриминације/виктимизације по њих.

3. Виктимогене предиспозиције старих особа

а) Биолошке особине старих особа и ризик виктимизације

Класичне теорије из области геронтологије објашњавају узроке старења различитим факторима. По једној, старост настаје због истрошености, односно “дугог века коришћења” организма. По другој теорији, старост је резултат грешака у генетском програму, било због накупљених мутација, било због опадања генетске контроле. И по трећем схватању, старост настаје због старења имуног система.³³ Интерна медицина проучава биолошке промене у старости настале под утицајем наследних и

³¹ Kratocski, P.C. () “Perspectives on Intrafamily Violence” *Human Relations* No. 6., vol. 37., 1984., стр. 448-449., цит. у: *ibid.*

³² Пелицарић, Н. *op. cit.*, стр. 158.

³³ Давидовић, М. () “Наследна основа старости и старења”, *Геронтологија* бр. 1, 1993., Београд, стр. 65.

спољних фактора.³⁴ Те промене су различите и многобројне. Могу се испољити кроз спољашњи изглед, рад унутрашњих органа, функцију жлезда са унутрашњим лучењем, као и на моторне реакције.

Старе особе губе неколико центиметара у висини, коса им се проређује, кожа постаје сува и изборана са пигментним пегамма. Зуби испадају што доводи до скраћивања доњег дела лица, тако да се нос приближава бради. Горња усна се истањује, а ушна ресица се повећава.³⁵ У раду унутрашњих органа умањују се функције једног или више органских система. Настају промене на срцу, мозгу, јетри, чулима укуса, мириса, додира и вида.³⁶ Телесна температура се снижава, плућа скупљају, зглобови круте, рефлексии отупљују и висина базалног метаболизма постепено опада.³⁷

Изузетно значајне промене настају у функционисању жлезда са унутрашњим лучењем, што се на полним жлездама очитује као инволуција. Код старих особа мушког пола не настају неке нарочите аномалије на сперматозоидима, тако да је оплодна моћ сасвим могућа. Међутим, код жена репродуктивна функција се прекида око педесете године живота, у време менопаузе, што представља “јединствени догађај у процесу старења”.³⁸ Моторне реакције и способности током старења губе своју ефикасност. Старе особе су склоне нестабилном ходу и падовима, који представљају главну трауматску појаву и најчешћи узрок губитка самосталности и независности.³⁹

Биолошке промене објективно утичу на повећани ризик дискриминације/виктимизације старих особа. Старост је угрожена болестима, у смислу да болест убрзава старење, а дубока старост изазива патолошке сметње у организму. Због тога је неопходно обезбедити адекватно старање и негу старих лица и то у кућним условима. Међутим, у савременим индустријским друштвима честа је појава изолације међу члановима породице, када престају економске, а некада и емотивне везе између предака и потомака. Уколико држава нема могућности да обезбеди економску и социјалну сигурност старих лица, она ће бити препуштена себи, а ризик за обољење, искоришћавање, неадекватно старање и смрти ће се повећати.

Старе особе изложене су опасности да постану жртве сексуалних напада. Генеа геронтофилије се код учиниоца може објаснити инцестоидном сексуалном приврженошћу према оцу, односно мајци. Међутим, у неким случајевима, геронтофили одлучују да закључе брак са остарелим лицем, не само због сексуалне привлачности, већ због материјалне користи и ишчекивања наслеђивања богатства.⁴⁰

³⁴ Кгупп, А.М. loc.cit.

³⁵ Де Бовоар, С., op. cit., (том први), стр. 32-33.

³⁶ Ibid.

³⁷ Смит, А., op. cit., стр. 314.

³⁸ Де Бовоар, С., op. cit., том први, стр. 34.

³⁹ Кгупп, А. op. cit., стр. 30.

⁴⁰ Јевтић, Д. *Судска психопатологија*, Београд-Загреб: Медицинска књига, 1960., стр. 242.

б) Психолошке особине старих особа и ризик виктимизације

“Стара особа остаје на опрезу чак и када јој је зајемчена потпуна сигурност јер нема поверења у особе у пуној снази: она своју зависност доживљава тако што испољава неповерење. Зна да јој деца, пријатељи, нећаци, који јој помажу да живи – финансијски, или бринући се о њој, или пак примајући је у кућу – могу одбити ту помоћ или је смањити; могу је напустити или одлучивати о њеној судбини против њене воље: принудити је да, на пример, промени боравиште, чега се она, поред осталог, ужасава. Она познаје дволичност одраслих”⁴¹

Током процеса биолошког старења организма настају и психолошке промене. Оне су условљене самим процесом старења, али и болестима појединих органских система. Петровић наводи да су подаци добијени из бројних истраживања показали да многи аспекти личности остају стабилни током живота.⁴² Задовољство животом, моралне норме и перцепција слике о себи углавном остају непромењени, а самоприхватање добија на интензитету. Међутим, иако не долази до промена стила личности и њених црта долази до померања фокуса унутрашњег живота старих особа. Оне се од преокупације спољним светом окрећу ка унутрашњем, сопственом свету. Код старих особа долази до опадања емоционалних веза са особама и објектима из околине, до смањења способности да се интегришу спољни утицаји, али и до придавања веће важности задовољавању сопствених потреба.⁴³ Старе особе све мање учествују у борби око савладавања спољних препрека, трци за успехом и друштвеним признањем. Према схватању Квина (Queen) у ситуацији када треба да се суоче са потешкоћама, старе особе често реагују “мрзовољом, љутњом, претераним захтевима да би осигурале пажњу, а некада и хистеричним симптомима”.⁴⁴ У неким случајевима остарела особа се може повући у свет неуроза, фантазија, па чак и психоза, у коме се осећа задовољном размишљањима о прошлости када је била привлачна или успешна у послу.⁴⁵

Поређење „славне прошлости” са садашњим тренуцима препуним социјалним проблемима може утицати на појаву самоубиства међу старима. Шепаровић наводи да учесталост самоубиства расте са годинама старости. Сматра да је то резултат друштвене изолације, слабљења веза са потомцима, осећаја усамљености и престанка сваке радне активности.⁴⁶ Резултати истраживања спроведених у САД 1998. године од стране Националног

⁴¹ Де Бовоар, С. (други том), *op. cit.*, стр. 231.

⁴² Петровић, Д. “Психолошки аспекти старења и психогеријатрија” *Геронтологија*, бр. 1, 1993., Београд, стр. 90.

⁴³ Наведено у: *ibid.*

⁴⁴ Stuart A. Queen and Jeannette R. Gruener, *Social Pathology*, New York: Thomas Y. Crowell Company, 1940., pp 100-101., *cit. u:* Clinard, M. *op. cit.*, стр. 583.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Шепаровић, З., *Виктимологија - студије о жртвама*, Загреб, 1985., стр.160.

удружења за бригу о другима (The National Alliance for Caregiving) указују на то да старање о другима унутар породице штеди друштву годишње између 113 и 286 билиона долара. Ипак, старање о свом немоћном брачном партнеру некада може убрзати смрт староца. Наиме, Шулц и Скот (Shulz и Scott) су утврдили да од 392 староца у узрастном добу између 66 и 96 година који су бринули о свом немоћном брачном партнеру и 427 оних који су били у браку, али се нису старали ни о коме, чак 63% староца су чешће умирали у следеће четири године.⁴⁷

Међу старим особама случајеви менталних обољења су много чешћи него међу младима. Неки истраживачи, као на пример Пот (Pot) испитивали су вербалну и физичку агресију према дементним старцима од стране старалаца. Узорак је обухватио 169 старалаца дементних старца из околине Амстердама. Вербална агресија се испољила у 30,2% случајева, а физичка у 10,7%. Обе врсте агресије биле су повезане са становањем у истом домаћинству, примањем поште, старањем о још једној остарелој особи која је у тежем стању. Резултати истраживања су показали да је физичка агресија произишла из односа са остарелим лицем због кога су се староци жалили на велико оптерећење које трпе.⁴⁸

Старим особама оболелим од деменције неопходно је обезбедити адекватно старање, добру медицинску негу као и едукацију чланова породице оболелог. Напредак у дијагностици, лечењу и рехабилитацији осталих менталних поремећаја у старости остаје посебан задатак медицине и служби социјалног старања.

в) Социјални положај старих особа и ризик виктимизације

Током читаве историје развоја људске цивилизације стари људи су имали посебан положај због свог искуства, знања и сналажења у друштвеним улогама у које су млађи тек требали да ступе. Међутим, за сваког појединца старост је изазивач пропадања и промена од којих се стрепи. Биолошко-психолошки предуслови мењају економски положај старих лица, што непосредно утиче на промену њиховог социјалног статуса.

У првобитним људским заједницама положај старих особа био је бољи у богатијим него ли у сиромашнијим заједницама. Она племена која су била везана за земљу сматрала су старце симболима и творцима реда. Много је горе било код номада чија кретања остарели чланови скупине нису могли да прате.⁴⁹

⁴⁷ Цит. према: "The Old and their Families", у: *Social Gerontology: The Old and their Families*, URL: <http://www.trinity.edu/cmkearl/ger-fam.html>

⁴⁸ Pot, AM., Dyck Rvan, Jonker, C., Deeg DJH. "Verbal and phusical aggression against demented elderly by unformal caregivers in the Netherlends", Amsterdam: III *European Congress of Gerontology*, 30 August-2 September 1995., Section V, no 164.1338

⁴⁹ Де Бовоар, С., (први том) op. cit., стр. 93.

Савремена цивилизација није много наклоњена старим особама. Узроци се налазе у демографској компоненти као и социјално-класним и породичним особеностима. Млађе и старије особе обично немају значајан интеракцијски однос изван породице. Средином седамдесетих година прошлога века Центар за старост (Center of Aging) на Универзитету Мериленд (The University of Maryland) утврдио је да деца свих узрастних категорија имају ограничена сазнања и лоше усмерене ставове о старим особама. Од 180 испитане деце само њих 39 било је у могућности да наведе неку старију особу изван своје породице.⁵⁰

Основна потешкоћа јесте социјална изолованост старих особа и одсуство из активних друштвених токова. Према мишљењу Роуза (Rose) старе особе због делимичне или потпуне изолације имају потребу да се удружују једни са другима. Може се чак говорити о креирању посебне субкултуре старих, са својим засебним удружењима, нормама и обичајима.⁵¹ У САД је тежња за удруживањем нарочито изражена код старих особа припадника средње и више класе, него код класе нижег економског статуса.⁵² Осим тога, у последње две деценије прошлога века порастао је број група које се боре за добробит старих особа. У САД на листи Водећи савет удружења старих (The Leadership Council of Aging Organization) таквих удружења има четрдесет (у 1988. години било их је 29). Оне, бар за сада, представљају последњи ниво до кога је дошао “покрет сениора”.⁵³

Неостварено родитељство такође може бити фактор ризика виктимизације у старости. Јилха (Jylha, M.) је испитивао 435 особа старости од 60-74 године и од 74-89 година у десетогодишњем периоду. Постојао је мали и статистички неискazan податак, да су мушкарци без деце имали гору представу о свом здрављу, него ли они са децом. Такође су стара лица - родитељи имали чешће посетиоце него они без деце. Нарочито је значајан податак по коме су мушкарци од 60-74 године и жене од 75-89 година, са оствареним родитељством били задовољнији својим социјалним статусом него ли њихови вршњаци без деце.⁵⁴

Социјалне промене, настале урбанизацијом и индустријализацијом, указују на слабо укључивање старих лица у социјалну структуру, више него само отуђење од формалних традиционалних улога и статуса. Старост, као треће доба, посебан је социолошки феномен, који рефлектује начин на који су дефинисане социјалне улоге, као и степен спремности за њихово прихватање.

⁵⁰ “Social Psychology of Aging”, loc. cit.

⁵¹ Rose, A. (1962) “The Subculture of the Aging: A Topic for Sociological Research” *The Gerontologist*, No. 2, 123-127, цит. у: Clinard, M. op. cit., стр. 591.

⁵² Clinard, M. op. cit., стр. 592.

⁵³ “Politics of Aging: Government Agencies and the Aging Network”, цит. у: *Social Gerontology: The Politics of Aging*. URL: <http://www.trinity.edu/cmkearl/ger-pol.html>

⁵⁴ Julha, M. “Is childlessness a risk factor in old age?” Amsterdam: *Thurd European Congress of Gerontology*, 30 August - 2 September 1995, Section V, no. 048.1093

Старе особе имају низ тешкоћа у прихватању својих нових улога у друштву због радне неактивности, пензионисаности, компликованих породичних односа и недостатака друштвене подршке. Ако су млађе особе те које имају моћ одлучивања и управљања друштвеним токовима, онда не треба никада сметнути с ума да оне својим утицајем на статус старих лица, у ствари, утичу на обележја своје сопствене будућности.

4. Међународни документи о питањима старијих (остарелих) лица, старења и спречавања дискриминације (виктимизације) старијих (остарелих) лица

а) Уједињене нације

Почетак интересовања земаља чланица УН за питања старости, као доба живота и положаја остарелих лица датира из 1969. године. Наиме, 16. децембра 1969. године усвојена је резолуција 2599 (XXIV) којом је Генерална скупштина УН изражавала „жаљење због немогућности да се на (њеном, прим. аут.) XXIV размотри питање остарелих особа, имајући обиман програм рада, и, одлучује да да приоритет и адекватну пажњу овом питању на свом XXV заседању“.⁵⁵ Међутим, питање старења и положаја остарелих лица било је предмет разматрања тек на XXVI заседању Генералне скупштине УН, када је 18. децембра 1971. године донета резолуција 2842 (XXVI) којом се по први пут постављају конкретни захтеви пред Генералног секретара и државе чланице УН, између осталог да „наставе изучавање промена социо-економске и културолошке улоге и статуса старих лица у земљама различитог нивоа развоја и да припреме, са постојећим изворима и у сарадњи са Међународном организацијом рада и Светском здравственом организацијом и другим заинтересованим специјализованим агенцијама, извештај којим се сугеришу водећи принципи за националне политике и међународну акцију, који се односе на потребе и улогу старијих и остарелих лица у друштву, у контексту општег развоја, посебно у земљама где су уочене социо-економске тешкоће старих лица...“⁵⁶

На XXVIII заседању Генералне скупштине, 14.12.1973. године, донета је резолуција 3137 којом се детаљније одређују задаци које треба да испуне владе земаља чланица по питању старијих (остарелих) лица, па им се у том смислу упућују конкретне препоруке за активности: *развијати*, у складу са националним

⁵⁵ Видети: 2599 (XXIV) *Question of the elderly and the aged*, 16.12.1969.
<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/257/33/IMG/NR025733.pdf?OpenElement>
приступ: 3.12.2007.

⁵⁶ Видети: 2842 (XXVI) *Question of the elderly and the aged*, 18.12.1971.
<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/328/58/IMG/NR032858.pdf?OpenElement>
приступ: 3.12.2007.

приоритетима, програме социјалне добробити, здравља и заштите остарелих лица; *развијати* прогресивно мере социјалне сигурности којима би се обезбедило да стара лица, независно од пола, примају адекватно издржавање; *појачати* учешће старијих лица у друштвеном и економском развоју; *обесхрабрити*, увек када је то могуће, дискриминаторске ставове, политику и мере у пракси запошљавања, која се искључиво заснива на годинама живота; *охрабрити* креирање могућности упошљавања за старије особе у сагласности са њиховим потребама; *промовисати*, свим могућим средствима, јачање породичне заједнице; *стимулисати* билатералне и мултилатералне договоре о сарадњи на пољу социјалне безбедности за добробит старих лица⁵⁷.

На 105. пленарном заседању, Генерална скупштина УН је 16.12.1977. године усвојила резолуцију 32/131, којом се позива на све дотадашње препоруке и захтеве који су упућени државама-чланицама, с тим што, по први пут, *наглашава* важност примене Декларације о друштвеном напретку и развоју од 11.12.1969. године,⁵⁸ којом је Генерална скупштина прокламовала неопходност заштите права и обезбеђења неопходности социјалне добробити старих лица. Овом резолуцијом се владе држава чланица упућују на препоруке усвојене резолуцијом 3137 (XXVIII) из 1973. године и *разрађују захтеви* према Генералном секретару УН да: размотри мере за јачање активности регионалних комисија, формираних да помажу у планирању, установљавању и унапређивању социјалних и здравствених служби за старе; помаже владама, по њиховом захтеву и у складу са националним приоритетима, у планирању, установљавању и ширењу програма за сектор популације који чине старији људи, у контексту њихових свеопштих развојних програма; надзире семинаре и радионице и спроводи истраживања у овој области, посебно у оним случајевима који се тичу старих лица са којима су суочене земље у развоју; надзире истраживање о могућности очувања и промовисања оснаживања породичне заједнице, на начин који олакшава, где је то могуће, бригу о старијим и остарелим особама од стране њихове сопствене породице; сакупља, пореди и шири информације о старењу путем система размене информација.⁵⁹ На том истом заседању, Генерална скупштина је резолуцијом 32/132 установила Међународну годину и светску скупштину о старењу, позивајући се на Декларацију о друштвеном напретку и развоју од 11.12.1969. године и *наглашавајући* њене одредбе о достојанству и вредности људског бића и права старих лица.⁶⁰

⁵⁷ Видети: 3137 (XXVIII) *Question of the elderly and the aged*, 14.12.1973.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/282/09/IMG/NR028209.pdf?OpenElement> приступ: 3.12.2007.

⁵⁸ *Declaration on Social Progress and Development 2542 (XXIV)* 11.12.1969.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/256/76/IMG/NR025676.pdf?OpenElement> приступ: 3.12.2007.

⁵⁹ 32/131 *Question of the elderly and the aged*, 16.12.1977.

<http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r131.pdf>, приступ: 3.12.2007.

⁶⁰ 32/132 *International year and world assembly on aging*, 16.12.1977.

<http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r132.pdf>, приступ: 3.12.2007.

УН су преузеле још један помак у регулисању и заштити питања везаних за положај старијих и остарелих особа. Наиме, на свом Генералном заседању од 14.12.1978. године, донета је резолуција 33/52 којом је, уз консултацију са државама чланицама, специјализованим агенцијама и одговарајућим организацијама, постигнута сагласност да 1982. године буде одржана Светска скупштина о остарелим особама, као форум који ће повести програм међународне акције, чији је циљ да гарантује економску и социјалну сигурност старим особама, исто као и могућности да оне постану учеснице у националном развоју.⁶¹

Прва светска скупштина о старењу одржана је у Бечу 1982. године и на њој је усвојен Бечки међународни план акције за старење (The Vienna International Plan of Action on Ageing), као први међународни инструмент посвећен старењу. Овим документом одређена је основа за формулисање политике и програма о старењу. План је одобрен од стране Генералне скупштине УН 1982. године (на 90. пленарном састанку 3. децембра 1982. године резолуцијом 37/51), а усвојен раније те исте године на Првој светској скупштини о старењу у Бечу.⁶² Садржи 62 препоруке за различита поступања у области истраживања, прикупљања података и анализу, тренинг и обуку, као и одређене активности везане за: исхрану и здравље; заштиту остарелих корисника; настањивање и околину; породицу; социјалну сигурност; материјалну сигурност и запослење; образовање.⁶³

Десет година касније, 1992. године Генерална скупштина УН усвојила је резолуцијом 47/5 Прокламацију о старењу, којом је 1. октобар проглашен Међународним даном старих особа, а 1999. година Међународном годином старих особа⁶⁴ и прихватила понуду Шпаније да буде домаћин Друге светске скупштине о старењу у Мадриду, као и понуду Немачке да буде домаћин Министарске конференције о старењу у Европи, у Берлину.⁶⁵

Пошто је 1999. година била проглашена Међународном годином старих лица, тада су усвојени Принципи Уједињених нација за старе особе.⁶⁶

⁶¹ 33/52 *World Assembly on the Elderly*, 14.12.1978.

<http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r52.pdf>, приступ: 3.12.2007.

⁶² Видети: *UN – Key conference outcomes on ageing*, <http://www.un.org/esa/devagenda/aging.html>, приступ: 30.11.2007.

⁶³ Детаљније видети текст: *37/51 Question of Ageing*, 3.12.1982.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/425/29/IMG/NR042529.pdf?OpenElement>, приступ: 3.12.2007.

⁶⁴ *1992 Proclamation on Ageing, A/RES/47/5*, 42nd plenary meeting, 16 October 1992 (1. Urges the international community (j))

<http://www.un.org/esa/socdev/iyoup/iyouproa.htm>, приступ 5.12.2007.

⁶⁵ Видети: Козарчанин, Л., „Процес праћења и имплементације Мадридског плана акције за старење у Европи (активности, препоруке и обавезе)“, *Социјална мисао*, (тема броја: „Стратегија развоја социјалне заштите“), Београд, година XII, октобар-децембар, бр. 4, 2005., стр. 144-145.

⁶⁶ *United Nations Principles for Older Persons*

Као основни принципи, по којима су подељени делови текста, наводе се: независност; учествовање; старање; самоиспуњење; достојанство.⁶⁷

Током 2000. године, Генерална скупштина УН усвојила је Миленијумску декларацију, резолуцијом 55/2 8.9.2000. године.⁶⁸ Значај одредби Миленијумске декларације у односу на статус и квалитет живота остарелих лица свуда у свету, је у томе што документ децидирано одређује фундаменталне вредности које треба да буду есенцијално заступљене у међународним односима у XXI веку. Оне обухватају: слободу (мушкарци и жене имају право да живе сопствени живот и одгајају своју децу у достојанству, ослобођени страха од глади, насиља, опресије или неправде); једнакост (ниједној индивидуи нити нацији не сме бити оспорена могућност да уживају добробит од развоја); солидарност (глобалним изазовима мора се управљати на начин који расподељује трошкове и одговорност на праведан начин у односу на основне принципе једнакости и социјалне правде; они који пате или уживају мање повластице заслужују помоћ од оних који уживају веће повластице); толеранцију (људска бића морају поштовати једна друге, у свим разноврсностима свог веровања, културе или језика; различитости унутар и између друштава не треба да буду испуњене неправдом и репресијом, већ чуване као драгоценост заоставштина људскости; култура мира и дијалог између свих цивилизација треба да буду активно промовисани); поштовање природе; дељење одговорности (одговорност за управљање светском економијом и друштвеним развојем, исто као и претње међународном миру и сигурности морају бити подељени међу нацијама света и треба да буду вршене мултилатерално).⁶⁹

Друга светска скупштина о старењу одржана је у Мадриду од 8-12. априла 2002. године. Представници влада из целог света су промовисали

<http://www.un.org/esa/socdev/iyop/iyoppop.htm#top>, приступ 30.11.2007.

⁶⁷ Видети детаљније: *United Nations Principles for Older Persons*

⁶⁸ 55/2. *United Nations Millennium Declaration*, 8 September 2000

<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>, приступ: 30.11.2007.

⁶⁹ Имплементација Миленијумске декларације и њених основних циљева била је, између осталог, предмет разматрања септембра 2005. године на нивоу Економске комисије УН за Европу. Видети: *Report to the Economic Commission for Europe, Sixtieth Annual Session*, Geneva, 22-25 February, 2005. Иначе, овај Извештај, који је сачињен за 60. седницу Економске комисије УН за Европу (UNECE) одржане у Женеви, фебруара 2005. године, односи се на праћење Регионалне стратегије имплементације Мадридског интернационалног плана акције за старање. Текст Извештаја сачињен је у сарадњи између владе Републике Аустрије, UNECE Секретаријата и Европског центра за политику социјалног старања и истраживања. ИТЕМ 8: „Achieving the internationally agreed development goals, including those contained in the Millennium Declaration, as well as implementing the outcomes of the major United Nations conferences and summits“.

Economic Commission for Europe, Annual report (27 February 2004 – 25 February 2005), Economic and Social Council, Official Records, 2005, Supplement N°17.

http://unece.org/commission/2005/ANNUAL_REPORT_2005.pdf, приступ: 30.11.2007.

концепт „друштва за све генерације“, као интернационални одговор на изазове старења за 21. век. Пошто су државе чланице УН изразиле бригу због брзине и облика глобалног процеса старења, Генерална скупштина је усвојила **Политичку декларацију и Мадридски интернационални план акције за старење**, који обавезује владе да се суоче са изазовима старења популације у свету. Планом акције предвиђено је 117 конкретних препорука у оквиру плана акције.⁷⁰

На Генералној скупштини УН уочена је неопходност да се процес старења посматра у контексту Светске стратегије у борби против сиромаштва, као и неопходност напора да се за све земље у развоју постигне пуно учешће у светској економији. На овај став је посебно утицало научно сазнање да ће процес демографског старења бити највећи и најбржи управо у земљама у развоју, односно да ће се старије становништво у овим земљама до 2050. године повећати чак четири пута.

Мадридски план представља први међународни споразум који посебно препознаје потенцијал старијих људи да допринесу развоју својих друштава. План обавезује више од 160 влада држава потписница да укључе старење у све видове друштвене и економске развојне политике и да преполове сиромаштво у старости до 2015. године, у складу са Миленијумским развојним циљевима. Планом се:

- * одређује да старење треба да буде инкорпорисано у глобалне развојне агенде;

- * позива на право старијих људи да остварују једнако учешће у развојним изворима;

- * позива владе да обухвате старије људе кроз процесе националног развоја и социјалне политике (као што су стратегије смањења сиромаштва и национални развојни планови);

- * детаљно разрађују секције о развојним областима, које се односе на старије људе и њихове породице, укључујући: сиромаштво, ХИВ, насиље и злостављање, приступ здравственим службама и друштвену заштиту;

- * позива на ефикасну сарадњу и партнерство између влада, цивилног друштва, међународних агенција и приватног сектора са старијим људима и њиховим удружењима да достигну оно што је предмет одређења у Мадридском плану.

⁷⁰ Видети: *Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA)* (Advance unedited copy)

<http://www.un.org/ageing/coverage/action.pdf> приступ: 30.11.2007.

Main Content: *Madrid International Plan of Action on Ageing*

<http://www.helpage.org/Researchandpolicy/MadridInternationalPlanofActiononAgeing/Background> приступ: 30.11.2007.

Report to the Second World Assembly on Ageing

http://www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html

приступ: 30.11.2007.

У кључном делу пратеће Политичке декларације пише: „Ми се обавезујемо да елиминишемо све облике дискриминације, укључујући старосну дискриминацију. Ми, такође, препознајемо да особе, пошто старе, треба да уживају у животу у пуној мери, здрављу, безбедности и да буду активни део економског, друштвеног, културног и политичког живота у својим друштвима. Ми смо одлучни да повећамо препознавање достојанства старијих особа и да елиминишемо форме занемаривања, злостављања и насиља“.⁷¹ У чл. 17 Политичке декларације даље пише: „Владе имају примарну одговорност у обезбеђивању руковођења по питањима старења и у имплементацији Интернационалног плана акције – 2002, али, од суштинског је значаја ефикасна сарадња између националне и локалне власти, интернационалних агенција, самих старијих људи и њихових организација и других делова цивилног друштва, укључујући невладине организације и приватни сектор“. Представници влада су „подвукли важност улоге система УН, укључујући Регионалне комисије, у помагању владама, на њихов захтев, у имплементацији, праћењу и националном мониторингу интернационалног плана акције за старење, узимајући у обзир разлике у економским, социјалним и демографским условима које постоје између земаља и региона“ (чл. 18).⁷²

У Плану, 117 препорука се односи на три основна правца утврђених приоритетних акција, које се односе на:

- старије људе и њихову улогу у развоју друштва;
- унапређење здравља и добробити у старијој животној доби;
- обезбеђивање сигурних и подржавајућих услова средине за живот људи.

У плану акција се промовишу нови ставови у односу на појаву старења. Старење се не може сагледати једнострано и само као питање социјалне сигурности и социјалне заштите (на пример, само као питање једног од „животних ризика“), већ као процес који се одвија у сваком сегменту живота друштва, у сваком сегменту развоја и у целокупној развојној и економској политици једног друштва. Наглашена је потреба да се промовише позитиван аспект старења и да се превазиђу негативни стереотипи о старењу.

Сва обухваћена питања у Интернационалном плану акције за старење 2002. године, усмерена су на постизање побољшања економских и социјалних услова у којима живе старије особе. Препоруке владама се односе на области као што су:

1. обезбеђивање пуне реализације свих људских права и основних слобода за све старије људе;

⁷¹ Видети: *Main Content: Madrid International Plan of Action on Ageing*
<http://www.helpage.org/Researchandpolicy/MadridInternationalPlanofActiononAgeing/Background>
приступ: 30.11.2007.

⁷² Ibidem

2. унапређење сигурности старијих људи, које укључује реафирмацију борбе против сиромаштва старијих људи и развој друштва усклађен са принципима које је за старије људе прокламовала ОУН (усвојени на Генералној скупштини 1991. године);

3. оснаживање старијих људи да дају пун допринос и да ефикасно учествују у економском, политичком и социјалном животу њихових друштава, укључујући и остваривање прихода, као и волонтерски рад;

4. обезбеђивање могућности за индивидуални развој у старијој животној доби – као и за све друге животне доби, могућности за лична постигнућа и остваривање добробити у познијој животној доби, исто као и на другим узрастима, кроз, на пример, несметан приступ образовном процесу или кроз пуно учешће и у сваком другом сегменту живота заједнице;

5. Обезбеђивање пуног остваривања економских, социјалних и културних права, као и свих грађанских и политичких права човека и грађанина.⁷³

Међутим, основни изазов, а уједно и тешкоћа је у томе како стећи уверење да владе држава чланица испуњавају обавезе преузете у Мадриду. У том смислу, у параграфу 114 пише: „Имплементација Интернационалног плана акција 2002, ће обезбедити одрживе акције на свом нивоима (...) Обезбедиће систематску евалуацију као одговор на нове изазове (...)“.⁷⁴ Такође је истакнуто да „треба учинити напоре да се промовише институционално праћење Интернационалног плана акција 2002, укључујући као одговарајуће оснивање агенција за питање старења и националне комитете (...)“. Регионалне комисије УН-а су одговорне за развијање стратегија имплементације у својим регионима, а Комисија УН за социјални развој (UN Commission for Social Development) надгледаће како владе имплементирају План. Систематски преглед имплементације Интернационалног плана акција 2002, од стране држава чланица УН је од суштинске важности за његов успех у побољшању квалитета живота старијих људи. Међусобна размена исхода у редовном прегледу имплементације између земаља имаће, у наредном периоду, посебну вредност (параграф 131).

План не обавезује владе нити међународну заједницу да обезбеде додатне изворе за имплементацију садржаја документа. То значи да су извори којима се располаже, у ствари, доступни из програма за редукацију сиромаштва унутар појединих држава. У читавом процесу имплементације Плана значајну, виталну улогу имају старије особе и њихова удружења, која треба да осигурају

⁷³ *Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA)* (Advance unedited copy), ISSUE 1: Active participation in society and development (25. Objective 1: Recognition of the social, cultural, economic and political contribution of older persons; Actions)
<http://www.un.org/ageing/coverage/action.pdf> приступ: 30.11.2007.

⁷⁴ *Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA)* (Advance unedited copy)
<http://www.un.org/ageing/coverage/action.pdf> приступ: 30.11.2007

да се владе држава потписница понашају у складу са препорукама предвиђеним Планом, као и у надгледању тог процеса. Они, као активни учесници процеса, треба да утичу на то да старење, као појава, треба да буде интегрисано у националне програме за редукцију сиромаштва, као и сличне повезане иницијативе, како би се достигли Миленијумски развојни циљеви.⁷⁵

Владе држава чланица УН су се, преко својих представника у овим документима, обавезале на конкретну националну активност, али и на међусобну сарадњу, како у остваривању договорене политике у области старења и поводом одвијања тог процеса код становништва, тако и у систематском и активном праћењу имплементације те политике.

б) Савет Европе и Европска унија

Савет Европе је усвојио у Паризу 19. децембра 1953. године Европски међувременски споразум о нацрту плану социјалне сигурности старих лица, инвалида и преживелих и Протокол уз то. У чл. 1 Споразума је прописано да ће одредбе документа бити уграђене у све законске текстове и другу правну регулативу која се односи на социјалну сигурност, у државама које су потписнице Споразума. Те одредбе се односе на добробит: старих особа, инвалида и преживелих (из периода Другог светског рата, прим.а.).⁷⁶

На нивоу Европске уније донета је 2000. године Директива о оквирној једнакости у запошљавању.⁷⁷ То је био први правни пропис донет у ЕУ који је осмишљен тако да прописује принципе једнакости међу свим грађанима независно од доба старости, инвалидитета или сексуалне оријентације приликом запошљавања и на радном месту, као и приликом помоћи у избору занимања и чланства у установама које се баве запошљавањем. Иначе, европске институције имале су дуго пре усвајања Директиве велики број

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ Видети: *European Interim Agreement on Social Security Schemes Relating to Old Age, Invalidity and Survivors and Protocol Thereto*, Council of Europe, European Treaty Series – No. 12 – Social Security (Interim Agreement), Paris 19.12.1953.

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/012.doc>, приступ: 24.11.2008.

Савет Европе је пре овог документа усвојио Споразум којим се пружа социјална сигурност, осим старим лицима, инвалидима и преживелима још и у случајевима болести, материнства, повреда на раду, незапослености и давања породичних додатака. Видети: *European Interim Agreement on Social Security Other Than Schemes Relating to Old Age, Invalidity and Survivors and Protocol Thereto*, Council of Europe, European Treaty Series – No. 13 – Social Security (Interim Agreement), Paris 11.12.1953.

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/013.doc>, приступ: 24.11.2008.

⁷⁷ Stephen Charters: *Age Related Policies: A Global Review on Age Discrimination Legislation*, January 2008., International Federation on Ageing, p. 40-46.

<http://www.silverinnings.com/docs/Elder%20Law/International/Age%20Related%20Policies.pdf>, приступ 24.11.2008.

правних аката усмерених против дискриминације по другим основама, као што је родна припадност, на пример. Ипак, тек средином деведесетих година прошлог века легислатива је почела да се односе и на друге облике неједнаког третмана и то по основу година старости или инвалидитета.

Амстердамски споразум из 1997. године садржао је прве одредбе донете на нивоу ЕУ за установљење процеса доношења закона против дискриминације по основу година старости. Споразум је омогућио Европски савет, судско тело са улогом да одреди општу стратегију међу државама – чланицама, у циљу предузимања акције за борбу против дискриминације по основу старости. Две године касније, 1999., усвојена је Директива од стране великог броја чланица ЕУ.

Директивом је установљен минимум стандарда за препознавање дискриминације на основу година старости приликом запошљавања, које су државе чланице обавезне да уграде у своја домаћа законодавства. Забрањени су сви облици дискриминације, непосредни, посредни, као и сексуално узнемиравање. Непосредна дискриминација се односи на акт којим се једна група или индивидуа ставља у гори положај у односу на другу групу или појединца, док се посредна дискриминација односи на, по изгледу, неутрални однос или поступак који за последицу има стварање сметњи једној групи или појединцу од стране неког другог. Директивом је установљена одредба која ставља ван снаге било који закон који је супротан овим принципима. С друге стране, Директива дозвољава изузетке за различит третман у оправданим случајевима (позитивна дискриминација).

Од држава чланица се захтевало да имплементирају правне одредбе о једнакости у односу на године старости до децембра 2003. године. Од тада им је додељен грант период од три године (до 2006.) када су о напретку на том плану морале да поднесу извештај Европској комисији, појединачно за сваку годину из трогодишњег периода гранта.

Данас се већ може говорити о Одредбама о једнакости приликом запошљавања (the Employment Equality Regulations) (у даљем тексту: Одредбе) из 2006. године, којима су обухваћена сва одређења дискриминације дата у Директиви. Одредбе дозвољавају различити третман међу старосним групама којим се може доказати способност за неку професију, где је „поседовање особина повезаних са добом живота основни и детерминишући захтев за запошљење“. Установљавање другачијег третмана приликом запошљавања на основу година живота мора показати да је добробит овакве праксе значајније битна од неопходности забране дискриминације и мора бити једини разумни избор доступан послодавцу. Неки примери где ово разликовање може да се дозволи обухватају случајеве као што су: доношење закона, национална безбедност; пензионисање; минимум зараде; животно осигурање и обезбеђивање одређених повластица базираних на дужини службовања.

Обавезно пензионисање је допустиво када су легитимни захтеви за запошљавање повезани са годинама живота. Са навршених 65 година живота се одлази у пензију и послодавци нису у обавези да приме у радни однос некога са навршених или преко 65 година старости.

Сваки поступак супротан Одредбама може dospети у виду притужбе пред суд за радне спорове. Овај суд се установљава при секретаријатима за рад и пензије. Изузеци изван ове процедуре постоје у случајевима дискриминације унутар институција за више образовање и са њима повезаних инстанци, када подносилац притужбе мора покренути грађанску парницу.

Будућност Одредби, као одвојеног дела легислатуре, можда неће дати дугорочне очекиване резултате. У Великој Британији, која је била међу последњим државама ЕУ која је донела законе у складу са Директивом, истиче се да је дискриминација по основу старости најчешћи облик дискриминације на радном месту (BBC News, 2005). Сем Мерсер (Sam Mercer) директор Форума послодаваца по питањима старости (the Employers Forum on Age) рекао је: „Као што је наше истраживање потврдило, предрасуде у односу на стара лица су ендемична питања у нашем друштву и распрострањена на радном месту. Са овим се ставовима морамо суочити, тако да они постану неприхватљиви као сексизам или расизам... Ми сви морамо много да радимо да се уверимо да је питање дискриминације по основу старости постало ствар прошлости. Сада када је закон овде, како послодавци, тако и појединци морају брзо да постану свесни тога шта то значи за њих и њихово радно место“.⁷⁸ Истраживање које је извршила Ludic Group указало је да се дискриминација по основу старости много лакше прихвата од других облика дискриминације. Сама законска решења неће утицати на решење тешкоћа на радним местима широм Британије јер већина не сматра да је дискриминација по основу старости озбиљна форма, као она која се врши по основу расе или религијске припадности. Неопходне су дубоке културолошке промене да би се важећа легислатура заиста и примењивала.⁷⁹

У Европској унији донета је Европска уставна повеља, којом се нека питања, попут минималне наднице, пензије и породичног додатка уопште не регулишу. Овај документ је претрпео бројне критике стручне јавности зато што је такође корак уназад у односу на Универзалну декларацију о људским правима из 1948. године у којој је записано да свака особа „има право на животне услове довољне како би могла да се стара о сопственом здрављу, да обезбеди прихватљив квалитет живота за себе и своју породицу (...); да има право на обезбеђење у случају незапослености, болести, инвалидитета, удовиштва, *старости* и у свим другим случајевима губитка способности да себи обезбеђује средства за живот. Не признаје се право на минималну

⁷⁸ Sam Mercer: *Management Issues* 2006., цит. у: *ibid*.

⁷⁹ Amble 'Legislation 'Not the Answer to Ageism' 2005, цит. у: *ibid*

надницу, па самим тим ни на минималну европску надницу (што би, међутим, био предуслов стварања осећања заједништва свих Европљана).“ У посебно су тешком положају жене. „Жене у Француској представљају 83% сиромашних радника и пензионера чије пензије су испод износа утврђених као минимум за *пристојну старост*.“⁸⁰ Међутим, осим оваквог критичког става који се односи на положај жена, у чл. II-94 у делу под називом „Социјална сигурност и социјална помоћ“ Уставном повељом је прописано да државе чланице Европске уније „препознају и поштују добробит од социјалне сигурности и социјалних служби“, које се између осталих, старају и о интересима старих особа.

5) Стратегије заштите (оквирни предлог мера превенције у развијеним земљама)

За Светски дан борбе против злостављања остарелих људи био је проглашен 15. јуни 2007. године. То је начин да се позову на активност појединци, организације и друштвена заједница у циљу подизања свести о злостављању, занемаривању и експлоатацији остарелих лица. У склопу обележавања тог дана потребно је спровести низ активности, као што су:

- развијање едукативних програма и прес конференције;
- обезбеђење волонтера који би били спремни да посете или позову неку изоловану стару особу која може бити у опасности да постане жртва злостављања, занемаривања или експлоатације;
- спровођење било које активности чији је циљ да развија свест о злостављању старих особа, као што је писање и објављивање чланака о томе у локалним новинама.⁸¹

Један од начина превенције дискриминације/виктимизације остарелих лица јесте установљавање дугорочних програма заштите коју би спроводили омбудсмани.⁸² Заступници дугорочне омбудсманске заштите за становнике домова, у којима се пружа нега и заштита старих лица, помажу у вештинама везаним за свакодневни живот. Пошто је овај програм отпочео још пре 30 година на хиљаде плаћених или омбудсмана волонтера учествовало је у његовој реализацији.

⁸⁰ Предлог Европске уставне повеље су усвојили шефови европских држава јуна 2004. године. Предлог је био предложен за ратификацију до краја 2005. године у 25 земаља чланица ЕУ. Видети: „Жене и Европска уставна повеља“, <http://www.atc.org.yu/data/File/Zenska%20prava/Zene%20i%20Evropska%20ustavna%20povelja.pdf>, приступ: 25.11.2008.

⁸¹ Видети: *Elder Rights & Resources*; Elder Abuse, 2007 World Elder Abuse Awareness Day http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/Elder_Abuse/Elder_Abuse.asp, приступ 17.10.2007.

⁸² *Elder Rights & Resources*, Long Term Care Ombudsman Program, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/LTC/LTC.asp приступ 17.10.2007

У развијеним земљама света, попут САД на пример, при Министарству здравља (Department of Health and Human Services) формирају се посебни одсеци који се баве питањима старости/старења (Administration on Aging AoA).⁸³

Напори свих сличних државних служби увек су усмерени на то да старије особе треба да остану у својим домовима и да учествују у што ширем распону у животу локалне заједнице, што је често онемогућено финансијском експлоатацијом и преварама корисника. Тако се у делокруг рада овог Одсека убраја промовисање нивоа свести корисника, превенира виктимизација остарелих лица и ради на томе да се оствари учешће локалне заједнице у циљу спречавања преваре, грешке и злостављања у Здравственој заштити сиромашних (Medicaid) и у Здравственој заштити старих људи у оквиру социјалног осигурања (Medicare). Информисањем и обучавањем старијих волонтера, затим особља које би радило на повезивању старих људи, као и оних који би обезбеђивали за њих медицинску негу, организација AoA има за циљ да остарели Американци и њихови заступници буду у позицији да на бољи начин користе здравствену негу. Држава може да охрабрује остарела лица да на време планирају свој живот уколико буду онеспособљени болешћу или на други начин и да свој начин живота организују тако да ту неспособност одложе или је превенирају, али ови напори не могу да буду остварени у пуној мери за она остарела лица која изгубе своју уштеђевину или своје куће уколико то повере преварантима или упадну у замку финансијске експлоатације. Зато се сматра да су преваре и финансијска експлоатација основне претње за добробит остарелих људи. Према истраживању Службе за спречавање злостављања остарелих лица под називом The National Elder Abuse Incidence Study потврђено је да се сваке године број случајева финансијских превара увећава у односу на број случајева физичког злостављања остарелих лица.

Финансијске институције често су у могућности да прве препознају злостављање, превару и експлоатацију усмерену ка остарелој особи или вулнерабилној одраслој особи, што се најчешће врши од стране рођака или особе од поверења којој је поверена брига о остарелом лицу. Тако, тренутни или чак стални контакт које финансијска институција остварује са остарелим лицима као клијентима, ствара за ту институцију јединствену могућност да пријави сумњу на превару AoA организацији ради даљег истраживања. У том смислу, неке од државних агенција организују тренинге обуке за службенике банака у циљу спречавања финансијске експлоатације остарелих особа.⁸⁴

⁸³ *Department of Health and Human Services, Administration on Aging, Elder Rights*, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/Preventing_Fraud/Preventing_Fraud.asp приступ 17.10.2007

У нашој земљи, при Министарству рада и социјалне политике постоји сектор за бригу о породици и социјалној заштити, при коме се питања старости и старења не помињу као посебна поља рада. Видети: www.minrzs.sr.gov.yu приступ 28.10.2007.

⁸⁴ Овакву врсту партнерства остварила је служба APS користећи потпору AoA агенције. У банци Wachovia организовала је тренинг особља банке и унапредила увид у досијеа у циљу

Развијене земље света доносе посебне законе који омогућавају санкцијом загарантована права старих људи. Тако, у САД Older American Act из 1965. године предвиђа да старим особама треба обезбедити: одговарајуће пензије у складу са стандардом живота у САД; пружање најбоље могуће медицинске неге у области физичког и менталног здравља која треба да буде пружена свима без обзира на економски статус корисника; одговарајуће домаћинство које би се самостално одабрало, тако да буде дизајнирано и лоцирано онако како то одговара потребама и могућностима старих особа; службе које би пружале пуну институционалну бригу старима; могућност запошљавања без дискриминаторског односа према старости; пензионисање у условима здравља, почаст и достојанства - после година доприноса економском просперитету; тежњу ка значајној активности унутар широког опсега грађанских, културних и рекреационих могућности; делотворне комуналне службе које пружају друштвено учешће на усклађени начин и које су лако доступне када је то потребно; сталну добробит из показаног истраживачког сазнања која може да подржи и унапреди здравље и срећу; слободу, независност и слободну примену личне тежње у планирању и управљању својим сопственим животом.⁸⁵

Као последње разматрање у овој фази теоријског истраживања дискриминације/виктимизације и могућности превенције остарелих лица, могу као добар путоказ бити следеће речи:

“Друштво не представља само однос између оних који живе, већ између оних који живе, оних који су умрли и оних који тек треба да се роде. Стари људи треба да знају да они имају сопствени дуг према прошлости и да из тога дуга произилази њихова обавеза према будућности. Ако уште ценимо свој сопствени живот онда треба да ценимо и осећамо неку обавезу према онима који су тај живот учинили могућим, нашим сопственим породицама и прошлим друштвима која су их подржала. Ми дугујемо онима који долазе после нас бар онолико колико смо добили од оних иза себе, могућност живота и опстанка”.⁸⁶

спречавања финансијске експлоатације остарелих. Ово партнерство је показало изузетне резултате и касније је коришћено као модел успешне праксе при комитету националног конзорцијума банака за смањење превара, под називом BITS Financial Services Roundtable. Одговор банкара био је обојен ентузијазмом и утицао је на ширење овог модела на националном нивоу унутар банкарског система. Видети: *Department of Health and Human Services, Administration on Aging, Elder Rights*, http://www.aoa.gov/eldfam/Elder_Rights/Preventing_Fraud/Preventing_Fraud.asp приступ: 17.10.2007

⁸⁵ *Bill of Rights for the Old*, Title I of the 1965 Older American Act, цит. у: “Politics of Aging: Government Agencies and the Aging Network”, loc.cit.

⁸⁶ “Social Psychology of Aging”, loc. cit.

Prof. Miomira Kostić, LL.D
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

OLD AGE AND VICTIMIZATION
- International Documents
on the Prevention of Discrimination against the Elderly-

Summary

In specific conditions of the social environment, the social status of senior citizens rests on the fact that they may be seen as a social, financial and emotional burden for the younger (working) generations, due to their status of unemployed citizens. However, it is an objective fact that all active (working) citizens will at some point in the future become an inactive part of the population. In their working life, the elderly persons have already given their contribution to the social progress and the development of the society. Accordingly, during the “third“ and the “fourth“ period of their lives, they are fully entitled to expect help and protection from the society. The young generations, who are currently employed or have the power of making decisions or running the society, should exert some influence to improve the social position of senior citizens because it would eventually have a significant impact on their own future. Senior citizens are often victims of social circumstances and their discrimination (victimization) is frequently expresses in terms of “black numbers”. Senior citizens are naturally prone to the risks of victimization, which primarily depends on the physical predispositions related to the evolution processes in their bodies and the psychological changes during the so-called “third” period of their lives.

In this article, the author presents the results of the initial phase within the theoretical and empirical research on the social position of senior citizens and the risks of their discrimination (victimization). The article has been structured in several thematic parts. After the introductory remarks, in the first part of the paper the author points to some distinctive features of the old age (ageism) in general. Then, in the second part of the paper, the author points to the biological, psychological and social characteristics of elderly persons, which contribute to the risk of their discrimination (victimization). In the third part of the paper, the author elaborates on the system of preventing discrimination (victimization) of senior citizens, which is widely accepted in modern states as a very important indicator of the developed social system and the position of the underprivileged and destitute population categories. In that context, the author first explores the tendencies and the activities of international organizations (such as the UN, the EU, the Council of

Europe), EU member states and other countries in the field of preventing the discrimination (victimization) of senior citizens. In the final part of this paper, the author proposes some measures which are already applied in the developed countries (such as the USA) for the purpose of reducing discrimination (victimization) of senior citizens.

Key words: senior citizens, discrimination, ageism, victimization, prevention

UDK: 343.137.5

Др Саша Кнежевић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

ДИСКРЕЦИОНО КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ МАЛОЛЕТНИХ ДЕЛИНКВЕНАТА*

Апстракт: Законом предвиђена обавеза кривичног прогона лица за која постоји основана сумња да су повредила или угрозила заштићена друштвена добра релативизује се предвиђањем неких одступања од ове обавезе. Једно од значајнијих одступања од обавезности кривичног гоњења испољава се и у појединим овлашћењима јавног тужиоца и суда у кривичном поступку према малолетницима. Стога ће се у раду који следи сагледати спектар мера дискреционог карактера, којима се одступа од строгог легалитета кривичног гоњења малолетних учинилаца кривичних дела.

Кључне речи: малолетник; дискреционо гоњење; опортунитет; јавни тужилац за малолетнике; суд за малолетнике; васпитни налози

Опште напомене

У савременом оптужно-расправном систему кривичног поступка доследно се спроводи начело одвојености главних кривичнопроцесних функција. Кривични поступак, као институционални оквир остваривања кривичноправне заштите друштвених вредности, покреће се на иницијативу овлашћеног тужиоца. Овлашћени тужилац има законску обавезу да иницира кривично гоњење, уколико су испуњени законски услови. Постојање основане сумње да је неко лице извршило кривично дело лишава могућности јавног тужиоца да процењује целисходност кривичног гоњења окривљеног. С друге стране, оштећени као супсидијарни тужилац и приватни тужилац овлашћени су да, зависно од сопствене процене целисходности кривичног прогона, иницирају покретање кривичног поступка против окривљеног.

Приликом одлучивања о иницијативи за покретање кривичног поступка, супсидијарни и приватни тужилац руководе се сопственим

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

интересима. За разлику од њих, јавни тужилац, начелно, нема то овлашћење. Међутим, поједине установе процесног права дерогирају легалитет кривичног гоњења окривљеног за извршење кривичних дела за која се гони по службеној дужности (кривичнопроцесни имунитет, одобрење за кривично гоњење, одлагање кривичног гоњења). Поред тога, проширена могућност процене целисходности кривичног гоњења од стране јавног тужиоца постоји и у кривичном поступку према малолетницима. Но, пре него што се посветимо овој, централној, теми рада, осврнућемо се на суштину и значај дискреционе оцене оправданости покретања кривичног поступка, као сржи начела опортунитета кривичног гоњења, која релативизује облигаторност кривичног прогона лица против којих постоји основана сумња да су извршила кривична дела.

1. Начело опортунитета кривичног гоњења

Постојање минималног степена уверења о извршењу кривичног дела за које се гони по службеној дужности налаже обавезу јавном тужиоцу, као експоненту државе, да иницира кривични прогон окривљеног. Начелно, јавни тужилац нема овлашћење да процењује целисходност кривичног гоњења лица осумњиченог за инкриминисано понашање. Међутим, то не подразумева одсуство слободе јавног тужиоца да процењује квалитет и квантитет доказног материјала, као чињеничне основице кривичног догађаја. Приликом разматрања постојећег доказног материјала, јавни тужилац је овлашћен да процени да ли је постигнута основана сумња о извршеном кривичном делу. Јавни тужилац је неспутан и у погледу процене да ли одговарајуће антисоцијално понашање има карактер кривичног дела. Међутим, тужиочево уверење да постоји основана сумња да је извршено кривично дело представља крај права јавног тужиоца да слободно располаже кривичноправним захтевом државе за кажњавање. Принцип легалитета кривичног гоњења обавезује јавног тужиоца да у овој ситуацији иницира кривично гоњење окривљеног, без могућности процене целисходности тог чина. Кривично гоњење може изостати само уколико не постоје процесне претпоставке, односно ако постоје процесне сметње за кривични прогон окривљеног (застарелост, помиловање, амнестија, и слично).

Строги легалитет покретања кривичног поступка релативизиран је могућношћу јавног тужиоца да у одређеним ситуацијама дискреционо оцењује оправданост кривичног гоњења. То је резултат интенције законодавца да створи оптималне претпоставке за рационализацију кривичног прогона окривљених, респектовањем постулата процесне економије. Правно дозвољена могућност јавног тужиоца да, у одређеним ситуацијама, процењује целисходност кривичног гоњења, не значи и отварање простора за волунтаризам. Јавни тужилац се, приликом процене

опортуности иницирања кривичног гоњења, мора руководити јавним интересом. То подразумева да се, применом принципа опортунитета кривичног гоњења, обавеза јавног тужиоца да гони учиниоце кривичних дела не трансформише у право на гоњење. Дискреционо гоњење учинилаца кривичних дела, као вид одступања од принципа легалитета, не сме подразумевати арбитрерност у поступању јавног тужиоца. У супротном, створио би се простор за самовољно поступање јавног тужиоца. За разлику од обавезе на гоњење проистекле из начела легалитета, која настаје на основу законске одредбе, обавезу на гоњење по основу принципа опортунитета (дискреционо гоњење) процењује јавни тужилац приликом предузимања кривичног гоњења у конкретној ситуацији.

2. Дискрециона оцена у кривичном поступку према малолетницима

Малолетници представљају посебну категорију учинилаца кривичних дела, те, стога, у већини правних система имају кривичноправни третман, различит од пунолетних учиниоца. Реч је о лицима у процесу био-психичког развоја, чији душевни апарат није у могућности да у потпуности схвати значај друштвених норми. Услед тога, могуће је и асоцијално понашање, па и кршење кривичноправних норми. Може се сматрати да понашање инкриминисано кривичноправним нормама, није резултат јасно генерисане криминалне воље малолетника, већ недостатка психичке и социјалне зрелости. Стога и друштвена реакција према малолетним учиниоцима кривичних дела треба да буде специфична.

Кривични поступак према малолетницима, иако прожет многим специфичностима, у основи, представља вид репресивног реаговања. Међутим, циљ овога поступка, поред осталог, је и заштита личности малолетника. У кривичном поступку приоритет се придаје утврђивању чињеница које се односе на личност малолетнике, као и на прилике у којима живи, насупрот чињеницама које се тичу самог кривичног дела. Стога се логичним чини и "либералнији" приступ јавног тужиоца приликом процене постојања услова за кривични прогон малолетних делинквената. Иако је и у кривичном поступку према малолетницима принцип легалитета примаран приликом предузимања кривичног прогона, нормативни оквир овог посебног кривичног поступка пружа могућности за ширу примену начела опортунитета. Тиме се ствара простор за дискреционо кривично гоњење малолетних учинилаца кривичних дела.

Принцип опортунитета кривичног гоњења може се у кривичном поступку према малолетницима манифестовати у различитим процесним ситуацијама. Најпре, јавни тужилац овлашћен је да процењује целисходност покретања кривичног поступка према малолетницима. Дискрециона

овлашћења јавног тужиоца за малолетнике увећана су и могућношћу условног покретања кривичног поступка према малолетницима (тзв. условни опортунитет), што представља новину у позитивном малолетничком кривичном праву Србије. Опортунитет се манифестује и приликом извршења кривичне санкције, уколико малолетник изврши ново кривично дело. Најзад, опортунитет кривичног гоњења се испољава и у овлашћењима суда за малолетнике да обустави кривични поступак према малолетницима, као и у условној обустави поступка.

2.1. Дискрециона оцена приликом покретања кривичног поступка према малолетницима

Јавни тужилац за малолетнике једини је овлашћени тужилац за покретање кривичног поступка према малолетницима. Обавезан начелом легалитета, јавни тужилац мора иницирати кривични поступак за кривична дела за која се гони по службеној дужности. Уколико се ради о кривичним делима за која се гони по приватној тужби, или по предлогу оштећеног, јавни тужилац за малолетнике је обавезан да покрене кривични поступак, под условом да постоји предлог оштећеног.

Обавеза јавног тужиоца за малолетнике на покретање кривичног поступка релативизована је могућношћу процене целисходности покретања поступка, ако је у питању кривично дело за које је прописана новчана казна, или казна затвора до *пет* година. Дакле, иако из постојећих доказа произлази основана сумња да је малолетник извршио кривично дело, јавни тужилац за малолетнике може сматрати да, у овој ситуацији, *није целисходно* покретање кривичног поступка према малолетницима (чл. 58. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Србије).¹ Овом законском одредбом проширен је опсег примене дискреционог одлучивања јавног тужиоца за малолетнике, јер је, према раније важећим одредбама Законика о кривичном поступку Србије, опортунитет приликом покретања кривичног поступка према малолетницима био могућ за кривична дела за која се могла изрећи казна затвора до три године.

Приликом процене целисходности покретања кривичног поступка према малолетницима, јавни тужилац за малолетнике треба да узме у обзир природу кривичног дела и околности под којима је оно учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства. Ови услови морају бити испуњени кумулативно. У том циљу, јавни тужилац може затражити обавештења од родитеља, усвојиоца, стараоца, других лица и установа, а може и позвати малолетника, ради прикупљања обавештења. Прикупљање ових података, јавни тужилац може поверити стручним лицима (педагозима, психолозима, социјалним радницима), а може затражити и мишљење органа

¹ У даљем тексту рада, за означавање овога закона употребљаваће се скраћеница "ЗМ"

старатељства о целисходности покретања кривичног поступка према малолетницима (чл. 58 ст. 1. ЗМ).

Ради утврђивања личних својстава малолетника, јавни тужилац за малолетнике може, у споразуму с органом старатељства, упутити малолетника у прихватилиште за децу и омладину, или васпитну установу. Ова мера може трајати највише тридесет дана (чл. 58. ст. 2. ЗМ).

Услови за примену дискреционог кривичног гоњења предвиђени су и Препоруком Р (87) 18 Комитета министара Савета Европе. Сходно овој препоруци, разлози за дискреционо поступање при покретању кривичног поступка морају бити наведени у закону, и потребно је да се заснивају на јавном интересу. Јавни тужилац мора, приликом примене дискреционог гоњења (свакако и малолетника), поступати једнако према свим учиниоцима кривичних дела. Приликом процене постојања услова за дискреционо гоњење, јавни тужилац мора водити рачуна о: природи, околностима, озбиљности и последицама извршеног кривичног дела; о личности окривљеног; о вероватној пресуди суда; ефектима казне на учиниоца, као и о положају жртве². Ако се упореде ови услови за законским условима за дискреционо кривично гоњење малолетника у нашем позитивном праву, може се констатовати да су они, у основи, усклађени. Међутим, може се уочити да се дискреционо гоњење малолетних делинквената у српском позитивном праву не условљава проценом положаја жртве (оштећеног), што је интенција поменуте препоруке. То је последица чињенице да је кривични поступак према малолетницима доминантно јавноправног карактера. Иницијатива за кривично гоњење малолетних делинквената у искључивој је надлежности јавног тужиоца. Оштећени може, по одбацивању кривичне пријаве, односно по одбијању предлога оштећеног за покретање кривичног поступка, затражити да о покретању кривичног суда одлучи веће непосредно вишег суда (чл. 57. ст. 3. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Србије). Овим овлашћењем оштећеног, на индиректан начин, иницијатива оштећеног добија карактер корективног средства поступања јавног тужиоца приликом одлучивања о покретању кривичног поступка према малолетницима. Тиме се уважава интенција поменуте препоруке Савета Европе о уважавању положаја жртве приликом дискреционог кривичног гоњења. Међутим, не види се разлог за поступање већа непосредно вишег суда у овој ситуацији. Корективну улогу суда приликом покретања кривичног суда требало би да врши веће надлежног суда, пред којим поступа јавни тужилац за малолетнике.³ Уколико

² Садржај ове препоруке интерпретиран је према: др Ђорђе Лазин, Принцип опортунитета у покретању кривичног поступка према малолетницима, Зборник радова са међународног научног скупа Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, одржаног у Београду од 21-22. марта 2008. године, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр. 172.

³ Слично: Проф. др Обрад Перић, Коментар Закона о о малолетним учиниоцима кривичних

веће непосредно вишег суда донесе одлуку о покретању кривичног поступка према малолетницима, јавни тужилац мора учествовати у овом поступку (чл. 59. ст. 3. ЗМ)⁴. Дакле, јавни тужилац за малолетнике обавезан је да врши функцију оптужбе, иако суд за малолетнике није потврдио његову одлуку засновану на дискреционој оцени о непредузимању кривичног прогона малолетника.

Овлашћење јавног тужиоца за дискреционо поступање приликом покретања кривичног поступка према малолетницима егзистира и у немачком праву. Према одредби §.45. т. 1. Закона о судском поступку према малолетницима (*Jugendgerichtsgesetz-JGG*), јавни тужилац не мора покренути кривични поступак без сагласности суда, уколико се испуне услови предвиђени чл. 153. Закона о кривичном поступку Ср Немачке (*StPO*). Сагласно овој одредби немачког процесног закона, процена целисходности покретања кривичног поступка према малолетницима могућа је: а) ако се кривица учиноца оцењује као незнатна; б) ако не постоји јавни интерес за његово гоњење; в) ако постоји сагласност суда. Уз кумулативно испуњење ових услова, неопходно је и да учињено дело спада у тзв. багателни криминалитет.

Потребна сагласност суда, као услов за дискреционо гоњење од стране јавног тужиоца, није апсолутног карактера. Она није потребна ако је кривично дело учињено према иностраном добру, и када прописана казна није ограничена посебним минимумом, уз додатни услов да је проузрокована штета незнатна. Стога је за примену начела опортунитета у редовном кривичном поступку у већини ситуација неопходна сагласност суда. Међутим, сходно изричитој одредби *JGG*, за дискреционо гоњење малолетника није потребна сагласност суда.

Дискрециона оцена целисходности покретања кривичног поступка према малолетницима предвиђена је и у хрватском праву. Према одредби чл. 63. ст. 1. Закона о судовима за младеж, примена начела опортунитета кривичног гоњења је могућа, ако је извршено кривично дело за које се може изрећи новчана казна или казна затвора до пет година, под условом да природа кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства сврсисходним чине непокретање кривичног поступка. Слични су и услови за дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената предвиђени Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине (чл. 352). Једино је горња граница казне за извршено кривично дело, као услов за примену начела опортунитета, три године затвора. Исти приступ има и словеначки законодавац (чл.466 ЗКП).

дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, Службени гласник, 2005, стр. 145.

⁴ Према ранијој регулативи, јавни тужилац, у овој ситуацији, није морао да учествује у кривичном поступку (чл. 478. ЗКП). То је представљало драстично одступање од начела оптужбе

2.2. Условно покретање кривичног поступка према малолетницима

Дискреционо кривично гођење малолетних делинквената може се манифестовати и условним покретањем кривичног поступка према малолетницима (тзв. условни опортунитет). Реч је о новој установи, прописаној новоуспостављеним аутономним малолетничким кривичним правом Србије. Идеја законодавца је да се мерама из спектра диверзионог реаговања, под одређеним условима, избегне покретање кривичног поступка. Тако би се избегле стигматизирајући и трауматични ефекти покретања кривичног поступка.

Услови за условно покретање кривичног поступка према малолетницима предвиђени су Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Србије. Најпре, супституисање кривичног поступка мерама диверзионог карактера могуће је уколико су испуњени услови за примену начела опортунитета, предвиђени одредбом чл. 58. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Стога је овај вид дискреционог поступања јавног тужиоца за малолетнике могућ у случају извршења кривичних дела за које се може изрећи казна затвора до пет година. Циљ ових мера је да се, када је год то могуће, предупреди вођење кривичног поступка према малолетним делинквентима. Као нови инструменти друштвеног супротстављања преступничком понашању малолетника, васпитни налози су предвиђени одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (чл. 5-9 ЗМ). Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица предвиђа се и сврха васпитних налога (чл. 6). У основи, она одговара циљевима диверзионог кривичног модела. Улога васпитног налога је, дакле, да се предупреди покретање кривичног поступка према малолетницима, односно да се покренути поступак обустави. Овим мерама *sui generis*, друштвена реакција према малолетним преступницима, преображава се у примарно, непенално, реаговање. Тиме се утиче на јачање личне одговорности малолетника, а постижу се и циљеви специјалне превенције

Други услов за примену овог вида дискреционог поступања јавног тужиоца за малолетнике је пристанак малолетника и његових родитеља (односно стараоца или усвојоца) за извршење једног или више васпитних налога.

Примену васпитних налога могу одредити јавни тужилац за малолетнике и судија за малолетнике (чл. 5. ст. 2). За примену васпитних налога, потребно је и да малолетник призна извршење кривичног дела као и да има одређени однос према кривичном делу и оштећеном (чл. 5. ст. 3. ЗМ).

Процена односа малолетног преступника према кривичном делу и оштећеном, као субјективних услова за примену васпитних налога, у искључивој је надлежности јавног тужиоца и судије за малолетнике. Малолетник мора бити спреман да испуни обавезе из васпитног налога. Дакле, законодавац разликује пристанак на примену васпитног налога од спремности да се обавезе одређене овом мером испуне. То је последица чињенице да се обавезе изречене васпитним налогом извршавају у дужем временском периоду. Стога декларативно изјашњење о прихватању васпитног налога није довољно за непокретање кривичног поступка.

Последица евентуалног неиспуњења васпитног налога је право јавног тужиоца за малолетнике да поднесе захтев за покретање припремног поступка према малолетницима (чл. 62. ст. 5. ЗМ), а судија за малолетнике може од јавног тужиоца затражити подношење образложеног предлога за изрицање кривичне санкције малолетнику (чл. 71. ст. 6. ЗМ). Уколико јавни тужилац за малолетнике не поступи у складу са захтевом судије за малолетнике, веће за малолетнике вишег суда може, због неиспуњења васпитног налога, донети одлуку о покретању кривичног поступка према малолетницима (чл. 70. ст. 2. ЗМ).

Малолетном преступнику може се изрећи следећи васпитни налози (чл. 7. ЗМ):

- а) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела;
- б) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао;
- в) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја;
- г) подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога;
- д) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту

Васпитни налог може да траје најдуже шест месеци (чл. 8. ст. 2. ЗМ), а у том року може се заменити другим васпитним налогом или укинути. Одлука о одређивању васпитног налога доноси се ван формалног кривичног поступка, и приликом доношења ове одлуке не прецизира се рок трајања васпитних налога. Примена васпитних налога регулише се посебним подзаконским актом (чл. 86. ЗМ).⁵

Овлашћењем на условно покретање кривичног поступка, јавни тужилац за малолетнике може својом дискреционом оценом онемогућити суд за малолетнике да утврди евентуалну кривицу малолетника. Јавни

⁵ Више о васпитним налозима види рад аутора овога чланка: Васпитни налози као вид диверзионог реаговања на малолетничку делинквенцију, Правна ријеч, часопис за правну теорију и праксу, Бањалука, 2008, стр. 125-137.

тужилац за малолетнике, дакле, може својом одлуком неутралисати могућност изрицања кривичних санкција. Тиме јавни тужилац за малолетнике, на неки начин, врши и у функцију суђења, чиме се нарушава начело монофункционалности! Имајући у виду висок капацитет овлашћења јавног тужиоца за малолетнике у погледу условног покретања кривичног поступка, поставља се питање да ли је на адекватан начин обезбеђена контрола његовог поступања у овој ситуацији. За разлику од дискреционог поступања јавног тужиоца за малолетнике приликом покретања кривичног поступка, или приликом извршења кривичних санкција према малолетницима, оштећени и орган старатељства не могу иницирати судску контролу условног покретања кривичног поступка према малолетницима. Улога оштећеног у контроли поступања јавног тужиоца за малолетнике којом се покретање кривичног поступка супституише изрицањем васпитних налога, знатно је редуцирана. Наиме, сагласност оштећеног је потребно само приликом изрицања једног васпитног налога-поравнања са оштећеним, што логично и произлази из самог карактера ове мере. Без обзира што се осталим васпитним налозима из надлеж ности јавног тужиоца за малолетнике (редовно похађање школе и посла) може реаговати на кривична дела која спадају у тзв. средњи криминалитет (запређених казном затвора и до пет година), па чак и за квалификоване видове појединих кривичних дела, законодавац није предвидео контролне механизме за поступање јавног тужиоца за малолетнике у овој ситуацији!

Контрола условног покретања кривичног поступка према малолетницима, као вида дискреционог гоњење ове категорије учинилаца кривичних дела, могла би се вршити на више начина. Прво, могла би се предвидети судска контрола условног покретања кривичног гоњења, која би се манифестовала обавезом давања сагласности суда за малолетнике на одлуку о одређивању васпитних налога, као алтернативи покретању кривичног поступка према малолетницима. У том случају, применио би се исти образац поступања суда као код одлагања кривичног гоњења пунолетних учинилаца. Друга солуција је да се предвиди обавезност давања сагласности оштећеног за дискреционо поступање јавног тужиоца за малолетнике приликом одређивања свих врсти васпитних налога (а не само код једног, што је стање *de lege lata*). Најзад, могуће је овластити орган старатељства да иницира контролу одлуке јавног тужиоца за малолетнике о непокретању кривичног поступка уз услов извршења васпитних налога од стране већа непосредно вишег суда. Овим би се поступило аналогно ситуацији контроле "стандардних" видова дискреционог гоњења малолетника-приликом покретања кривичног поступка према малолетницима и приликом извршења кривичног дела за време издржавања васпитних мера или казне малолетничког затвора.

Без обзира што се у кривичном поступку према малолетницима предоминантно штите друштвени интереси, што се процесно манифестује кроз ексклузивну улогу јавног тужиоца приликом иницирања овога поступка, разлози правичности налажу и уважавање легитимних интереса оштећеног. За већу улогу оштећеног приликом иницирања кривичног гоњења пледира и Препорука Р (87) 18 Комитета министара Савета Европе. За остваривање друштвеног интереса пријемчивије је да се они остварују без употребе класичног репресивног механизма. Но, питање је да ли би тиме друга страна кривичноправног односа добила сатисфакцију у пуном опсегу. Уосталом, интенција српског *lex specialis* закона из области малолетничког преступништва је и заштита малолетних лица, жртава кривичних дела, што је очито и из његовог пуног назива. Стога се чини да би активна процесна позиција оштећеног, као вид контроле овог вида дискреционог поступања јавног тужиоца за малолетнике, било најбоље решење.⁶

Непокретање кривичног поступка према малолетницима, уз примену инструмената диверзионог карактера, заступљено је и у праву Немачке (§ 15. JGG), Хрватске, (чл. 64. Закона о судовима за младеж), Босне и Херцеговине (чл. 353. КЗ БИХ), и других земаља.

2.3. Опортунитет приликом извршења казне

Дискреционо поступање јавног тужиоца за малолетнике могуће је и у случају када малолетник, у току извршавања васпитне мере или казне, учини друго кривично дело, или се сазна за раније извршено кривично дело. У овој ситуацији, јавни тужилац може процењивати целисходност иницирања кривичног поступка према малолетнику, за кривично дело учињено у току извршења васпитне мере, или казне малолетничког затвора. Приликом процењивања целисходности покретања кривичног поступка, јавни тужилац за малолетнике мора узети у обзир тежину извршеног кривичног дела, и казну, или васпитну меру, која се извршава (чл. 58. ст. 3. ЗМ). Ако јавни тужилац за малолетнике закључи да, узимајући у обзир ове околности, није целисходно покретање кривичног поступка према малолетнику, одлучиће да не захтева покретање кривичног поступка за друго кривично дело.

Природа и околности кривичног дела које је учињено, као и ранији живот и својства малолетника не спадају у околности релевантне за процену целисходности покретања кривичног поступка за ново кривично дело. Претпостављени разлог за непостојање обавезе јавног тужиоца за малолетнике да испитује ранији живот и својства малетника чињеница у овој ситуацији је да су те околности утврђене приликом изрицања кривичне санкције. Међутим, околности под којима је кривично дело извршено за

⁶ Супротно: проф. др Ђорђе Лазин, *op. cit.* стр. 180.

време издржавања кривичне санкције могу указивати на неделотворност постојећег третмана малолетнике. Осим тога, кривична дела исте апстрактне тежине (конкретизоване кроз висину запрећене казне) не морају имати исти интензитет нарушавања заштићеног добра. Из ових разлога требало би и околности под којима је извршено кривично дело за време кривичноправног третмана уврстити у круг оних, које су релевантне за процену целисходности покретања кривичног поступка за кривично дело извршено по санкционисању ранијег некомформистичког понашања малолетника.

Интересантно је напоменути, да одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица опортунитет гоњења за кривично дело извршено на издржавању васпитне мере или казне малолетничког затвора није директно условљен висином казне предвиђене за то кривично дело. Дискреционој оцени јавног тужиоца за малолетнике препуштено је да утврди да ли тежина новоизвршеног кривичног дела чини сврсисходним покретање новог кривичног поступка, или његово изостанак по основу примене принципа опортунитета кривичног гоњења.

Дискреционо гоњење малолетника који је кривично дело извршио за време издржавања васпитне мере (са који се изједначава и време покретања поступка за изрицање васпитне мере) предвиђено је и немачким JGG. Одредбом § 45. ст. 2. овог, примарног, извора немачког малолетничког кривичног права омогућава се примена начела опортунитета кривичног гоњења и у случају да малолетник настоји да постигне поравнање са оштећеним. Дакле, малолетник може предупредити вођење кривичног поступка, уколико испољи намера за поравнањем. На овај начин се у већој мери уважавају интереси оштећеног у кривичном поступку према малолетницима, чија је заштита на нешто нижем ниво него у редовном кривичном поступку.⁷ Овај вид дискреционог гоњења малолетника заступљен је и у праву Хрватске (чл. 65. ст. 1. Закона о судовима за младеж) и Босне и Херцеговине (чл. 352. ст. 3. ЗКП).

2.4. Дискреционо поступање суда у кривичном поступку према малолетницима

Јавни тужилац за малолетнике, приликом располагања кривичноправним захтевом државе за кажњавање малолетника, може одлучити да не покрене кривични поступак, или да га замени одређивањем васпитног налога. На тај начин, јавни тужилац за малолетнике манифестује своје овлашћење за дискреционо гоњење малолетника у пуном капацитету.

⁷ Милан Шкулић, Ивана Стевановић, Малолетни делинквенти у Србији, Југословенски центар за права детета, Београд, 1999, стр. 99.

Након покретања кривичног поступка за малолетнике, не престаје могућност јавног тужиоца за малолетнике да активно учествује у процени целисходности покренутог кривичног поступка. Међутим, за разлику од његових дискреционих овлашћења приликом покретања кривичног поступка према малолетницима, улога јавног тужиоца за малолетнике у току кривичног поступка је иницијативне природе. Наиме, јавни тужилац за малолетнике може иницирати поступак преиспитивања целисходности покренутог кривичног поступка према малолетницима. Коначну реч о сврси даљег тока поступка даје суд, који одлучује о утемељености иницијативе за обуставу кривичног поступка према малолетницима због нецелисходности.

Законска могућност суда да обустави покренути кривични поступак према малолетницима због нецелисходности представља новину, прописану Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Поступајући по иницијативи јавног тужиоца за малолетнике за процену целисходности даљег тока поступка, суд за малолетнике може обуставити кривични поступак због нецелисходности. Поред тога, могућа је и условна обустава кривичног поступка према малолетницима, уколико малолетник изврши неки од васпитних налога.

2.4.1. Обустава кривичног поступка према малолетницима због нецелисходности

Јавни тужилац за малолетнике може у току припремног поступка према малолетницима, или по окончању овога стадијума поступка, ставити предлог суду за малолетнике да обустави кривични поступак због нецелисходности. Предлог јавног тужиоца за малолетнике може се заснивати на постојању услова предвиђених за непокретање кривичног поступка према малолетницима услед нецелисходности (чл. 58. ст. 1. ЗМ). То значи да је обустава кривичног поступка према малолетницима могућа, ако је извршено кривично дело за које је запрећена казна до пет година затвора, а природа дела, околности под којима је извршено, ранији живот малолетника и његова лична својства, указују да је нецелисходно наставити поступак. Одредба чл. 70. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица омогућава и процену целисходности поступка покренутог против малолетника који је, за време извршења кривичне санкције, учинио ново кривично дело. О намери за иницирање процене целисходности наставка кривичног поступка према малолетницима, јавни тужилац за малолетника мора обавестити орган старатељства, који, о свом неслагању са предлогом, може обавестити судију за малолетнике (чл. 70. ст. 1. ЗМ).

Судија за малолетнике, уколико се сагласи с предлогом јавног тужиоца за малолетнике, може обуставити кривични поступак за малолетнике. Притом је неопходан изостанак противљења органа

старатељства намери јавног тужиоца за малолетнике да издејствује обуставу поступка због нецелисходности. Уколико, пак, судија за малолетнике сматра да не постоје услови за обуставу поступка, или се иницијативи за дискреционо поступање суда противи орган старатељства, судија за малолетник има обавезу, да у року од три дана, затражи одлуку већа за малолетнике непосредно вишег суда (чл. 70. ст. 2. ЗМ).

Веће за малолетнике вишег суда представља коначну инстанцу за одлучивање о заснованости предлога јавног тужиоца за малолетнике да обустави кривични поступак из дискреционих разлога. Оно може прихватити предлог јавног тужиоца за малолетнике, и обуставити покренути кривични поступак. Овлашћено је и да одбије предлог за обуставу кривичног поступка, при чему, јавни тужилац за малолетнике мора учествовати у наставку поступка. Веће за малолетнике вишег суда може прихватити предлог јавног тужиоца за малолетнике, али уз условљавање обуставе кривичног поступка извршењем васпитних налога. Притом се малолетнику могу изрећи и васпитни налози које ексклузивно изриче веће за малолетнике (одвикавање од алкохола и дроге и третман у одговарајућој установи или саветовалишту-чл. 7. ЗМ).

2.4.2. Условна обустава кривичног поступка према малолетницима

Условна обустава кривичног поступка према малолетницима, као, уосталом, и условно покретање овога поступка, представља новину у позитивном малолетничком кривичном праву Србије. Пошто је диспозиција јавног тужиоца за малолетнике да диверзионим средствима (васпитним налозима) предупреди покретање кривичног поступка према малолетницима због нецелисходности престала покретањем тога поступка, једини начин даљег дискреционог поступања је иницирање одлуке суда у том смеру. Јавни тужилац за малолетнике може до краја припремног поступка према малолетницима предложити суду за малолетнике да обустави покренути кривични поступак, уз услов да малолетник изврши неки од васпитних налога.

Уколико судија за малолетнике процени да је иницијатива јавног тужиоца за малолетнике основана, одредиће малолетнику да изврши неки од предвиђених васпитних налога. Приликом одређивања ових мера диверзионог карактера, судија за малолетника је обавезан да води рачуна да оне буду прилагођене личности малолетника и прилика у којима он живи, процењујући, притом, спремност малолетника да испуни преузете обавезе (чл. 71. ст. 3. ЗМ). Ако је обустава кривичног поступка условљена поравнањем малолетника са оштећеним, потребна је и сагласност оштећеног (чл. 71. ст. 4. ЗМ).

Судија за малолетника може сматрати да иницијатива јавног тужиоца за малолетнике за условну обуставу кривичног поступка није основана. У том

случају, одлуку о овој иницијативи, у року од осам дана, доноси веће за малолетнике. Веће за малолетнике је овлашћено да обустави кривични поступак према малолетницима, и да одреди неки од законом предвиђених васпитних налога. Притом, веће није везано предлогом јавног тужиоца за малолетнике, те, стога, може одредити и васпитне налоге медицинског карактера, чије одређивање не спада у надлежност јавног тужиоца за малолетнике.

Кривични поступак према малолетницима биће, сагласно логици овог вида дискреционог поступања суда, обустављен, ако малолетник изврши све обавезе из изреченог васпитног налога. Решење о обустави поступка заснива се на извештају органа старатељства (чл. 71. ст. 5. ЗМ). О донетој одлуци обавештава се оштећени, који нема правне инструменте за њено побијање (чл. 71. ст. 7. ЗМ). Оштећени није овлашћен за инцирање судске контроле ове одлуке, а и, сагласно архитектури овог посебног кривичног поступка нема права на супсидијарну тужбу

Ако малолетник не изврши васпитни налог, или га изврши само делимично, али у мери у која оправдава даље вођење поступка, судија за малолетнике о томе обавештава јавног тужиоца за малолетнике. Јавни тужилац за малолетнике може у року од осам дана поднети предлог за изрицање кривичне санкције малолетнику, или предложити суду обуставу поступка по основу начела легалитета кривичног гоњења (јер нема законских услова за гоњење), односно опортунитета (није целисходно вођење поступка због тежине и природе кривичног дела и околности везаних за учиниоца, или због извршења дела за време издржавања кривичне санкције за раније учињено кривично дело). На овај начин, јавни тужилац ревитализује своју иницијативу, у смеру дискреционог кривичног гоњења малолетних делинквената.

Условна обустава кривичног поступка егзистира и у немачком праву. Према одредби § 47. ст. 2. JGG, судија може, уз сагласност државног тужиоца, донети закључак о обустави поступка, и одређивању "поступања по налозима, препорукама и одређеним васпитним мерама". За разлику од нашег права, овај вид дискреционог поступања могућ је у централном стадијуму кривичног поступка према малолетницима - на главној расправи.

Prof. Saša Knežević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

DISCRETIONARY PROSECUTION OF JUVENILE DELINQUENTS

Summary

Being an exponent of the state, the public prosecutor is obliged to initiate the prosecution of the criminal offender *ex officio* even in case when the prosecutor has a minimal reason to believe that the criminal act has been committed. Generally speaking, the public prosecutor has no authority to estimate whether the criminal prosecution of the suspected criminal offender is opportune and justifiable.

In some cases, however, the strict principle of legality in initiating the criminal prosecution *ex officio* has been relatively relaxed by the prosecutor's authority to determine whether the criminal prosecution is opportune and justifiable. This is a result of the legislator's intention to create optimal presumptions for exercising the criminal prosecution of the suspects, by observing the principle on the economic efficiency of the proceedings.

However, this authority certainly does not imply arbitrariness and voluntarism. In the process of assessing the justifiability of initiating a criminal proceeding, the prosecutor has to be guided by the public interest. In determining whether the criminal prosecution is opportune, the prosecutor's obligation to prosecute the perpetrators of a criminal act is not automatically transformed into the right to prosecute. As opposed to the obligation to prosecute deriving from the principle of legality (which is based on the legal provision), the obligation to prosecute on the grounds of the principle of justifiability (discretionary prosecution) rests on the public prosecutor's estimate whether to initiate a criminal proceeding in a specific case.

In criminal proceedings against juvenile offenders, the principle of determining whether the criminal prosecution is opportune may be demonstrated in different procedural situations. First, the public prosecutor is authorized to estimate the justifiability of initiating the criminal proceeding against juvenile offenders. The discretionary powers of the public prosecutor dealing with minors are further enlarged by his authority to conditionally initiate a criminal proceeding against a minor. This so-called conditional justifiability is a novelty in the Serbian juvenile criminal law. It may also be exercised in the course of enforcing a criminal sanction. Finally, the justifiability of criminal prosecution may be also manifested

in the authority of a court for juvenile offenders to terminate the criminal proceeding against a minor, either irrevocably or conditionally.

Key words: juvenile offender, discretionary prosecution, justifiability, public prosecutor for juvenile offenders, juvenile offenders' court, court orders on educational measures

UDK: 343.811-055.2

Дарко Димовски, сарадник у настави
Правни факултет Универзитета у Нишу

ЗАТВОРИ ЗА ЖЕНЕ

***Апстракт:** У раду аутор се бавио питањима значајним за историјски развој затвора за жене почев од развоја затвора у античком добу, па све до развоја савремених пенитенцијарних установа за жене намењених за издржавање казне затвора, у којима се примењују савремени третмани ресоцијализације који омогућавају успешно укључивање жена, након издржане казне затвора, у друштво као његових корисних чланова. Аутор је посебно обрађивао англо-саксонски пенитенцијарни систем, уз обраду финског пенитенцијарног система, као представника континенталног система који је највише одмакао у примени савремених третмана ресоцијализације.*

***Кључне речи:** криминалитет жена, затвори за жене, жене осуђенице*

УВОД

Пенологија је наука која је доживела пуну афирмацију у XX веку.¹ Бројне су пенолошке теме које изазивају интересовање како научне, тако и шире јавности. Неке од тих тема су детаљно обрађене, док се неким припадаје веома мала пажња, иако су веома интересантне.

Како се сматра да је криминалитет пре свега “мушка појава“ и да су кривични закони писани од мушкараца и за мушкарце,² мало пажње је посвећено криминалитету жена, женама као извршитељкама кривичних дела и њиховом третману како у упоредном, тако и у нашем праву. Од бројних могућности вршења истраживачких и теоријских радова на ову тему, посебно је интересантна област „затвори за жене“. Радови, који постоје на ову тему,

¹ У модерној домаћој литератури Пенологија се одређује као “самостална правна дисциплина о различитим облицима друштвене реакције на криминалитет, кривичним санкцијама, начину њиховог извршења, различитим моделима ресторативне правде примењеним у затвору, као и поступању са извршиоцима кривичних дела, у циљу њихове успешне ресоцијализације, социјалне рахабилитације и спречавања будућег криминалног понашања“. Видети опширније: Константиновић Вилић, С., Костић, М. “Пенологија, СБЕН, Ниш 2006. година, страна 16.

² Константиновић Вилић, С., Жене убице, Градина, Ниш 1986. година, страна 7.

су непотпуни јер се баве само одређеним деловима ове области или, ако и постоје радови који обухватају целу област, не постоји рад који би се бавио решењима у упоредном и домаћем законодавству.

У чланку постоји тежња да се обједине најинтересантнија и најнапреднија решења из упоредног права. Такође, неопходно је скренути пажњу, због чега се аутор чланка бавио овом темом, а то је скретање пажње стручне и шире јавности на области у којима наш законодавац још мора радити како би достигао стандарде и решења најразвијенијих и најнапреднијих пенитенцијарних система у свету.

У методолошком смислу прикупљање емпиријских чињеница представљало је посебну тешкоћу. Мали обим доступних радова, у домаћој и иностраној литератури, управо указује на недовољно интересовање научне, стручне и опште јавности за ову тему. Бројни подаци потичу из радова објављених на интернет страницама.

1. Први облици затварања и први затвори

Реч затвор се има разна значења у зависности од друштвених наука у којима се употребљава. Затвор се може дефинисати као “установа где се извршавају затворске казне по правоснажној и извршној пресуди суда”.³ Ово значење речи затвор одговара њеној употреби у пенологији. У кривичном праву затвор је казна лишења слободе која се може изрећи само ако је предвиђена законом. Реч затвор у социолошком смислу представља постојање формалне односно неформалне затворске заједнице.⁴

Први затвори се спомињу још у античко доба. Стари Јевреји су имали посебне речи која су употребљавана да би означиле врсту затвора који су постојали. Затвори су постојали и код других античких народа. Затвори су се налазили бунарима, подрумима и напуштеним тврђавама и кулама. Сврха постојања затвора у том времену је била чување затвореника од бекства до суђења или до извршења неке телесне казне. У Старом Риму је постајао затвор под називом “Mamertine”. Овај затвор се састојао од две просторије. Доња просторија са звала “Tullianum”. У доњој просторији су чувани Картагињани до погубљења.

Средњовековни затвори се нису много разликовали од старовековних затвора. Сврха њиховог постојања је била иста као и у старом веку. До затварања је долазило како због неизмиравања дуга тако и због превентивног дејства. Међутим, у Статуту Вестминстера је било предвиђено да се за злочин силовања извршиоцу кривичног дела има изрећи казна затвора од две године. У Данској је за убиство, крајем XIII века, била предвиђена казна доживотног

³ Видети: Затвор, <http://hr.wikipedia.org/wiki/Zatvor>, приступ 20. март 2008. година

⁴ Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, страна 119.

затвора. У Немачкој је 1532. године, за време цара Карла Великог, донет Општеномачки Кривични Законик, који је предвиђао казну доживотног затвора. Систематско кажњавање лишењем слободe у средњем веку није постојало.⁵

Као први пример објекта намењеног искључиво превентивном дејству наводи се дворaц Брајдвел у Лондону. Његово оснивање се везује за 1553. годину када га је Едуард VI поклатио граду. Због одузимања земље од сељака и претварања у пашњаке долази до тога да велики број сељака немајући извор прихода лута улицама Лондона и ствара проблеме локалним властима. Решење овог проблема је нађено у промени намене дворца Брајдвел.⁶

Оваква врста затвора се брзо распрострала и у другим европским земљама. У тим затворима није постојао никакав ред. Није долазило до одвајања затвореника према полу, годинама, рецидивизму и другим критеријумима. Због свега тога врло често је долазило до побуна и нереда. Поучени таквим искуством Холанђани оснивају 1595. године Завод за малолетнике, а годину дана касније и затвор за жене. Жене су се у овом затвору бавиле предењем.

Овакав начин затварања се примењује и у осталим земљама средње Европе. За време Папе Климента XI дошло је до изградње два затвора у Риму. Први је саграђен 1704. године и носио је назив “Дечји завод Св. Михајла”. Овај затвор је био намењен затварању дечака према којима су примењивале васпитне мере. Други затвор био је саграђен 1735. године и био је намењен затварању извршилаца кривичних дела женског пола.

Године 1608. у Шпанији долази до оснивања тзв. Магдаленине куће намењене проституткама и непослушним женама, која је добила назив по мајци Магдалени која је управљала затвором. Затворенице су морале да носе грубу платнену одећу и главе су им биле обријане. Није био допуштен разговор између затвореница. Овај затвор је био познат по великој округлости.

Први затвор који је био намењен искључиво затварању жена основан је у Амстердаму 1645. године. Затвор је носио име “Spinhuis” и у њему су биле смештене жене скитнице, просјакиње и проститутке на принудни рад.⁷ Аустријска царица Марија Тереза је 1759. године основала у Милану поправни дом капацитета 140 ћелија, од којих су 20 било намењено деци а 25 намењено женама. У Француској је дошло до оснивања прихватилишта у коме је подела радова извршена на тај начин да су мушкарци ткали, а жене шиле и преле. Ово прихватилиште је основано у граду Ненсију 1770. године.

У затворима насталим у периоду од XVI до XVIII века није се спроводила класификација осуђеника. Затвори су били легло порока и

⁵ Ibid.

⁶ Константиновић Вилић, С., Ђурђић, В., Петрушић, Н., *Казнено-поправни завод у Нишу- 90 година*, Ниш 2001. година, страна 5.

⁷ Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, страна 211.

неморала. Долазило је до пљачкања осуђеника од стране затворског особља. У тадашњим затворима су “владале“ разне заразне болести. Постојала је висока стопа смртности међу осуђеницима. На основу критике оваквог стања у затворима од стране истакнутих филозофа и правника, у XIX веку долази до екстерне класификације осуђеника по полу. До одвајања осуђеника по полу долази због бојазности од промискуитета.

У XIX веку и првим деценијама XX века затвори су виђени као институције који требају да имају контролу над сваким делом живота затвореника. Оваква ситуација је промењена у каснијим деценијама XX века увођењем независне треће стране, чији је задатак да врши надзор над стањем у затворима. Тако су Великој Британији и државама Западне Аустралије уведени инспектори који врше надзор над стањем у затворима, док су у земљама континенталне Европе уведене судије који имају исти задатак.⁸

Општеприхваћена подела затвора у свету је подела на казнено-поправне заводе и окружне затворе. Казнено-поправни заводи се даље деле на завод за жене, завод за малолетна лица и заводе затвореног типа. Затвори се такође могу поделити на затворе затвореног, полуотвореног и затвореног типа. Ова подела је веома битна за индивидуализацију казне затвора.

2. Затвори за жене у упоредном праву

Пенитенцијарни системи се разликују међусобно. Сви затвори у Европи пролазе кроз процес модернизације тежећи смањивању принуде и прилагођавању промена у друштву. Сви пенитенцијарни системи у Европи теже развијању програма који би мотивисали затворенике, смањили сукобе између осуђеника и побољшали резултате третмане рада.⁸ Законодавста у европским земљама су прихватила остваривање идеја и права предвиђеним међународним документима. Неке европске земље су отишле у примени ових права и корак даље, оснивајући већи број установа полуотвореног и отвореног типа на својим територијама, примењујући напредне облике третмана приликом ресоцијализације осуђеника и не постављајући никакве разлике између осуђеника и осуђеница. Изучавањем различитих материјала које се баве пенитенцијарним системима у Европи и свету, долази се до закључка да су најрепрезентативнији примери земаља које су направиле велики корак ка имплементацији и даљем развоју законодавства и праксе у вези са пенитенцијарним системом управо Финска, Енглеска и САД.

2.1. Затвори за жене у Финској

Као и у већини земаља у свету, и у Финској казна затвора представља најтежу кривичну санкцију. Као доживотни затвор се јавља уколико је

⁸ Видети: <http://www.eipa.eu/en/activities/show>, приступ 25. април 2008. године

учинилац кривичног дела извршио кривично дело убиства са умишљајем. Не постоје никакве разлике за изрицање казне затвора између мушких и женских учинилаца кривичних дела. Број осуђеница у Финској износи 5% од броја осуђеника. Не постоји никаква разлика између начина издржавања казне затвора жена и мушкараца.

Жене казну затвора издржавају у установама отвореног типа, које су за то предвиђене и у једином женском затвору који се зове "Nameenlina Central Prison". Овај затвор је основан у оквиру замка Хаме у XVI веку. Сматра се да је замак саграђен при крају XIII века од стране Ирла Великог.⁹ Овај замак служио је као у затвор у периоду од 1837. до 1972. године.¹⁰ На почетку је служио као окружни затвор, а од 1881. године служи као затвор који је намењен искључиво женама. Године 1972. изграђен је нови "Nameenlina Central Prison". Међутим, последњи осуђеник је из старог у нови затвор пребачен у току 1993. године. Стари затвор данас представља музеј о издржавању казне затвора у Финској.

Нови "Nameenlina Central Prison" се састоји од централног затвора у коме се смештају и жене и мушкарци, затворске болнице, отворене колоније за мушкарце и специјалне затворске јединице "Vanaja"¹¹ у којој се примењује специјални програм рехабилитације за жене и мушкарце. Циљ изградње новог затвора је што више изједначавање услова живота у затвору са условима живота ван затвора.

Централни затвор је установа са максималним обезбеђењем. Централни затвор представља једину установу у Финској таквог типа у којем казну затвора издржавају осуђенице. Осуђенице издржавају казну затвора одвојене од осуђеника. Капацитет за осуђенике износи 76 места, а за осуђенице износи 112 места. Сходно циљу изградње овог затвора, постоје мешовите радне групе, заједнички курсеви и заједничке проповеди. Затвор је ограђен само жичаном оградом, јер је идеја изградње овог затвора била примена што мање репресије. Опремљен је сауном, теретаном и спортским теренима.

Женски део затвора се састоји од седам блокова. У сваком блоку се налазе собе за спавање, соба за дневни боравак и затворска библиотека. Собе за спавање су распоређене са обе стране ходника, с тим што су са леве стране једнокреветне собе, а са десне стране двокреветне собе. Собе су опремљене креветом, ормаром, лавабоом и телевизором. Собе се током ноћи затварају. У сваком блоку постоји и кухиња. Квалитет хране је на високом нивоу. Постоји кантина која је одлично снабдевена. Намернице из кантине се купују преко

⁹ Видети: http://www.castles.org/castles/Europe/Scandinavia_Baltic/Finland/Hame.htm, приступ 3. април 2008. године

¹⁰ Видети: <http://www.muuka.com/finnishpumpkin/castles/hameenlinna/hameenlinna.html>, приступ 3. април 2008. године

¹¹ "Vanaja" представља отворену јединицу која је удаљена десетак километра од "Nameenlina Central Prison". Овде осуђенице и осуђеници имају, поред радних обавеза, обавезу да буду субјекти рехабилитације.

рачуна. У два блока се налази највећи број осуђеница. Ова два блока се налазе на четвртном и петом спрату. Укупно их у оба блока има негде преко 40. Осуђенице са малом децом живе у посебном блоку. Дневни боравак овог блока је препун играчака за децу. У овом блоку постоје само једнокреветне собе у којима се налази креветац. Осуђенице из овог блока су ослобођене обавезе да раде. Њихова основна обавеза је брига о сопственој деци. Деца могу остати у овом блоку до своје навршене треће године. Након тога се она шаљу у “Vanaji” или се шаљу у породицу. Следећи блок је намењен осуђеницама којима је потребно одвајање од осталих осуђеница. Собе у овом блоку су изоловане и у свакој соби постоји посебан тоалет. Наредна два блока су намењена осуђеницама према којима је потребно спровести програм одвикавања од алкохола или дроге. Ови блокови су уређени на принципу добровољности. У последњем блоку се налазе самице. До тога да нека осуђеница бива послата у самицу долази као последица кршења кућног реда затвора. Ову дисциплинску казну изриче затворски одбор или управник затвора. За разлику од соба у другим блокова, у самицама постоје камере које треба да омогуће надзор дежурном стражару затвора. Камера је инсталирана ради превенције, јер су постојали покушаји самоубиства и изазивања пожара.¹²

У овом затвору смештена је 81 осуђеница. Две трећине жена издржава казну затвора у овој институцији. Већина осуђеница су примарне осуђенице. Осуђенице су просечне старосне доби од 30 до 39 година. Просечна казна затвора које осуђенице издржавају износи од две до четири године. Највећи број жена осуђено је због извршења кривичних дела са елементом насиља као што су кривична дела доношења тешких и лаких телесних повреда и кривична дела убиства. Осуђенице су вршиле и кривична дела крађе, кривична дела у вези са дрогом и кривична дела у вези саобраћаја.

Осуђенице имају обавезу да раде. Од обавезе рада су ослобођене само осуђенице које се у затвору налазе са децом. Осуђенице током рада носе радну униформу имајући могућност замене радне униформе сопственом униформом уколико то желе када не раде. Осуђенице су запослене у кројачкој радњи или се баве израдом раличитих украса за новогодишње и божићне празнике. Осуђенице за свој рад добијају накнаду која је мања неколико пута од накнаде у отвореним установама. Због тога су осуђенице осуђенице ослобођене плаћана надокнаде за храну и смештај. Рад осуђеница је организован одвојено од осуђеника. Међутим, због тежње да се рад у затвору што више изједначи са радом ван затвора организоване су врло често мешовите групе.

Осуђенице које су ослобођене рада имају обавезу похађања курса или наставка сопственог школовања. Као курсеви се јављају курс енглеског

¹² Стевановић, И., *Затвори за жене у Финској*, Часопис о виктимизацији, људским правима и роду “Темид”, бр. 1, година 1, јануар 1998. године, страна 20

језика, курс финског језика који је намењен странкињама у финским затворима, курс који треба да помогне бившим осуђеницама приликом избора посла, курс компјутера и курс плеса. Циљ организовања ових курсева је обука осуђеница за запошљавање и учење комуникације у друштву. Диплома која се стекне на овим курсевима је у потпуности иста са дипломама које се стичу у редовним школама. То омогућује наставак школовања након издржана казне затвора. Предавачи на овим курсевима долазе из редовних школа. Такође се организује курсеви за описменавање.

Осуђенице су у обавези да раде четири дана у недељи по осам сати, док је радни дан петком скраћен на два сата и петнаест минута. За време ручка постоји пауза од сат времена. Након радног дана који се завршава у 5 сати после подне, осуђенице имају слободно време. Оне су потпуно слободне у организацији свога времена. Оне имају могућност читања, гледања телевизије, бављење спортским активностима. Неке осуђенице остају у соби, док неке своје слободно време искоришћавају за шетњу у трајању од сат времена. Право на одлазак у сауну осуђенице имају једном недељно. Време предвиђено за слободне активности траје од 5 до 7 сати после подне. Након тога, осуђенице имају вечеру.

У затвору постоји здравствени радник који се брине о здрављу осуђеница. Право на здравствену заштиту се остварује обраћањем осуђенице затворском особљу након чега ће бити упућене здравственом раднику. За осуђенице са тешко нарушеним здрављем намењена је затворска поликлиника која се налази у оквиру затвора. Затворска поликлиника је опремљена најсавременијим уређајима и апаратима. У њу се упућују осуђенице из целе Финске, због тога што друге здравствене институције не гледају благонаклоно на осуђенице. За наркоманке и алкохоличарке су предвиђени посебни програми који трају шест недеља.

Право на здравствену заштиту обухвата и право на посете зубару и право на посете очном лекару. Лечење зуба је бесплатно само у хитним случајевима, док се у осталим случајевима плаћа. Посете очном лекару су такође бесплатне.

У затвору постоји максимална допуштеност контакта осуђеница са својом породицом. Контакт се огледа у посећивању породице, у размени писама и контакту телефоном. Осуђеницама је у кантини омогућена куповина коверти, поштанских маркица и телефонских картица.

Као место одржавања посета је предвиђена сала за физичку културу. Посета траје 45 минута. Затворски чувари се брину о немогућности контакта између осуђенице и посете. Као дани за посете су предвиђени субота и недеља. За осуђенице које немају право да напусте затворски круг, организује се посета у посебно одређеним просторијама која траје 4 сата. Осуђенице имају право да искористе највише 6 дана на посете својој породици ван затвора. Ове посете се могу искористити у току 4 месеца.

За добро владање осуђенице стичу могућност преласка у отворени део овог затвора. За непоштовање кућног реда предвиђене су дисциплинске казне или губитак привилегија.

Као посебна затворска институција постоји “Vanaja”. Отворена је 1994. године. Она представља институцију отвореног карактера. Основна карактеристика ове институције је заједничко издржавање казне затвора мушкараца и жена. У ову институцију се смештају мушкарци и жене којима је прихваћена молба за смештај у ову институцију.

“Vanaja” је једина институција у Финској која омогућава заједнички боравак мужа и жене, уколико су истовремено осуђени на казну затвора. Даје се могућност да истовремено бораве и деца уколико их имају. За смештај осуђеница и осуђеника предвиђене су посебне просторије, при том даје се могућност жени и мушкарцу да једну недељу у месец дана проведу заједно.

Постоји обавеза свих осуђеника да се у пола осам јаве у централну зграду у којој се служи доручак потврђијући своје присуство. Са рехабилитацијом и радом се почиње у осам сати, а завршава се у четири после подне. Од рада су ослобођене мајке са децом. У току радног дана имају један сат паузе за ручак и две паузе за кафу. Вечера се служи у пола пет. После вечере постоји слободно време које свака осуђеница организује у складу са својим жељама. Осуђенице и осуђеници су плаћени за свој рад до 10 пута више од рада осуђеника и осуђеница у затворима затвореног типа. Од своје плате су дужни да надокнаде трошкове смештаја и хране.

Три зграде су намењене смештају лица у институцији “Vanaja”. Једна зграда је намењена смештају осуђеница, друга смештају осуђеника а трећа смештају осуђеница са децом. Осуђенице са децом имају могућност да свакодневно припремају оброке за себе и за своје дете, док је осталима ова могућност дата само суботом и недељом.

Поред институције “Vanaja” постоји отворена колонија “Jarvenraa” која је намењена смештају осуђеница. Карактеристика ове институције је непостојање посебних програма рехабилитације. Третман се своди на обавезу рада и обавезу похађања наставе. Рад се састоји у шивењу и ткању. Права осуђеница су у потпуности иста са правима других осуђеница које су смештене у отвореним установама.

Отворена колонија “Jarvenraa” се састоји од два дела. Први део је намењен смештају осуђеница а други део смештају особља које је запослено у колонији “Jarvenraa”. Први део се састоји од двеју зграда у којима се налазе собе за спавање и собе у које су намењене за слободно време. Собе се закључавају само на захтев осуђеница. У првом делу се налазе и зграде у којима се смештене кухиња, трпезарија и собе за посете. Измеђи првог и другог дела се налази ниска ограда.

2.2. Затвори за жене у Енглеској

У Енглеској постоји 17 затвора за жене. Они се деле на отворене, полу-отворене и затворене затворе. У затворском систему у Енглеској постоји 7 јединица у оквиру затвора за жене које омогућавају смештај мајке са дететом.

У последњих десетак година број жена осуђеница је драматично порастао. Године 1993. број жена осуђеница се кретао око 1500 осуђеница, док је број осуђеница 2006. године нарастао на 4248 осуђеница. Удео женске популације у укупном броју осуђеника креће се око 5,6%. У току 2004. године 36% осуђеница је издржавало казну затвора због кривичног дела везаног са дрогом а 17% осуђеница је издржавало казну затвора због насиља. Остале осуђенице су углавном починиле кривична дела крађе и разбојништва. Деветнаест посто осуђеница у женским затворима су странкиње. Око 75% осуђеница су мајке. Због малог броја затвора за жене у Енглеској жене издржавају казну затвора на већој удаљености него осуђеници, што представља додатни проблем у одржавању веза са породицом. Око 50% осуђеница се жали да је физички, психички и сексуално злостављано. Свака осуђеница која је трудна ће бити под надзором лекара. Таква осуђеница ће бити премештена у посебно одељење за труднице, уколико такво одељење постоји. Деци се дозвољава посећивање мајке углавном на исти начин као и другим људима.¹³

Од затвора за жене у Енглеској је интересантан затвор “Askham Grange“. Језгро затвора је саграђено 1886. године као приватно власништво. Овај затвор је основан 1947. године. “Askham Grange“ представља затвор прогресивног карактера.¹⁴ “Askham Grange“ је један од два затвора отвореног типа у Великој Британији. Простире се на област Јокшира и Хумберсајда. У затвору има места за 126 осуђеница. У затвору борави 101 белкиња и 21 осуђеница црне пути.

Затвор има 20 јединица за смештај осуђеница са децом. У затвору се налазе пунолетне и малолетне осуђенице. Смештај по осуђеници годишње кошта 19.775£. Главни део затвора се састоји од групних спаваона и једнокреветних соба.

Када осуђеница дође у затвор мора се испоштовати одређена процедура. Прво се од осуђенице одузимају личне ствари и стављају у кутију. Неке ствари могу бити задржане од стране осуђенице, а остале ствари вратиће јој се по одслужењу казне затвора. Након тога се осуђеници даје регистрациони број и она иде на туширање. Лекарски тим врши преглед осуђенице након туширања. Убрзо након доласка у затвор, осуђеница ће имати интервју са особљем за пробацију или са личним службеником.

¹³ Видети: http://www.hmprisonerservice.gov.uk/adviceandsupport/prison_life/femaleprisoners/, приступ 14. април 2008. године

¹⁴ Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. cit.*, страна 214.

Интервју представља могућност за осуђенице да кажу уколико имају неки проблем. Особље затвора има обавезу да помогне осуђеници уколико нешто не разуме или јој треба нека помоћ. Ради олакшавања живота у затвору, за нове осуђенице се организује састанак на којем се осуђеница упознаје са затвором и начином живота у њему.

Уколико се током издржавања казне осуђенице суоче са неким проблемом, оне се могу обратити затворском особљу како би покушали заједничким снагама да реше проблем. Осуђенице су веома задовољне њиховим односом са затворским особљем.

Како рад може обезбедити стицање особина које могу бити веома важне за постпенални живот, осуђенице су дужне да раде. Врста рада варира од затвора до затвора. Осуђенице се у затвору "Askham Grange" могу бавити кројачким пословима, различитим пословима везаних за компјутер и хортикултуром. Осуђенице су за свој рад плаћене. Накнада за рад је мања од накнаде за рад у мушким затворима. Затвор обезбеђује услове за развијање добре радне квалификације.

Влада сарађује са локалном заједницом и са затворским лекарским особљем како би успешно остварила свој циљ, а то је обезбеђивање здравствене заштите сличну оној коју би осуђенице добиле да су на слободи. На челу лекарског особља је менаџер. Осуђеницама је здравствена заштита доступна 12 сати дневно. Лекарско особље најчешће ће моћи да пружи здравствену заштиту за већину здравствених проблема. Уколико се здравствена заштита не може пружити на одговарајућем нивоу у оквиру "Askham Grange", осуђеница ће бити премештена у затвор у којем ће моћи добити одговарајућу негу или у локалну болницу.

Како затварање може бити трауматично искуство, у затвору постоји тзв. служба осуђеница чији је циљ олакшавање затворског живота пре свега примарним осуђеницама. Оваква служба омогућава развитак добрих односа на релацији осуђеница-осуђеница и осуђеница-затворско особље. Самарићани су доступни 24 сата сваког дана у току године. Они пружају емоционалну подршку осуђеницама. Разговор између осуђенице и самарићанина је поверљив.

"Askham Grange" је затвор у којем се дешава мали број самоповређивања и насиља. Посебна пажња се поклања програму борбе против насиља у затвору. У сарадњи са градским саветом града Лидса и породичним центром града Јорка успостављен је породични центар који доприноси одржавању везе између мајке и детета. Односи између затворског особља и осуђеница је на завидном нивоу. Затвор омогућава веома успешан процес реинтеграције у друштво. Затворенице су задовољне исхраном у затвору, али им је ограничена количина хране коју могу купити у кантини. У затвору не постоји могућност припремања хране од стране осуђеница. Неке осуђенице сматрају да из затвор треба обезбедити услове за ноћну активност

и више могућности за дружење током викенда. Библиотека има добар фонд књига и од недавно је снабдевена приступом интернету. Затвореницама је омогућено коришћење фитнес центра и гимнастичке сале.¹⁵

Други затвор у Енглеској интересантан за проучавање третмана осуђеница је затвор "Winchester". Затвор "Winchester" је саграђен 1846. године и представља затвор Викторијанског стила. Године 1963. изграђен је део за младе преступнике, али је 1995. године намена овог дела је промењена. Од те године је намењен за смештај осуђеница.¹⁶ Затвор "Winchester" је затвор за мушкарце, али је један део затвора намењен за осуђенице. Осуђеници и осуђенице казну затвора издржавају одвојени једни од других, тако да је могућност комуникације искључена. Део затвора у којем се смештене осуђенице је познат под називом "West Hill". Архитектура затвора се састоји из централног дела из којег се простиру пет зграда у облику зрака. Четири зграде су намењене смештају осуђеника и осуђеница, док је једна зграда намењена управи затвора. Капацитет затвора је 697 места.¹⁷ Већина осуђеника и осуђеница долази из региона Хемпшира. На почетку издржавања казне затвора сви осуђеници и осуђенице се упознају са основним знањима из курса прве помоћи, хигијене, здравља и безбедности.¹⁸

У оквиру затвора постоји тзв. тим за борбу против алкохолизма. Тим је мултидисциплинаран и састоји се из затворског особља, лица запослена по уговору и клиничких специјалиста. У затвору постоји део у којем се смештају осуђеници и осуђенице које имају проблеме са алкохолом, са смештајним капацитетом од 34 кревета.¹⁹ Највећи број зависника од алкохола су осуђеници, док је веома мали број осуђенице. Око 22 % осуђеника и осуђеница сматра да је кривично дело које су починили повезано са употребом алкохола. У затвору постоји и тим за борбу против употребе дрога. Као и код тима за борбу против алкохолизма, тим за борбу против употребе дроге се састоји из стручњака из различитих области. Део затвора "West Hill" је направљен као део без дроге. У њему се врше редовни тестови на дрогу и пружа се подршка осуђеницама да не узимају психоактивне супстанце. Тим за борбу против употребе дрога спроводи две врсте програма. Један програм је намењен за осуђенице које издржавају кратку казну затвора и траје 4 недеље. Други програм је намењен за осуђенице на дуже казне затвора и траје 5 недеља.

Програм образовања се спроводи у сарадњи са Универзитетом Хајгхбури. Програм образовања обухвата основно образовање,

¹⁵ Видети: "Report on an unannounced short follow-up inspection of HMP/YOI Askham Grange 25-27 April 2006 by HM Chief Inspector of Prisons"

¹⁶ Видети: <http://www.im.gov.uk/annual-reports/>, страна 2, приступ 17. април 2008. године

¹⁷ Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/HMP_Winchester, приступ 17. април 2008. године

¹⁸ Видети: <http://www.hmprisonservice.gov.uk/prisoninformation/locateprison/>, приступ 17. април 2008. године

¹⁹ Видети: <http://www.ias.org.uk/resources/publications/alcoholalert/>, приступ 17. април 2008. године

информационе технологије, ликовну уметност, музику, глуму и стицање основних друштвених способности. Ови програми су одобрени од стране државе. Приликом образовања се користе рачунари. У делу “West Hill“ се спроводи ноћна настава. Образовање је доступно свима без обзира на ниво образовања. Универзитет у Винчестеру је омогућио својим студентима глуме да учествују у пројекту “Позориште у затвору“, чији је циљ укључивање осуђенице и осуђеника у прављењу представе и глумљењу. У току 2007. године изведено је 4 представе у сарадњи студената и осуђеница/ка.²⁰ У току 2007. године је покренут фестивал под именом “Улази и излази- рођење и смрт уметности и науке“. На фестивалу се излажу уметнички радови осуђеница и осуђеника. У затвору постоји гимнастичка сала коју могу користити осуђеници и осуђенице. Она је доступна на коришћење најмање један сат сваке недеље.

Затворско особље помаже бившим осуђеницама и осуђеницима по издржавању казне затвора да нађу посао и смештај. Локална заједница је укључена у омогућавање доступности информација и давања савета осуђеницама и осуђеницима преко волонтера Градског бироа за савете.²¹ Како је број самоубистава у затвору у порасту, затворском особљу је дозвољено ношење ножа помоћу кога би пресекли конопац који осуђеници и осуђенице користе приликом покушају самоубиства.²²

2.3. Затвори за жене у Америци

Затвори у Америци се налазе под јурисдикцијом федералне и државне владе. Казна затвора у Америци је једна од главних казни за извршење кривичних дела. Извршиоци кривичних дела која су мање опасна могу бити осуђени на кратку казну затвора или осуђени на алтернативне кривичне санкције као што су кућа на пола пута, условна осуда или надокнада штете. У Америци, ниво безбедности у затворима се креће од затвора са минималном безбедношћу до затвора са супермаксималним обезбеђењем у којима се шаљу на издржавање казне затвора најокорелији и најпознатији криминалци и терористи. Према подацима Министарства правде САД у затворима је у току 2006. године било 2.258.983 осуђеника. Од тога броја око 7 % су осуђенице.²³

Затвор за жене који се по много чему разликује од класичних затвора за жене је “Purdy Center“. Град Пурди налази се северно од града Гиг Харбор на северној граници Пиц Каунтија. Лоциран је на обалама долине Брли и залива Хендерсон.

²⁰ Видети: <http://www.winchester.ac.uk/>, приступ 19. април 2008. године

²¹ Видети: http://www.winchestercab.org.uk/pages/local_projects.htm, приступ 19. април 2008. године

²² Видети: <http://www.mindhacks.com/blog/>, приступ 19. април 2008. године

²³ Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Prisons_in_the_United_States, приступ 9. април 2008. године

Овај град је добио назив по трговцу Јозефу Пурдију који је дао материјал за градњу школске зграде у овој заједници осамдесетих година XIX века. Школа је била изграђена на земљи Хораса Кнапа који је поклонио земљу својој заједници. Ова област је насељена осамдесетих година XIX века.²⁴

“Purdy Center“ је затвор за жене који се простире приближно на 75 јутара земље. Грађани су 1966. године одобрили изградњу посебне установе за жене. Пре изградње ове установе осуђенице су биле затворене у посебном делу вашингтонског затвора за мушкарце у Вала Вали. Изградња затвора за жене је завршена у току 1971. године и осуђенице су пребачене у њега у току 1972. године. У њему могу бити максимално смештене 162 осуђенице. Зграда изгледа модерно и подсећа на студентски град.

Седамдесетих и осамдесетих година зграда је претрпела значајне промене због повећања броја осуђеница и због промена личних карактеристика осуђеница. У току 1992. године дошло је до повећања смештајних капацитета установе на 272 лежачева. У затвору је тренутно запошљено 495 људи. У току 2001. године је изграђен нови посебан комплекс за осуђенице којима је потребна медицинска и психолошка помоћ.²⁵

У овом затвору за жене учествује преко 600 волонтера из друштвене заједнице. Њихова улога може бити различита. Области у којима волонтери могу помоћи осуђеницама су образовање, религија, здравствене услуге и рекреација, постпенална помоћ, одвикавање од болести зависности и културна и етничка питања. Да би неко могао да постане волонтер потребно је да има преко 18 година и да има возачку дозволу, уколико то захтева његов волонтерски рад. Волонтери не смеју да буду припадници уже породице неке осуђенице и не смеју да буду оптужени за неко кривично дело.

У оквиру затвора делује и Национална група за одвикавање од наркотика и алкохола. У затвору делује женски извиђачки клуб. Клуб има за циљ да развије код осуђеница храброст, самоувереност и ојача њихов карактер. Клуб треба да помогне осуђеницама у превазилажењу одређених препрека.²⁶ У затвору постоји и делује и тзв. Друштвени сервисни тим који води рачуна о одржавању просторија и осветљења и о пољопривредним пословима.

У оквиру завода “Purdy“ се примењују неколико програма као што су друштвени колеџ “Такома“, затворски програм за љубимце, родитељски програм, програм “Брејли“ и корекционистичко-индустриски програм. Друштвени колеџ “Такома“ обезбеђује образовне програме који укључују информационе технологије, дизајн и хортикултуру. Затворски програм за љубимце тежи да кроз развитак односа између осуђенице и љубимца покуша

²⁴ Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Purdy,_Washington, приступ 10. април 2008. године

²⁵ Видети: <http://www.ga.nja.gov/EAS/bcx/WACorrectionCenterWomen-cx.pdf>, приступ 10.4.2008. године

²⁶ Видети: <http://www.girlscoutswv.org/aboutus/outreach>, приступ 11. април 2008. године

да рехабилитује осуђенице. У оквиру овог програма се доносе пси луталице које осуђенице тренирају да постану “услужни“ пси. Програм “Брејли“ тежи да обучи осуђенице коришћену компјутерског програма за превођење “Брејли“.

Деца осуђеница су “скривене“ жртве кривичних дела њихових мајки. Та деца показују знакове стреса проузроковане недостатком једног родитеља и непостојањем стабилног породичног живота.²⁷ Број мајки осуђеница се у последњих неколико година повећао са 60% на 85% од укупног броја осуђеница. Најмање 70% осуђеница има дете које је млађе од 18 година.²⁸ Због овога, али и због правилне ресоцијализације осуђеница у заводу “Purdy“ постоји родитељски програм који тежи развоју и одржавању везе између осуђенице и њихове деце. Овај програм је покренут 1999. године. Овај програм допушта осуђеним женама које су трудне да задрже своје дете након рођења. Ову могућност имају осуђенице које издржавају казну затвора мању од три године. Мајке-осуђенице живе у посебним собама са својим бебама. У мајчинским обавеза им помажу посебно обучене службенице. На овај начин долази до хуманизације услова државања казне затвора.²⁹

Корекционистичко-индустријски програм обезбеђује образовни тренинг. Циљ овог програма је да обучи осуђенице за одређена занимања којима би се могле бавити по одслужењу казне затвора. Осуђенице се обучавају за различита нетипична занимања за жене. Осуђенице које успешно заврше овај програм могу бити запослене као столарке и као металуршке раднице. Успешну примену овог програма помажи локалне синдикалне организације.

Амерички затвор за жене интересантан по много чему је државни затвор “Valley“. То је женски затвор савезне државе Калифорнија. Налази се близу града Коучила. Иако је отворен априла 1995. године затвор “Valley“ је прерастао у један од највећих затвора за жене у свету. У њему се тренутно налази око 3700 осуђеница. Простире се на 640 јутара земље. Буџет затвора је 125 милиона \$. У њему ради 1058 службеника. У затвору се налазе следећи нивои обезбеђења:

1. Пријемно одељење које се бави проценом и класификацијом осуђеница
2. Ниво 1 представља отворене спаваоне без обезбеђења
3. Ниво 2 представља отворене спаваоне са оградом и обезбеђењем
4. Ниво 3 представља појединачне ћелије са оградом и обезбеђењем
5. Ниво 4 представља појединачне ћелије са појачаним обезбеђењем
6. Обезбеђена смештајна јединица која представља јединицу са максималним обезбеђењем.³⁰

²⁷ Sue Titus Reid, *Crime and Criminology*, Florida State University, tenth edition, page 477

²⁸ Joycelyn M. Pollock, Parenting program in women’s prisons, “Women and criminal justice“, Shippensburg University, Volume 14, Number 1 2002, page 134

²⁹ Видети: <http://www.residentialparenting.com>, приступ 11. април 2008. године

³⁰ Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Valey_State_Prison_for_Women, приступ 13. април 2008.

У овом затвору се смештају пунолетне и малолетне осуђенице. У делу за пунолетне осуђенице казну затвора издржавају жене из 58 области савезне државе Калифорнија. Део за пунолетне осуђенице тежи да обезбеди сигурност како осуђеницама тако и особљу. У том делу се обезбеђује свакодневна медицинска нега. Рехабилитација се спроводи кроз образовне, радне, стручне, само-помоћне програме и програме одвикавања од дроге. У делу за малолетне осуђенице се налазе малолетнице над којима је потребно спровести третман, обуку и образовање.

Најзначајнији програм рехабилитације је тзв. програм за одрасле чији су циљеви обезбеђивање јаке сарадње са локалном заједницом и сарадње са државним институцијама ради успешног укључивања бивших осуђеница у друштво. Програм за одрасле се састоји из одељења за постпеналну помоћ, одељења за сарадњу са локалном заједницом, одељења за образовање и одељења борбе против рецидивизма.

Циљеви одељења за постпеналну помоћ су:

1. смањење рецидивизма кроз родну интервенцију смањујући криминогене ризике

2. повећање значаја постпеналне помоћи

3. праћење промене личности осуђенице.

Одељење за сарадњу са локалном заједницом доприноси јавној безбедности јачањем програма за осуђенице и јачањем државних и локалних сервиса за осуђенице. Ови циљеви се спровode кроз сарадњу са заједницом која треба да одигра кључну улогу код осуђеница које су на условном отпусту, кроз програме религиозног карактера и кроз програме које треба да ојачају везе осуђеница са својим породицама. Одељење за образовање спроводи програме образовања и обуке за посао. Ови програми су направљени како би смањили стопу рецидивизма. Кроз програме обуке за посао стичу се знања за механичара, електричара, водоинсталатера, радника у фотокопирници и трговачког радника. Програм образовања омогућава завршетак основне и средње школе. Одељење за борбу проти рецидивизма је створено у току 2006. године. Ово одељење тежи да да подршку бившим осуђеницама кроз сарадњу са локалним властима. Одељење ствара програме чији је циљ повећање ефикасности условног отпуста.³¹

Затвор за жене интересантан по свом настанку и утицају који је имао на законодавна решења америчке савезне државе Индијана је затвор за жене у Индијани. Он је основан 1873. године као најстарији затвор за жене у савезној држави Индијана. Затвор се налази једну миљу источно од Индијанаполиса. У затвору се налази око 420 осуђеница, од којих већину чине душевно болесне осуђенице, трудне осуђенице и малолетнице осуђене

године

³¹ Видети: http://www.cdc.ca.gov/Divisions_Boards/Adults_Programs/index.html, приступ 13. април 2008. године

као пунолетне. Степен безбедности у затвору се креће од средњег до максималног степена. У затвору је запослено 165 људи. Од тог броја, 55 % чине људи беле пути, а 45% чине људи црне пути. Иначе, у овом затвору ради највећи проценат људи црне пути у савезној држави Индијана.

Иако затвор за жене не представља први затвор за осуђенице у којем је дошло до одвајања мушкарака и жена, он представља први затвор за жене у Америци са максималним степеном безбедности. У почетку, жене су биле затваране у затвору савезне државе Индијана. У овом затвору долазило је до сексуалног злостављања осуђеница од стране затворског особља. Поучени негативним чињеницом сексуалног злостављања осуђеница, Род Кофин и Сара Смит су се заложили заложили за укидање овакве праксе и успели су да њихов предлог Закона о женским затворима и институцијама за реформацију за девојке и жене буде усвојен од америчког конгреса 1869. године. Овај закон представља основу изградње затвора за жене у савезној држави Индијана.³²

Сара Смит, иначе медицинска сестра у америчком грађанском рату, је постала прва надзорница затвора за жене у савезној држави Индијана. Сара Смит је уједно била и прва надзорница неког затвора у Америци. Под њеном управом, дисциплина у затвору је била веома строга и она је пружала могућност осуђеницама да науче неки занат који би им помогао по изласку из затвора. Осуђенице су имале могућност да се баве шивењем, прањем, плетењем и индустријским радом. У затвору је прве године боравило 16 осуђеница. Из године у годину, број осуђеница је растао, да био 1928. године износио 197 осуђеница.

Године 1968. на место помоћнице управника затвора је постављена Дана Бланк. У то време, у затвору се налазило 88 осуђеница и није постојао никакав програм рехабилитације. Постављењем Дана Бланк за надзорницу 1990. године дошло је до одређених промена. Због високе стопе злоупотреба, Дана Бланк је организовала програм посете осуђеница од стране њихове деце. Циљ овог програма је јачање веза између мајке-осуђенице и њихове деце.

У савезној држави Индијана су од 1990. године 4 жене осуђене на смртну казну, али ниједна смртна казна није извршена. Осуђеница која је изазвала велику пажњу јавности је била петнестогодишња Паула Купер, која је осуђена на смртну казну 1986. године због убиства комшије. Због њених година дошло је до великог негодовања јавности. Чак је и поглавар

³² Каква је тренутна ситуација у затвору за жене у Индијани најбоље одсликава одломак из чланка "Women in prison" објављеног у књизи Carol Burke *Vision narratives of women in prison* издате од Универзитета Тенеси 2002. године. Цитат гласи: "In Indiana my movements were less restricted. I occupied whatever quiet space was available (a storeroom, an empty library or workroom, the nurse's office on her day off, or a guard's office on the segregation wing), and I walked unescorted from one building to another. That is not to say that I had free movement within the institution. Like inmates and staff I was required to inform an officer at one checkpoint where I intend to go, and then she, in turn, would inform another officer to expect my arrival".

Римокатоличке цркве био умешан у негодовање. Због овог случаја дошло је до повећања границе за извршење смртне казне са 10 на 16 година старости.

Према подацима Одељења за корекцију савезне државе Индијана из 2006. године, у затвору борави 430 осуђеница. Од тог броја, 272 су белкиње, 145 су црнкиње, 2 су Индијанке, 2 су Азијаткиње и 9 су латино-американке. У поређењу са затворима за мушкарце, број жена беле пути је већи од броја мушкараца беле пути, док је број осуђеница црне пути значајно мањи од броја осуђеника црне пути.³³

Уместо закључка

Једна од “тековина“ људске цивилизације је и принудна изолација коју Човек спроводи над припадницима сопствене врсте, у случајевима када је њихово понашање неприхватљиво за ширу или ужу околину, односно у случајевима када крше унапред одређена правила понашања за која је таква казна предвиђена, а све на основу одлуке надлежног државног органа. Та унапред утврђена правила понашања се подједнако односе и на мушкарце и на жене, осим у специфичним ситуацијама, што је сасвим разумљиво.

У овој правној области је и те како заступљена равноправност полова, а да се при томе често не води довољно рачуна да су жене ипак женског пола, са својим особеним потребама, а све то у време док се покрети који се баве правима жена још увек боре за равноправност и у другим облицима друштвеног живота.

Пажљивим упоређивањем законских решења ових трију држава долази се до закључка да су ове три државе омогућиле осуђеницама да се баве како типичним тако и нетипичним женским занимањима. Оваквим решењима стварају се услови за њихово лакше укључивање у нормалне токове живота после издржане затворске казне.

Финска је успела у свом пенитенцијарном систему да направи велики корак ка имплементацији решења међународних конвенција која предвиђају оснивање отворених институција намењених за смештај осуђеника/ца.

Све три државе пружају висок степен у пружању здравствене заштите осуђеница, омогућавају осуђеницама бављење различитим активностима у слободно време, омогућавају широке могућности за одржавање контаката осуђеница са својом породицом, а нарочито децом.

Према доступним подацима из анализа структуре криминалитета према полу, у прошлости и у савременим друштвима, учешће жена у укупном криминалитету је неколико пута мање од учешћа мушкараца. Наиме, према неким показатељима у укупном броју кривичних дела жене учествују као

³³ Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Indiana_women's_Prison, приступ 14. април 2008. године

извршиоци свега са 8,4 % у односу на мушкарце.³⁴ Није само проценат кривичних дела оно што разликује женски од мушког криминалитета, већ и врсте кривичних дела које врше припаднице женског пола. Ове околности морају се узети у обзир не само приликом изрицања дужине казне затвора у судској индивидуализацији, већ и приликом нормирања посебних права осуђеница. Због тога се аутор залаже за омогућавање примене модела ресторативне правде код кривичних дела извршених од стране жена, увек када је то могуће, чиме би се спречило етикетирање жена као бивших осуђеница и омогућило адекватно задовољење интереса жртве и локалне заједнице.

³⁴ Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., *Криминологија*, Правни факултет у Нишу, Ниш 2003. година, страна 102.

Darko Dimovski, LLB
Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš

WOMEN'S PRISONS

In this paper, the author has examined the issues relevant for the historical development of prisons for women, tracing their evolution from the early establishments in the ancient times to the modern penal institutions of today. Although they are primarily seen as penal institutions where female convicts serve their terms of imprisonment, the contemporary penitentiaries make use of a number of contemporary re-socialization treatments which facilitate a more successful re-integration of women into the society after serving the sentence and make them more functional members of the society. The author has specifically explored the Anglo-Saxon penitentiary system comparing it to the penitentiary system in Finland which, as a representative of the Continental legal system, has gone farthest in the application of the contemporary re-socialization treatment of female offenders.

Key words: women's criminality, women's prisons, female convict

VARIAE

UDK: 342.726-056.26

Др Јасмина Иванова – Петровић, доцент
Филозофски факултет у Косовској Митровици

ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

Апстракт: За укупни положај особа са инвалидитетом у друштву, од пресудног значаја је формално-правна регулатива њиховог статуса. Однос према лицима са инвалидитетом се током историје мењао а паралелно с њим и њихов правни статус. Од неизбежног физичког уништења деце са инвалидитетом, стигматизације, преко потпуног ћутања о овој категорији становништва, као и признавања одређених права, до модерног законодавства, које и у оквирима међународног али и националног права признаје потребу да се ова област брижљиво уреди. Да би се установио фактички положај ове, најчешће маргинализоване друштвене групе, неопходно је имати увид о томе како су сагледане њене потребе кроз правна решења у релевантним областима. У тексту се анализирају кључни документи у међународно правној регулативи, како општег карактера, тако и они који се односе непосредно на правну заштиту особа са инвалидитетом. Такође, у раду су анализирана и законска и подзаконска акта у нашем законодавству.

Кључне речи: особе са инвалидитетом, људска права, права, правни статус, дискриминација, реинтеграција, интеграција, превенција.

Правни статус мањинских група у једном друштву поуздан је индикатор досегнутог нивоа његове демократизације али и укупног развоја. Истовремено кроз призму квалитета правне заштите појединих мањинских група могуће је приближити се спознаји њиховог социјалног статуса али и степена интеграције у ширу друштвену средину. Регулатива којом се уређује укупни правни статус особа са инвалидитетом, као посебно осетљиве друштвене групе, има дугачку предисторију. Од законски прописаног физичког уништења деце са инвалидитетом¹, преко потпуног ћутања о овој категорији становништва, као и признавања одређених права, до модерног законодавства, које и у оквирима међународног али и националног права признаје потребу да се ова област брижљиво уреди.

¹У Закону XII таблица, на пример, – (који је донет у Риму 451-450 г.п.н.е. и (објављен на Форуму на дванаест таблица. Уживао је изузетно поштовање у Римској империји и формално никада није био укинут.), налазимо овакву формулацију у Таблици IV:Као што прописује Закон XII таблица одмах треба убити наказно дете., видети у: – Драган Николић и Александар Ђорђевић: *Законски текстови Старог и Средњег века*, ГИП Бона Фидес, Ниш, 2002,стр. 77

Наиме, тек ће се у новије време наћи траг о разумевању специфичних потреба овог дела популације и покушаји да се на правно-нормативном нивоу признају те потребе. Данас се у свакој од релевантних области у националним законодавствима поклања значајна пажња како би се створиле претпоставке за равноправан правно-социјални положај особа са инвалидитетом.

I Међународни стандарди у заштити људских права

1. Најопштија међународна правна акта

Упркос чињеници да постоји дуготрајна пракса правног уређивања односа друштва према његовим грађанима, управо су припадници мањинских (читати маргиналних) група у позицији да тешко остварују своја основна права. Питање пажљивог уређења правног статуса особа са инвалидитетом ће бити озбиљније отворено тек са значајнијим развитком концепта људских права.

На нивоу међународног права најважнији документи значајни из аспекта правног регулисања статуса лица са инвалидитетом су следећи правни акти универзалног карактера: Повеља УН, Општа повеља УН о људским правима, Интернационални пакт о економским, социјалним и културним слободама, Интернационални пакт о грађанским и политичким слободама, Конвенција УН о правима детета као и Конвенције МОП-а. Од суштинског значаја за правно регулисање низа специфичности које се тичу задовољавања потреба лица са инвалидитетом је Декларација о правима лица са специјалним потребама, од чијег доношења је потекао читав низ акција под окриљем Генералне скупштине и других посебних тела УН. У скорој прошлости донесени акт Конвенције УН за промовисање и заштиту права и достојанства особа са инвалидитетом круна је тих напора на плану изграђивања механизма међународног права за заштиту ове популације.

1. 1. Повеља УН и Универзална декларација о људским правима

Основни принципи Повеље УН и Универзалне декларације о људским правима² односе се на једнакост свих људи у погледу грађанских,

² Универзална декларација о правима човека усвојена 10.12.1948. Представља први документ који се посебно бави људским правима тј. први универзални каталог људских права у историји, у коме је дефинисан садржај људских права и слобода за све људе на свету, без дискриминације. Посредно или непосредно, многа од права обухваћених одредбама Универзалне декларације, усмерена су на заштиту жена, деце, лица са инвалидитетом и свих мањинских група у друштву.. Иако формално необавезујућег карактера, овај документ је основа за многе касније донете међународне уговоре о људским правима. Основна начела ове повеље интегрални су део корпуса обичајног међународног права те су обавезујућа за све

политичких, економских, социјалних и културних права (пре свега члан 55. и 56. Повеље УН и члан 25. Универзалне декларације о правима човека). Иако се у текстовима Повеље УН и Универзалне декларације веома ретко помињу лица са инвалидитетом³, ови међународни правни инструменти су од изузетног значаја за унапређење и заштиту људских права лица са инвалидитетом. Одредбе ових међународних инструмената су тако дефинисане да *изједначавају права свих грађана ма у ком погледу се они разликовали* (раса, боја, пол, језика, вероисповести...) и забрањују сваку врсту дискриминације на основу различитости. Од нарочите важности за успостављање правне једнакости су чланови 1, 2, 3 и 6⁴ Повеље, као и члан 7. у коме се експлицитно инсистира на правној једнакости: *»Сви су пред законом једнаки и имају право, без икакве разлике, на подједнаку заштиту закона. Сви имају право на једнаку заштиту против било какве дискриминације којом се крши ова Повеља и против сваког подстицања на такву дискриминацију«*. Међутим, правници сматрају да *»Управо у сфери људске заштите пред националним судовима, која је загарантована чланом 8, инвалиди се често налазе у неравноправном положају, пошто у великом броју националних законодавстава није предвиђен ефикасан систем судске заштите у случајевима дискриминације по основу инвалидности«*.⁵ Такође, ваља рећи да познаваоци специфичних правних регулатива у појединим земљама сматрају да је начињен ипак велики корак током последњих десетак година када је изграђен прилично ефикасан систем судске заштите у оваквим случајевима.

Ова два правна инструмента, а нарочито Универзална декларација, послужила су као основ дефинисања свих осталих инструмената

субјекте међународног права. О томе шире видети у књизи: С. Аврамов, М.Крећа: Међународно јавно право, Београд, 1989, као и у Зборнику докумената: *Права човека*, уред.В. Васиљевић, Београд 1991.

³ Један од ретких је члан 25, који гласи :« Свако има право на животни стандард који одговара здрављу и добробити њега самога и његове обитељи, укључујући храну, одећу, стан и лечничку негу и потребне социјалне услуге, као и право на осигурање за случај незапослености, болести, **инвалидности**, удовиштва, старости или другог помањкања средстава за живот у приликама које су изван његове моћи. [...]»

⁴Члан 1: Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима. Она су обдарена разумом и свешћу и треба да једно према другом поступају у духу братства. Члан 2: Свакоме су доступна сва права и слободе наведени у овој Повељи без разлике, било које врсте, као што су раса, боја, спол, језик, вера, политичко или друго мишљење, народно или друштвено порекло, имовина, рођење или други правни положај. Даље, не сме се чинити било каква разлика на основу политичког, правног или међународног положаја земље или подручја којима нека особа припада, било да је ово подручје независно, под старатељством, несамоуправно, или да се налази ма под којим другим ограничењима суверености. Члан 3: Свако има право на живот, слободу и личну сигурност. Члан 6: Свако има право да се свуда пред законом признаје као правно способан.

⁵ Д. Татић: Међународни правни акти о правима особа са инвалидитетом, Зборник: *Права особа са инвалидитетом*, ур.Ј. Тркуља, ЦУПС, Београд, 2003.стр.185

међународног права. Међу најважније свакако треба сврстати Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима и Међународни пакт о грађанским и политичким правима⁶. Овим актима се уређује читав низ економских, социјалних и културних права, с једне, и грађанских и политичких права, с друге стране, и од изузетног су значаја за разумевање и регулисање бројних проблема лица са инвалидитетом и представљају основ на коме су етаблирани бројни мање општи међународни правни акти.

2. Међународна правна акта у којима се уређују поједине области друштвеног живота

2.1. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима⁷

Иако се директно не помињу права лица са инвалидитетом, у овом тексту налазимо неколико правних формулација који су од изузетног значаја за регулисање права овог дела грађана. Тако, чланом 6 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима гарантује се *«право сваког појединца да у оквиру својих могућности зарађује себи за живот радом који му је додељен или који је сам одабрао, те предузима одговарајуће кораке ради заштите овог права»*. Оваква формулација права на рад практично значи да би се ускраћивање пословног ангажмана лицу са инвалидитетом које је способно да ради могло бити аутоматски тумачено као кршење одредбе Пакта.

Чланом 7.⁸ регулише се *признавање права свакоме да оствари правичне и повољне услове рада, као и једнаке услове при остваривању прихода по основу рада*, чиме су аутоматски обезбеђени услови за равноправан третман лица са инвалидитетом код заснивања радног односа.

Веома значајан, из угла друштвене бриге о лицима са инвалидитетом, је и члан 9. којим се регулише *право сваког човека на социјално обезбеђење*

⁶ Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима и Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојени су 16.10.1966 и отворени за ратификовање. Ратификовало га је стотинак држава те су 1976. ступили на снагу. И наша земља је једна од потписница ових докумената те су неке од основних начела садржаних у њима уграђена и у наш правни систем.

⁷ Усвојен у Генералној скупштини Уједињених нација 19 децембра 1966.

⁸ Државе потписнице признају право свих на праведне и повољне услове рада, који гарантују: а) накнаду за рад која је осигурана свим радницима б) одговарајућу плату и одштету за једнаке послове без икаквих разлика; посебно се осигуравају услови рада жена који не смеју бити лошији од услова у којима раде мушкарци, те да жене за исти посао добију исто новца као и мушкарци, ц) одговарајући животни стандард за њих и њихове породице сходно овом Пакту; д) сигурне и здраве услове рада; е) једнаку могућност за свакога да напредује на пословном плану, при чему се у обзир не сме узимати ништа друго до способност и дужина запослења; ф) радне паузе, слободно време, одговарајуће ограничење радног времена, редовно плаћени одмор, као и надокнада за законски регулисане празнике.

укључујући и социјално осигурање. Важност ове одредбе проистиче из чињенице да је стопа незапослености међу категоријом становништва са инвалидитетом највећа, те да уважавање овог прописа подразумева налажење одговарајуће форме за социјално осигурање ове, најчешће маргинализоване групе, у свим државама потписницама овог Пакта.

Чланом 11. признато је *право на животни стандард који задовољава потребе сваког лица и његове породице* (исхрана, одевање, становање), као и право на континуирано побољшање животних услова. Будући да је у бројним истраживањима забележен управо изразито лош стандард лица са инвалидитетом, ово право је од изузетног значаја, јер би требало да подстакне државе потписнице овог пакта, у изналагању механизма за смањење сиромаштва овог, често најугроженијег, дела становништва.

У директној вези са претходним чланом је и члан 12. којим се признаје *право сваког појединца да ужива најбоље стање физичког и менталног здравља које може да постигне*. Ова правна регулатива, дакле, подразумева у контексту потреба лица са инвалидитетом како солидан материјални стандард, тако и адекватан ниво здравствених услуга, како би био сачуван и рехабилитован ниво преосталих способности. Ове одредбе су нарочито значајне ако се има у виду да према свим релевантним истраживањима по материјалном стандарду, особе са инвалидитетом знатно заостају за осталим категоријама становништва. Тако, према резултатима истраживања изнесеним у Програму за развој УН у првој половини 2000. године, у Србији свако десето домаћинство има особу са инвалидитетом, при чему је сразмерно далеко већи број особа са инвалидитетом уочен у сиромашним домаћинствима.⁹

Одредбама члана 13. регулисано је *право сваког појединца на образовање*, што када су лица са инвалидитетом у питању, значи да ваља обезбедити доступност образовног процеса било да се ради о редовном образовању, било да је реч о специјалним школама чији су програми подешени за појединце са одређеном категоријом, телесног, сензорног или менталног ограничења.

У вези са претходним правом, на неки начин је и *право на учешће у културном и научном животу*, регулисано чланом 15. што значи доступност културних и научних институција за лица са инвалидитетом, како у смислу културне рецепције и употребе научних достигнућа, тако и у погледу стваралаштва у културној и научној сфери.¹⁰

⁹ УНДП – Еарлу Варнинг Репорт, Јуне 2000., према: Б. Николић “Прикривена дискриминација по основу инвалидности у Србији, Зборник: *Права особа са инвалидитетом*, оп цит., стр.224

¹⁰ Иако се у наведеним члановима Повеље не помињу лица са инвалидитетом, одредбе су дефинисане тако да су права овог дела популације подразумевајућа.

2.2. Међународни пакт о грађанским и политичким слободама¹¹

У Ставу 2. члана 2. Пакта о грађанским и политичким слободама потписнице се обавезују да ће поштовати и јемчити сва права прописана овим документом на сопственој територији *без обзира на разлике* у погледу боје, расе, пола, језика, друштвеног порекла, имовине, рођења *или других околности*.

У неколико следећих одредби (чланова) које ће бити поменути, особе са инвалидитетом се не могу препознати као у претходној формулацији (друге околности), али су од изузетног значаја имајући у виду историјат односа друштва према овом делу становништва. Тако, чланом 6. Пакта тврди се да *ниједан човек не може бити самовољно лишен живота*, што практично значи да је и правним актом забрањено физичко уништавање лица са инвалидитетом, што је била вишевековна пракса а у појединим друштвима - чак и формално правно или обичајно правно оправдавана.

Надаље, чланом 7. *забрањено је свирепо, нечовечно или понижавајуће поступање*, као и посебно је забрањено вршити медицинске или било какве научне експерименте над лицем које није дало свој пристанак на то. Ова одредба је од изузетног значаја будући да су познати покушаји злоупотребе лица оболелих од тешких болести за испитивање нових начина лечења, а без знања самих пацијената (особа са инвалидитетом).

Слобода кретања и избора места боравка регулисана је чланом 12. Пакта, и такође се не помињу лица са инвалидитетом, но ваља рећи да је ово право окосница започетих, а у многим земљама и успешно изведеним, пројектима уклањања архитектонских баријера, чиме је један од најважнијих проблема везаних за остваривање овог права отклоњен.

Чланом 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима *сваком човеку призната је могућност да буде правна личност*, што је такође од изузетног значаја за лица са инвалидитетом у случајевима када су у позицији да се бране или боре за остваривање осталих својих права судским путем.

Члан 17. Пакта регулише *приватни и породични живот*, што је значајна чињеница када се има у виду да велики број особа са инвалидитетом је упућено на стараоце или разна стручна лица која им помажу у рехабилитацији, а која су у прилици да често прекораче своја овлашћења и угрозе наведено право лица са инвалидитетом. У вези са наведеним правом је и оно, регулисано чланом 23., којим се *мушкарцима и женама зрелим за брак признаје право на брак и заснивање породице*. Упркос чињеници да је велики број особа са инвалидитетом зрело за остваривање овог свог права, статистички подаци показују да највећи број њих, фактички не реализује то своје право.¹²

¹¹ Усвојен децембра 1966. у Генералној скупштини УН, када и Пакт о економским социјалним и културним правима.

¹² Разлоге за овакав тренд ваља тражити како у психолошким разлозима самих инвалида али и у дубљим слојевима културе, тачније у тврдокорним предрасудама којима се због основне инвалидности особа са инвалидитетом "проглашава" неспособном и за остале сфере живота

Неколико чланова Међународног пакта о грађанским и политичким слободама регулише *питања слободе јавног деловања свих грађана*. Право на слободно изражавање сопственог мишљења (чл.19), право на организовање, јавно окупљање и организовање као и право да утиче на политичке прилике својим личним учешћем или избором представника који ће заступати његову политичку опцију.¹³ Чини се да је ово један од веома значајних корпуса права уређеног овим међународним инструментом који је од посебног значаја за лица са инвалидитетом, будући да је у стварној друштвеној пракси овај аспект најмање остварен. Заправо, врло се ретко у јавним залагањима политичких представника може уочити брига за лица са инвалидитетом, а још ређе срести и саме особе са инвалидитетом на јавним функцијама, где им је пружена прилика да утичу на стварање опште политичке климе.

Најзад, Члан 26.¹⁴ гарантује *једнаку правну заштиту у случају дискриминације по основу било какве различитости*, чиме се отвара могућност покретања правног поступка у случају дискриминације особа са инвалидитетом, што је од изузетног значаја имајући у виду учесталост исказивања анимозитета према овом делу становништва.

2.3. Конвенција УН о правима детета

Овај документ усвојен је у Генералној скупштини УН 20. новембра 1989. године, а ступио на снагу 1991. године. То је, најбрже до данас, ратификован међународни документ (191 држава), и први је међународни документ који се посебно бави правима деце.

Занимљиво је да се у самом документу, иако се бави правима деце уопште, често помињу деца са инвалидитетом, за разлику од других међународних докумената који се баве људским правима уопште.

Већ у члану 2.¹⁵ Конвенције, истиче се право сваког детета на

¹³ Члан 25

Сваки грађанин има право и могућност без разликовања значајки наведених у члану 2 и без ограничења

а) да непосредно или путем изабраних заступника учествује у стварању и обликовању јавних прилика;

б) да бира и буде изабран на правим, редовним, општим, једнаким и тајним изборима, на којима је загарантовано слободно изражавање воље бирача;

в) да има приступ јавним службама своје земље под општим принципима једнакоправности.

¹⁴ Члан 26 Међународног пакта о грађанским и политичким слободама

Сви људи једнаки су пред законом и имају без дискриминације једнако право на законску заштиту. У овом смислу закон мора забранити сваку дискриминацију, посебно због расе, боје коже, пола, језика, религије, политичких или других убеђења, националног и социјалног порекла, поседа, рођења или *неког другог статуса*, те мора свима гарантовати једнаку и делотворну заштиту.

¹⁵ Члан 2

1. Стране уговорнице ове конвенције ће поштовати и обезбеђивати права утврђена овом Конвенцијом сваком детету које се налази под њиховом јурисдикцијом без икакве дискриминације и без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго

поштовање права загарантованих овим документом, без обзира на било коју различитост (расу, боју коже, пол, вероисповест...). Као једна врста различитости се узима и инвалидитет (у тексту Конвенције као *онеспособљеност*). Ово изричито дефинисање забране дискриминације по основу инвалидитета нарочито је значајно ако се има у виду да су деца са видљивим малформитетом у старим цивилизацијама, имала мало шанси да преживе јер су сматрана баластом државе, кога се треба ослободити што пре.

Непосредно у вези са претходно поменутиим чланом су и члан 6., којим се свој деци гарантује *право на живот*, односно члан 9. којим је деци гарантован живот уз родитеље, осим ако надлежни органи не утврде да је за опстанак детета најбоље решење њихов раст и развој у ванпородичној средини.

Читав низ чланова Конвенције регулише питања којима се бави и општа декларација о људским правима: *право на сопствено мишљење* деци која су у стању сама да га формирају и искажу, на *немешање у породични живот детета*, као и на заштиту у случају напада на част и достојанство детета. Такође, конвенцијом је загарантован *приступ информацијама, унапређење социјалног, духовног и моралног добра, као и физичког и менталног здравља детета* (члан 12, 16 и 17), што је од изузетног значаја за децу са инвалидитетом.

Од још већег значаја су и обавезе потписница Конвенције да предузму *одговарајуће мере заштите од свих облика менталног и физичког насиља над децом, различитих врста занемаривања, малтретирања или злостављања*, које могу погоршати опште здравствено стање и повећати и онако велике проблеме коју има ова популација (члан 19). Овај члан је изузетно важан и из угла превенције инвалидитета код деце.

Један од најзначајнијих чланова за популацију деце са инвалидитетом јесте члан 23.¹⁶ Конвенције којим се каже да деца са физичким или менталним

уверење, национално, етичко или социјално порекло, имовинско стање, *онеспособљеност*, рођење или други статус детета, његових родитеља или законског старатеља.

¹⁶ Члан 23

1. Стране уговорнице признају да ментално или физички неспособно дете треба да ужива пун и квалитетан живот, у условима који обезбеђују достојанство, унапређују самопоуздање и олакшавају његово активно учешће у заједници.

2. Стране уговорнице признају право инвалидног детета на посебну бригу и охрабривање и обезбеђивати, према расположивим средствима, детету које испуњава услове и онима одговорним за бригу о њему, пружање помоћи која се захтева и која је примерена стању детета и могућностима родитеља или других који о детету брину.

3. Уважавајући посебне потребе неспособног детета, помоћ која се пружа у складу са ставом 2, биће бесплатна, увек када је то могуће, узимајући у обзир финансијске могућности родитеља или других који брину о детету и биће осмишљена тако да обезбеди неспособном детету делотворан приступ и стицање образовања, обуке, здравствене заштите, услуга рехабилитације, припрему за запошљавање и могућности рекреације на начин који води постизању највеће могуће социјалне интеграције и индивидуалног развоја детета, укључујући

инвалидитетом имају *права на пун и достојан живот*. Деца треба да живе пун и достојан живот у условима која не нарушавају њихово достојанство, који подстичу њихову самосталност и омогућују њихово укључивање у живот заједнице. Такође, установљено је *право деце са инвалидитетом на посебну негу*, о чему се старају и државе потписнице, признајући право таквом детету и стараоцу на материјалну помоћ. Од изразите важности је став 3 овог члана којим се гарантују све врсте помоћи детету са инвалидитетом које ће му омогућити успешну рехабилитацију и интеграцију, што је и најважнији циљ друштвене бриге о овом делу популације.

Право на највиши могући ниво медицинске заштите, дакле, лечење и рехабилитацију, детаљно је уређено чланом 24. Конвенције, и од посебне важности је инсистирање на свим мерама превенције у складу са националним могућностима сваке од потписница уколико се има у виду да инвалидитет код деце може настати као последица недовољне и неправилне здравствене заштите у првим годинама живота. Чланом 25. уређена и контрола од стране надлежних органа усмерених на институције којим је дете евентуално поверено на лечење, рехабилитацију или дуже збрињавање.

Право на социјалну заштиту и животни стандард примерен потребама, дакле у складу са физичким и менталним, моралним и социјалном развојем детета се односи на сву децу, али посебну тежину има када су у питању она са инвалидитетом, будући да је неопходан знатно виши стандард у сваком погледу, како би се на адекватан начин остварило то њихово право. Ова одредба Конвенције носи посебну тежину за економски неразвијене земље у којима је изузетно тешко обезбедити услове за остваривање овог права на елементарном нивоу, а поготову одговорити и на потребе деце са инвалидитетом (члан 25 и 26).

Право на образовање регулисано је чланом 28 Конвенције, и то – основно за сву децу бесплатно. Такође, инсистира се на потпуном обухвату деце различитим облицима средњошколског образовања и то уколико је могуће бесплатно, или уз извесне финансијске олакшице, као и на омогућавању доступности високошколским институцијама према исказаним способностима деце, дакле, према показаним резултатима.

Поред права на образовање деци се признаје *право на игру, одмор, рекреацију и слободно време, као и на несметано учење деце у културном животу и уметности*. Овај моменат је посебно важан за децу са инвалидитетом будући да постоји много препрека које треба решити, од архитектонских, до оних које сежу у сам корен културног стандарда, како би дошло до реализације овог права (члан 31).

Права детета да буде заштићено од било каквих видова економске експлоатације, дејства наркотика и сличних штетних супстанци, сексуалног

зостављања и др. су такође уређена читавим низом чланова Конвенције и подједнако су важна како за децу инвалиде тако и за децу без инвалидитета између осталог, и као вид превенције инвалидитета (члан 32,33,34).

3. Међународна правна документа која су усмерена директно на регулисање положаја особа са инвалидитетом у друштву и неке од најважнијих акција проистеклих из њих на међународном нивоу

Неколико чињеница је утицало да се седамдесетих година прошлог века повећа интересовање за особе са инвалидитетом. Околности, које су обележене великим природним еколошким и ратним катастрофама, донеле су и занимање међународне заједнице за положај лица са инвалидитетом, као најугроженије групе. У правом смислу, за почетак решавања проблема ових лица на међународном плану, може се сматрати усвајање Декларације о правима лица са специјалним потребама,¹⁷ која чини природни наставак Декларације о правима ментално оболелих лица, усвојене 1971. године.

Но, ипак се 1981. година може назвати значајном прекретницом у озбиљнијем бављењу потребама особа са инвалидитетом на међународном нивоу. С обзиром на увећање броја лица са инвалидитетом, Генерална скупштина УН је 1981. годину прогласила Међународном годином лица са посебним потребама. Те године основан је и фонд за финансирање активности, али и усвојен Светски програм акција које се односи на лица са специјалним потребама, са циљем ширења концепта људских права, као и помоћи у конкретном смислу људима са инвалидитетом која живе у неповољним околностима, од стране тела УН која се баве социјалним и хуманитарним питањима.

Специјалном Резолуцијом¹⁸, владама земаља-чланица УН, предлаже се оснивање посебних тела која би била овлашћена да се старају о спровођењу универзално прокламованих људских права нарочито у случају лица са инвалидитетом.

Као резултат свих акција у претходном периоду али и у току Међународне године инвалида, крајем наредне године Генерална скупштина УН прогласила је период од 1983 -1992. *Деценијом лица са специјалним потребама.*¹⁹

¹⁷ од стране Генералне скупштине УН 1975. године.

¹⁸ Резолуцијом 1982/1 Поткомисије

¹⁹ С обзиром на свест о свим тешкоћама у вези реализације Светског програма акције¹⁹ и плана и програма Деценије лица са посебним потребама, Комисија за људска права УН је у току 1984 усвојила Резолуцију 1984/31 којом се предлаже Економском и социјалном савету именовање специјалног известиоца који би начинио анализу у овој области. Задатак известиоца је био да у сарадњи са Центром за социјални развој и хуманитарна питања установи у којој мери кршење људских права доприноси инвалидности и да изнесе резултате који су постигнути у

Из ових активности свим чланицама УН проистекло је низ препорука²⁰ свим чланицама УН која се односе како на *усвајање свих међународних норми и правила која се односе на лица са инвалидитетом, на чијем усавршавању би требало стално радити*, уз обезбеђивање надзора над спровођењем усвојених стандарда која би вршила међународна и регионална тела. Такође, препоручено је и да након истека Деценије лица са инвалидитетом, брига о заштити људских права ове категорије становништва постане *стални задатак и редовна активност неколико тела УН*.²¹ Препоручена је и *сарадња свих тела УН са владама земаља чланица, као и са посебним институцијама које се баве лицима са инвалидитетом*. Посебан акценат је стављен на *формирање што већег броја невладиних организација које су основане од стране самих лица са инвалидитетом*, чија активност је од суштинског значаја за подизање стандарда у области заштите лица са инвалидитетом будући да се са оваквих места заиста добијају суштинске примедбе на постојећа решења и дају предлози за квалитетнији помак у овој области.

На основу података поменутих тела, компарацијом правног положаја угрожених група становништва са групом лица са инвалидитетом, дошло се до закључка да су управо особе са инвалидитетом у знатно неповољнијој ситуацији. Другим речима, за готово све осетљиве групе становништва (радници-мигранти, расељена лица и сл.) формирана су тела на међународном нивоу у циљу заштите њихових интереса, као и скуп обавезујућих правила која их штите од дискриминације, што није био случај са групом грађана са инвалидитетом. Будући да *имплементација правних решења најчешће није могућа без одређених надзорних тела*, дошло се до закључка да је управо то главна карика у ланцу заштите лица са инвалидитетом која недостаје. Ова сазнања резултирала су одгађањем доношења Конвенције о правима лица са специјалним потребама, како би се у потпуности изједначили услови заштите лица са инвалидитетом и осталих осетљивих група становништва. При том се дошло до разраде предлога о

превазилажењу овог проблема. Такође, требало је, на основу увида у фактичко стање у области заштите права популације са инвалидитетом и резултате постигнуте на том пољу код земаља чланица УН, утврдити најважније проблеме и могуће правце деловања на међународном нивоу. Резолуцијом 1984/20 се и поставља за специјалног известиоца Леонардо Деспоуу, који се прихвата обавезе да сачини опсежну студију о вези између кршења људских права и инвалидности. Препоруке су посредством Комисије за људска права и Комисије за социјални развој предате Економском и социјалном савету УН.

Напомена: World Programme of Action concerning Disabled Persons (Светски програм акције који се односи на лица са специјалним потребама) Објављено од стране Одељења за економско и социјално информисање и Центар за социјални развој и хуманитарна питања, 1983 ДЕСИ.С97.

²⁰ Видети о томе шире у књизи: Људска права и лица са специјалним потребама, Леонардо Деспуј (специјални извештач Поткомисије за спречавање дискриминације и заштиту мањина, ЈКПЛП, Београд, 2001.

²¹ Генералне скупштине, Економског и социјалног савета, Комисије за људска права.

међународном омбудсману за лица са специјалним потребама који би омогућио знатно побољшање положаја особа са инвалидитетом увођењем нових и поправљањем старих механизма заштите и то нарочито у регионима где је положај ове групе становништва посебно незадовољавајући.

3.1. Стандардна правила УН за изједначавање могућности које се пружају инвалидима

Свакако посебним резултатом деловања различитих органа УН у успостављању механизма заштите особа са инвалидитетом се могу сматрати Стандардна правила УН за изједначавање могућности које се пружају инвалидима које је Генералној скупштина УН усвојила 1993. године. Ово су акта која нису правно обавезујућа, али се подразумева да државе чланице УН потписнице овог документа имају етичку и политичку обавезу да обезбеде услове за њихово спровођење.

Основни циљ доношења ових Правила је пружање могућности особама са инвалидитетом да остваре идентична права као и да преузму обавезе као равноправни чланови друштва са осталим делом популације. У преамбули се подсећа на нека од основних права дефинисаних у претходно већ поменутих општим међународно правним инструментима за остваривање загарантованих стандарда о људским правима, као и на низ других аката специфичнијег типа нпр. Декларација о правима инвалида.

У наставку овај документ садржи 22 правила и одредбе о контроли њихове примене.

Правилем 1. налаже се државама предузимање акција како усмереним на друштво као целину, тако и према инвалидима, за *подизање свести о особама са инвалидитетом, њиховим правима али и потребама и потенцијалима везаним за њихов допринос друштву.*

Медицинска заштита као и рехабилитација којом особе са инвалидитетом постижу очување преосталих способности, као и развој служби за помоћ у постизању што већег ступња независности у задовољавању својих основних потреба предвиђена су правилима 2, 3 и 4 садржаних у овом документу.

Изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом подразумевају и *несметан приступ физичкој околини али и информацијама и комуникацијама*, што подразумева акцију држава у уклањању архитектонских баријера али и многих других – на пример културних (правило 5).

Образовање особа са инвалидитетом на свим нивоима, као важан сегмент њихове интеграције у друштву, треба да обухвати највећи могући број како деце, тако и одраслих и то по могућству у оквиру редовног школовања, осим у случајевима када је неопходан специјални вид образовања - који одговара општим способностима лица са инвалидитетом (правило 6.).

Правилем 7. препоручује се *изналажење механизма запошљавања лица са инвалидитетом која немају дискриминаторни, већ напротив*

интегративни карактер за ову популацију. Препоручује се изналажење различитих форми упошљавања кроз подстицаје на пример за професионално оспособљавање, резервисано или наменско запошљавање и слично, али пре свега кроз упошљавање на слободном тржишту рада.

У вези са претходним је и правило 8., којим се инсистира на *одговорности државе за социјалну сигурност инвалида*. Доходак за издржавање за оне који су тренутно без посла или им инвалидитет не дозвољава радни ангажман, али и доходак за особе које брину о особама са инвалидитетом је важна мера у постизању социјалне сигурности. Важним се сматрају и подстицајне мере које доприносе повратку способности за стицање дохотка.

Следећи низ основних људских права, изнесених у документима о универзалним људским правима, ни у Правилима није изостала препорука која се тиче сфере *права на лични интегритет и интегритет породице особа са инвалидитетом*. У том смислу државе би требало да подстичу остваривање ових права пре свега кроз промену негативног стереотипа према браку, сексуалности и родитељству особа са инвалидитетом (Правило 9.).

Не мање важним се сматрају *потребе особа са инвалидитетом у области културе, спорта и рекреације, верске идентификације, и политичког и јавног живота земље*, те су државе обавезне да изнађу начина да им понуде форму за задовољење ових потреба и тиме омогуће пуну интеграцију у друштву.

Основ пуне интеграције особа са инвалидитетом у друштву свакако чини и *правно регулисање њиховог статуса*, које подразумева, између осталог, и анулирање свих видова законских одредби које имају дискриминаторски карактер из националних правних аката, као и увођење правних мера за санкционисање дискриминаторских поступака према овим лицима.

Планирање мера разних видова *финансијске подршке* особама са инвалидитетом је такође значајна мера коју предвиђају Правила а омогућавају њихово учешће у друштвеном животу под приближно једнаким околностима са осталим делом становништва.

Институционализација залагања за интересе особа са инвалидитетом замишљена је кроз формирање трајних националних координационих одбора која би функционисала захваљујући сарадњи са различитим организацијама која заступају појединачне интересе особа са инвалидитетом како на локалном и регионалном, тако и на ширем нивоу. Ове организације, препорука је, требало би да имају саветодавну улогу код доношења различитих политичких одлука које се тичу и особа са инвалидитетом.

С обзиром да особе са инвалидитетом користе врло разноврсне услуге особља, како медицинског тако и другог задуженог за различите видове рехабилитације и укључивања у друштвени живот, *државе су директно одговорне за обезбеђивање адекватно оспособљавање особа које пружају непосредно услуге овим особама али и за обучавање оних лица који се баве сложенијим пословима планирања и реализације разних програма намењених овој групи корисника*.

Обавеза појединих држава је и *сарадња на међународном нивоу* са другим земљама, са сталним телима УН који се баве питањима инвалидитета, као и свим другим организацијама од ширег значаја за особе са инвалидитетом, али и са организацијама у НВО сектору који се баве питањима инвалидитета, како би се кроз такав вид информисања и сарадње битно унапредио друштвени третман овог дела популације.

Најзад, можда најзначајнији део овог акта, односи се на *обезбеђивање механизма за праћење примена Правила*. Институција специјалног известиоца по овом питању који има богату сарадњу са експертским тимовима и организацијама особа са инвалидитетом из свих земаља које су имплементирале Правила у своју друштвену праксу, допринеће њиховој ефикасној примени.²²

3.2. Конвенција Међународне организације рада о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом

Конвенција Међународне организације рада (МОП) бр. 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, наставак је унапређења области заштите особа са инвалидитетом озбиљно започете 1955. године.²³ Усвојена је у јуну 1983 године на Генералној конференцији Међународне организације рада а након ратификације од стране око седамдесетак држава ступила на снагу 1985 године. Југославија је ратификовала исту 1987.године²⁴

У циљу интеграције особа са инвалидитетом у процес рада, основним циљем ове конвенције сматра се *пружање могућности за њихову професионалну рехабилитацију која би им омогућила запошљавање и напредовање у послу, што је услов и шире интеграције овог дела популације у друштву*. Интересантно је да се за потребе Конвенције под појмом инвалид подразумева »свако лице чији су изгледи да добије и сачува одговарајуће запослење, (као и да напредује)²⁵ у њему стварно умањени ради смањења његових физичких и психичких способности«.²⁶

Конвенција параграфом 1. предвиђа да свака од чланица МОП-а установи властиту националну политику о професионалној рехабилитацији

²² Опширније о томе: Леонардо Деспуј, наведено дело

²³ Доношењем Конвенције о рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом бр. 99, коју је наша држава ратификовала 1958. године – видети Службени лист ФНРЈ, Међународни уговори, бр.5/58 или М. Томовић: *Међународне конвенције рада- Препорука бр.99 о стручном оспособљавању и преоспособљавању инвалида, 1955.* Институт за документацију заштите на раду »Едвард Кардељ«, Ниш, 1981. године, стр. 201- 208 .

²⁴ Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, бр.3/87

²⁵ овај додатак имамо у Конвенцији МОП-а бр.159 – видети: Б. М. Шундерић: *Право МОП-а*, (одељак Заштита инвалида), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001, стр.442

²⁶ М. Томовић, наведено дело, стр.202

особа са инвалидитетом, као и политику запошљавања у складу са властитим потенцијалима

Основним циљем политике запошљавања особа са инвалидитетом јесте да се мерама професионалне рехабилитације обухвате све категорије особа са инвалидитетом и унапреде механизми запошљавања на слободном тржишту рада, што је услов изједначавања шанси особа са инвалидитетом са преосталим делом становништва. Такође се инсистира и на једнаким шансама оба пола код поступака у запошљавању.²⁷ При том се инсистира да те позитивне мере, концентрисане на повећање шанси за запошљавање лица са инвалидитетом, не треба сматрати дискриминаторским у односу на потенцијалне раднике неинвалиде (параграф 2,3 и 4). Овим документом је уређен и принцип остваривања рехабилитације лица са инвалидитетом. Наиме, параграфом 5. предвиђено је да се да се око покретања процеса рехабилитације, стручног оспособљавања и запошљавања примене мере онолико колико то дозвољавају медицински и педагошки услови. Након анализирања могућих проблема у овом процесу, предлаже се сарадња између представника организације послодаваца и радника, с једне, и организације особа са инвалидитетом, с друге стране.

Параграф 6. Конвенције регулише ово питање на националном нивоу. Тако, за све чланице МОП-а обавезно је да законом или другим подзаконским актима који су сачињени на основу конкретних услова и могућности предузме мере професионалне рехабилитације и запошљавање у складу са претходно наведеним параграфима овог документа. Остварени резултати рехабилитације и запошљавања особа са инвалидитетом служби за професионалну оријентацију, стручно оспособљавање, посредовање, запошљавање и других служби које су неопходне при реализацији овог процеса, вредновани су од стране надлежних органа. При том, предвиђено је да се у ове сврхе користе, пре свега, постојеће опште службе које су на располагању радницима уз неопходно прилагођавање за раднике инвалиде (параграф 7.). Међутим, параграфом 9. предвиђено је, у случајевима где је потребно, и оспособљавање посебних стручњака – саветника и друго стручно особље задужено искључиво за рехабилитацију и запошљавање заинтересованих особа са инвалидитетом, све ово у циљу изједначавања могућности радника са инвалидитетом са осталим радницима.

Будући да је популација становништа са инвалидитетом посебно угрожена у сеоској средини и у изолованим малим заједницама, нарочито у економски мање развијеним крајевима, Конвенција предвиђа и формирање и

²⁷члан4.

»...Политика спровођења стручне рехабилитације и запошљавања инвалида сваке државе потписнице треба да буде заснована на принципима једнаких могућности између радника инвалида и других радника. Изједначавање могућности и третман инвалидних мушкараца и жена радника треба да буде поштовано«

развој стручних служби које би се бавиле специфичностима рехабилитације и запошљавања лица са инвалидитетом у овим срединама (параграф 8.)

Параграфом 11. Препоруке 168. знатно је проширена и допуњена конкретизација предложених мера у односу на Препоруку 99. Тако, предложене су и: 1. мере за отварање радних места на слободном тржишту рада, укључујући и финансијско стимулисање послодаваца у циљу запошљавања особа са инвалидитетом; 2. мере које се тичу владине подршке у формирање различитих заштитних радионица за раднике са инвалидитетом који не могу конкурисати за запошљавање на слободном тржишту рада; 3. сарадња заштитних и производних радионица у свим релевантним питањима код запошљавања како би се омогућило да припремљени радници у заштитним радионицама могу прећи на радни ангажман у нормалним условима; 4. владина подршка службама за стручно оспособљавање и службама за посредовање при запошљавању радника са инвалидитетом којим руководи невладин сектор; 5. мере подстицаја за оснивање и рад задруга које формирају саме особе са инвалидитетом и евентуално њихово отварање према осталим радницима; 6. подстицај за развој мале привреде, разних типова производних радионица за раднике са инвалидитетом, под условом да испуњавају законски минималне норме пословања; 7. отклањање свих препрека које ометају приступ свим институцијама за обуку и рад особа са инвалидитетом; осим наведених предвиђено је и читав низ других мера који се тичу информација и комуникација, пореских олакшица и сличних интерних дажбина, бенефиција у погледу радног времена, подстицаја истраживачких подухвата везаних за могућности учешћа радника са инвалидитетом у нормалан радни процес и сл.²⁸

Од изузетног значаја за интеграцију радника са инвалидитетом у радни процес је параграф 12. где се указује да приликом креирања програма за реинтеграцију особа са инвалидитетом у друштво треба узети у обзир све облике оспособљавања. Оспособљавање за активности свакодневног живота, стручно оспособљавање и одређено опште образовање, али и сви облици непосредне подршке и подстицаја за запошљавање, задржавање и напредовање у послу.

Препорука се бави и детаљним упутствима за организовање и функционисање служби за професионалну рехабилитацију (параграфи 16, 17) и њиховом сарадњом (параграф 18 и 19) са широм заједницом.

Све специфичности обуке особа које се баве професионалном рехабилитацијом особа са инвалидитетом сагледане су препорукама садржаним у параграфима 22- 28, где се инсистира на циљу да се обука изврши тако да мере професионалне рехабилитације и реинтеграције радника инвалида дају максималне резултате.

²⁸ Видети шире у Б. М. Шундерић: *Право МОР-а*, одељак :Заштита инвалида, цитирано дело, стр.450-451

Текст Препоруке надаље односи се на још неколико сегмента од велике важности за успех укупне интеграције лица са инвалидитетом. То су питања сарадње послодавачких и радничких организација и служби за професионалну рехабилитацију, као и питања сарадње самих особа са инвалидитетом са службама за професионално оспособљавање, потом питања социјалног осигурања и укупне координације свих релевантних фактора за успех интеграције у радни и укупни друштвени живот.

3.3. Остала документа (декларације, изјаве, препоруке, савети)

Осим наведених, свакако најзначајнијих међународних докумената, којим се регулише статус особа са инвалидитетом у друштву, донет је читав низ других, мање општег карактера који третирају поједине области друштвеног живота особа са инвалидитетом или се баве специфичним проблемима тог дела популације (нпр. проблемима особа са сензорним оштећењима итд.).

Из угла заштите интереса особа за инвалидитетом, значајно је поменути и Декларацију о правима инвалида (1959.), Начело о заштити људи са душевним обољењима и заштити менталног здравља (1959.), Талинска декларација о изворима средстава за инвалидско подручје (1990.), Начела за заштиту душевно оболелих и побољшање стања за ментално здравље (1991.), Бечка декларација (1993.), Копенхагенска декларација о социјалном развоју у свету (1995.) итд.

Значајно је поменути да је специјализована агенција УНЕСЦО-а донела и низ препорука у области образовања деце са инвалидитетом. Најважније међу њима су Алтернативни приступи у образовању глувих, Конвенција против дискриминације у образовању (1960.), Сандбергова декларација (1981.), Декларација из Саламанке (1994.).

ЕУ и Савет Европе, творци су такође више међународно правних аката који регулишу права особа са инвалидитетом: Резолуција о знаковном језику глувих (1988.), Саопштење о једнаким могућностима за инвалиде, Нова стремљења Европске заједнице за телесне инвалиде (1990.), Резолуција о укључивању инвалидне деце и омладине у опште васпитно-образовне системе (1990.), Резолуција о једнаким правима, а и могућностима за инвалиде (1996.), Амстердамски уговор (1997.).

Такође, МОР је осим детаљније анализиране Конвенције донео више докумената у виду савета, препорука, закључака и сл. која се тичу запошљавања особа са инвалидитетом, нпр. Препорука бр. 168 о рехабилитацији и запошљавању инвалида (1983.)²⁹, која је важна допуна претходно анализираним Конвенцијама 99 и 159, Закључак о запошљавању инвалида у друштву (1989).

²⁹ Б. М. Шундерић: *Право МОР-а*, одељак :Заштита инвалида, цитирано дело, стр.449

Из овог селективног приказа и анализе кључних међународних докумената, јасно је потпуно да правна регулатива покрива добар део проблема битних за популацију особа са инвалидитетом, иако правници углавном замерају на недовољно спецификованом положају појединих категорија лица са инвалидитетом (који имају сасвим особене проблеме различите у односу на лица са другим типом инвалидитета)³⁰. Ипак, оно што је најважније, јесте чињеница да положај лица са инвалидитетом не може суштински бити промењен уколико државе потписнице ових међународних докумената, након ратификације истих, не уграде препоруке садржане у овим документима у своја национална законодавства. Од још већег значаја је изграђивање различитих механизма примерених свакој земљи понаособ, за фактичку примену тих принципа кроз различите видове помоћи и заштите особа са инвалидитетом, чиме би се пружила прилику за што потпунију интеграцију у друштво - што је главни циљ у раду на поправљању правних стандарда која регулишу ову област. Дакле, солидна међународна правна регулатива у овој области може имати ефекта тек када се нормативно знатно више приближи фактичком стању у друштвеном животу, другим речима када за ратификацијом уследи коректна уградња препорука у национална законодавства, а потом се широко примени у свим битним областима социјалног живота.

Да пожељни след у реализацији међународних правних упута не иде ни брзо ни лако, сведочи интензивирање разних међународних тела у новије време, на допуни иструмената за покретање што шире акције за реализацију основних људских права. У том смислу, ваља се осврнути и на најновије Конвенције УН за промовисање и заштиту права и достојанства особа са инвалидитетом.

3.4. Конвенције УН за промовисање и заштиту права и достојанства особа са инвалидитетом

Сврха ове конвенције је како се у самом чл. 1. каже: »да осигура потпуно, ефективно и равноправно уживање свих људских права и основних слобода особа са инвалидитетом«. Фундаментални принципи садржани у члану 2. Конвенције су следећи: а) достојанство, индивидуална самосталност укључујући и слободу у доношењу сопствених одлука и независност личности; б) недискриминација; ц) потпуно укључивање ОСИ као једнаких грађана и учествовање у свим аспектима живота, д) уважавање разлика и прихватање инвалидности као део људских разлика и хуманости, е) једнакост прилика«.

³⁰Видети шире о томе у зборнику: *Права особа са инвалидитетом*, ур.Ј. Тркуља, ЦУПС, Београд, 2003. Нарочито шире у текстовима посвећених анализи докумената који се баве правима особа са појединим врстама инвалидитета

Члан 3. Конвенције односи се на регулисање права на приступачност, равноправност свих алтернативних видова комуникације коју користе особе са инвалидитетом. Такође, у овај члан је укључено по први пут и право на дизајн – с циљем олакшавања социјалне интеграције (односи се на дизајн помагала која користе ОСИ).

Четвртим чланом ове Конвенције регулисане су опште обавезе држава чланица УН у смислу пуне реализације свих људских права и фундаменталних слобода, посебно стављајући акценат на спречавање дискриминације по основу инвалидности. Овако дефинисане опште обавезе детаљно су рашчлањене у неколико одредби. У њима се прописује усаглашавање свих државних аката са Конвенцијом, укључивање уобичајених проблема особа са инвалидитетом у економску и социјалну политику развоја и у друге релевантне програме чланица, али се инсистира и на промовисању, развоју, доступности и употреби универзално дизајнираних роба, услуга, опреме и установа - особама са инвалидитетом као и осталим грађанима.

Већ следећим, чланом 5. Конвенције у неколико тачака се излажу путеви како би се изградио позитиван став заједнице према особама са инвалидитетом. *Први пут се у законској материји говори о могућим начинима подизања нивоа свести друштва према особама са инвалидитетом, борби против стереотипа и дискриминације у односу на њих, као и о промовисању слике о њима као о способним, корисним члановима друштва* који деле сва права и слободе, као и сви остали чланови друштва на конзистентан начин (став 1.ц).

Веома значајно, што собом доноси Конвенција је и што се њоме прописује и израда статистичке базе и прикупљање података о ОСИ у циљу »формулисања адекватних политика за заштиту и промовисање права особа са инвалидитетом...«, што све подразумева »сакупљање, анализу, кодификацију статистичких података и информација о инвалидитету и ефективном уживању људских права ОСИ.«. Подаци чије се прикупљање предвиђа, односе се на општа социо-демографска обележја али и на информације о приступу јавним сервисима, рехабилитационим програмима, образовним институцијама, смештају, и запослењу, и све уз гаранцију права на приватност и достојанство и уз поштовање анонимности и поверљивости података. (Члан 6.).

Новост коју доноси Конвенција јесте да се непосредно, у њеном основном тексту дефинише и сам појам дискриминације и објашњава под којим околностима изузетост особа са инвалидитетом из живота заједнице се има сматрати дискриминацијом (члан 7.).

Читав низ права (право на живот, једнакост пред законом, слободу и безбедност, слободу од тортуре или окрутног, нехуманог третмана или кажњавања, слободу од насиља и злостављања, право на поштовање

приватности, дома и породице, право на самостални живот и укључивање у заједницу, право на образовање, учествовање у јавном и политичком животу, право на слободу кретања, право на здравствену заштиту и рехабилитацију, право на рад, на социјално осигурање и животни стандард, учествовање у културном животу, спорту и рекреацији) била су регулисана већ поменутих међународних документима, но у Конвенцији су она много детаљније конкретизована кроз бројне одредбе низа чланова која регулишу ове области (од члана 8. до члана 24.). Важно је истаћи да је кроз ове конкретизације постаје очигледно да је овом приликом, далеко прецизније обрађен корпус поменутих права уз добро изведене мере за њихову примену. Такође, чини се да ни у једном од претходно донесених међународних докумената, не постоји у том обиму инсистирања да у креирању мера за практиковање права у свим наведеним областима треба укључити како ОСИ тако и њихове организације.

Посебно важним сматрамо члан 25. који се односи на контролу примене Конвенције међу државама чланицама УН. Њиме се предвиђа центар у оквиру Владе за питања везана за примену одредаба садржаних у Конвенцији и формирање »координационог механизма како би се олакшало извршење радњи везаних за различите секторе на различитим нивоима«. Такође, државе чланице су у обавези да у складу са сопственим државним и административним системом, »успоставе оквир на националном нивоу како би се представила, заштитила и пратила примена права приознатих овом Конвенцијом«.

За разлику од раније донесених најважнијих међународних докумената³¹ која регулишу права особа са инвалидитетом, као квалитет Конвенције се може изнети: 1. да су сва третирана права конкретизована кроз дефинисање начела и мера за спровођење (док је ранија пракса била да се дају смернице за спровођење); 2. што су изнесена начела правно обавезујућа (за разлику од претходних докумената која нису имала ту снагу – правно необавезујућа су); 3. за праћење реализације на националном, али и на међународном³² нивоу створен је механизам за надзор над спровођењем (раније је препоручиван *ad hoc* надзор над спровођењем); 4. најзад, сматрамо да је широко учешће држава чланица УН у доношењу овог међународног акта у великој мери допринело и квалитету овог правног инструмента.

2. Наше законодавство у контексту заштите лица са инвалидитетом

Наша земља потписала је и ратификовала готово сва међународна документа која су релевантна за правно регулисање статуса особа са инвалидитетом у друштву. На који начин су препоруке садржане у овим документима ушле у састав законодавства којим се регулише ово питање,

³¹ Овде пре свега мислимо на Стандардна правила за изједначавање права ОСИ, као најважнији документ који се директно односи на ОСИ

³² Комисија за људска права УН

можемо сагледати из анализе правног уређивања неколико области које су од суштинског значаја за особе са инвалидитетом. То су следеће области: систем пензијског и инвалидског осигурања, потом област здравственог осигурања и здравствене заштите, систем социјалне заштите, систем радног оспособљавања и запошљавања, област политичких права – где најпре мислимо на право чешћа у изборима политичких представника, област васпитања и образовања као и урбанистичко-грађевинска регулатива.

Устав РС³³

У најновијем Уставу РС, налази се неколико одредаба које су значајне за регулисање социјално-правног положаја особа са инвалидитетом. Ту најпре мислимо на једну општу одредбу која гарантује једнакост у законској заштити, без дискриминације. У том смислу забрањена је дискриминација по било ком основу »нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла..., старости, психичког или физичког инвалидитета« (члан 21). Ово је новина, за разлику од до скоро важећег Устава³⁴ у коме се није таксативно наводила забрана дискриминације по основу инвалидитета, већ се говорило о једнакости »без обзира на националну припадност, расу, пол, језик...и друго лично својство« (члан 20).

Остале релевантне одредбе новог Устава које се односе на особе са инвалидитетом налазе се, пре свега, у склопу гаранција људских права и слобода. Члан који се наслања директно на поменуту уставну одредбу о забрани дискриминације забрањује и »свако изазивање и подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости« (чл.49). Право на рад зајемчено је чланом 60 у коме се каже да су »свима под једнаким условима, доступна сва радна места« с тим што се »женама, омладини и инвалидима, омогућују посебна заштита на раду и посебни услови рада, у складу са законом«. Посебна заштита пружа се »деци о којој се родитељи не старају и деци која су ометена у психичком или физичком развоју« (члан 66). У оквиру права на социјалну заштиту, Устав гарантује да »грађани и породице којима је неопходна друштвена помоћ ради савладавања социјалних и животних тешкоћа и стварања услова за задовољавање основних животних потреба, имају право на социјалну заштиту...« (члан 69). У оквиру ове уставне одредбе која јемчи остваривање права на социјалну заштиту посебно је апострофирано да се »инвалидима, ратним ветеранима и жртвама рата пружа посебна заштита, у складу са законом« (исти члан). Остала регулатива мање општости у уређењу заштите особа са инвалидитетом налазе своје упориште управо у ових неколико општих уставних одредаба, без помињања ове категорије становништва.

³³ Службени гласник 83//06

³⁴ Службени гласник 1/1992

1. Регулатива у области социјалне заштите

Интересантно је рећи да је област социјалне заштите пре сто година, у периоду између два светска рата, на простору бивше Југославије, дакле и Србије, правно решавана збирно са осталим облицима осигурања запослених. Тако, за регулисање социјалног, здравственог, па и пензијског осигурања најзначајнији је Закон о осигурању радника који је донет 1922. године, чија се примена више пута одлагала, да би се коначно са њом започело тек 1937. године, ни тада у пуној мери. Иако су одредбе овог Закона биле на завидном нивоу правне регулативе нарочито у области социјалног осигурања, у пракси се доброно заостајало за применом ових механизма.³⁵ Иако се говори о мањкавостима у социјалним механизмима за реализацију одредаба и одређеним правним недостацима ваља рећи да су основне одредбе овога Закона послужиле као база за даљи развој социјалног осигурања након II светског рата.

Данас, област социјалне заштите свих категорија становништва па и особа са инвалидитетом, уређена је Законом о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана, који је такође претрпео више измена и допуна³⁶. Иако се односи на све грађане, овај правни инструмент има веома велики значај за одређене категорије становништва које су у стању повећане социјалне угрожености, односно социјалне потребе, на које би друштво требало да одговори у складу са одредбама овога Закона.

Реч је о скупу мера које су усмерене на остваривање заштитне функције породице, *стварању услова за самосталан живот и рад* лица која се налазе у стању социјалне потребе или за њихово активирање у складу са способностима. Такође предвиђено је *обезбеђивање средстава за живот материјално необезбеђеним а за рад неспособним лицима* (чл.4).

Законом је такође одређено које су то организације које се могу бавити пословима радног и професионалног оспособљавања и запошљавања особа са инвалидитетом, уз предвиђену помоћ државе (члан 5.).

У овом Закону су садржане одредбе које се могу, поред осталих категорија становништва, применити и на лица са инвалидитетом (нпр. права на материјално обезбеђење, право на смештај у установу социјалне заштите, право на смештај – привремени или трајни, у другу породицу и сл., али и оне одредбе које се односе искључиво на особе са инвалидитетом (нпр. право и на материјални додатак за помоћ и негу другог лица (члан 23 – 25.) као и услови под којима се остварује).

Да постоји увид законодавца о томе да је категорија особа са инвалидитетом свакако једна од социјално најугроженијих у Србији, може се

³⁵ Видети текст: А. Јоксимовић, *»Права на основу инвалидности«* у Зборнику: Осигурање и заштита на раду, цитирано дело, стр.106.

³⁶ *Службени гласник РС* бр. 36/91, 79/91, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 48/94, 52/96 и 29/01.

видети и из најновијег Закона о изменама и допунама Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана. Наиме, законодавац је предвидео (члан 31, став 8) формирање Завода за социјалну заштиту, од стране Владе РС, ради праћења и унапређења социјалне заштите као и подстицаја и развоја истраживања у области социјалне заштите и поправљања става јавности према овој категорији становништва.

Чини се да први пут законодавац инсистира и на квалитету заштите ове категорије становништва. Апострофира се оно што је у основи маргинализације ове групе становништва а смештено је у домен културе, и има за последицу социјалну изолацију, и често егзистенцијалну угроженост.

2. Регулатива у области здравствене заштите

Првобитна правна регулатива у овој области односила се на категорију запосленог становништва, док су касније њоме била обухваћени и остали слојеви становништва. Законом о здравственом осигурању, који је претрпео више измена и допуна³⁷, пре свега дефинисане су категорије лица које остварују обавезно здравствено осигурање. Ова област и уређена је и Законом о здравственој заштити који је такође претрпео више измена и допуна.³⁸

Права из корпуса регулисаних овим Законом односе се на осигуранике и чланове њихових породица а тичу се: здравствене заштите, накнаде зараде за време привремене спречености за рад, и накнаде путних трошкова везаних за коришћење здравствене заштите.

Важећем Закону о здравственој заштити се гарантује друштвена брига за здравље под једнаким условима на читавој територији, групама које су изложене повећаном ризику оболевања, као и социјално угрожених група становништва, где се наводе и лица са инвалидитетом (физичким и менталних), лица оболела од различитих болести (мултиплекс склерозе и сл.) која за крајњи исход често имају инвалидитет. Такође се гарантује здравствена заштита за „материјално необезбеђена лица, војних и цивилних инвалида рата, као и чланова њихових породица ако нису здравствено осигурани“ као и „кориснике сталних новчаних помоћи ако нису здравствено осигурани“ (члан 11). Ово законско решење је од посебног значаја ако се има у виду да често међу особама са инвалидитетом има и оних који немају на уобичајени начин регулисано право на здравствено осигурање.

Такође, од значаја за здравствену заштиту особа са инвалидитетом је и начело правичности здравствене заштите (члан 20) које се остварује

³⁷ Службени гласник РС бр. 18/92, 26/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 46/98, 54/99, 18/02, 80/02, 84/04, 107/05

³⁸ Службени гласник РС бр. 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 18/02, 107/05.

„забраном дискриминације приликом пружања здравствене заштите по основу расе, пола, старости, националне припадности, социјалног порекла, ..., врсте болести, психичког или телесног инвалидитета.“

3. Регулатива у области пензијско-инвалидског осигурања

Закон о основама пензијско-инвалидског осигурања (у даљем тексту ПИО) је донет 1996. године и претрпео више измена и допуна.³⁹ Овај Закон (чл.1) регулише право на обавезно и добровољно пензијско и инвалидско осигурање и услове његовог остваривања.

Чланом 3. наводи се у којим случајевима се признаје обавезно пензијско-инвалидско осигурање:«... за случај старости, инвалидности, смрти и телесног оштећења».

Законом се подробније дефинишу и групе које стичу право за случај инвалидности и телесног оштећења изазваних било повредама на раду, било професионалном болешћу (члан 17.) а и конкретизују њиховим таксативним навођењем (чл. 18).⁴⁰

Најновије законско решење не обухвата право на »професионалну рехабилитацију«, како би ово право у складу са међународном правом ваљало назвати, како је у ранијим верзијама овог закона било⁴¹. Законодавац је очигледно сматрао да је то питање довољно решити другим мање општим правним актима, јер је оно пренешено у надлежност послодаваца и увршћено у одредбе Закона о раду и Закона о основама радних односа.

Даља права везана за остваривање инвалидске пензије регулисана су чланом 21-25. Овим члановима Закона су дефинисани инвалидитет, повреде на раду и професионална обољења што чини основ за стицање права на инвалидску пензију, односно на надокнаду трошкова по овом основу у случају физичког оштећења 30% и више (члан 37.) Поменуте одредбе су важне ако се има у виду различита етимологија настанка инвалидитета.

Закон предвиђа и право на увећани радни стаж (члан 52. до 59.) код појединих врста послова који носе посебан ризик по здравље радника, што је значајно, у смислу превенције инвалидитета.

Чланом 244. уређено је право остваривања материјалне накнаде за помоћ и негу другог лица, веома је значајан за породицу особа са

³⁹ *Службени гласник РС*: 52/96, 46/98, 29/01 и последњи 34/03.

⁴⁰ »Права из пензијског и инвалидског осигурања, јесу: 1) за случај старости - право на старосну пензију; 2) за случај инвалидности - право на инвалидску пензију; 3) за случај смрти,... као и 4) за случај телесног оштећења проузрокованог повредом на раду или професионалном болешћу - право на новчану накнаду за телесно оштећење«

⁴¹ Видети члан 29 Закона о ПИО из 1996. године – где се каже да особа код које постоји опасност од настанка инвалидитета има право на новчану накнаду за преквалификацију или доквалификацију, те право на распоређивање на друго радно место са пуним радним временом, под условима које Закон прописује за раднике са преосталом радном способношћу. *Службени гласник СРЈ* 52/96.

инвалидитетом у смислу бар делимичног покривања увећаних егзистенцијалних потреба која ова лица имају.

4. Посебна правна акта којима се регулишу разна питања везана за положај посебних категорија особа са инвалидитетом у друштву

Законом о правима цивилних инвалида рата⁴² и Законом о правима бораца, војних инвалида, и чланова њихових породица⁴³ уређено је остваривање права на лична примања по основу инвалидитета изазваних ратним околностима, додатак за помоћ и негу других лица, здравствена заштита и новчана накнада при коришћењу услуга здравствене заштите укључујући и рефундирање средстава за ортопедске додатке. Њиме је предвиђено и низ бенефиција за особе категорије инвалидитета као и права чланова породица. Реч је о правима која се остварују уколико она нису регулисана другим актима о социјалном, здравственом и пензијском осигурању.

Законом о правима цивилних инвалида рата се дефинише ко су носиоци права предвиђених овим Законом. Осим самих цивилних инвалида рата, то су и чланови њихових породица и чланови породица цивилних жртава рата. Овим Законом уређена је остваривање права на лична примања по основу инвалидитета изазваних ратним околностима, додатак за помоћ и негу других лица, здравствена заштита и новчана накнада при коришћењу услуга здравствене заштите укључујући и рефундирање средстава за ортопедске додатке. Такође, овим Законом је предвиђено и неколико бенефиција за инвалиде рата, као и породице преминулих цивила рата услед ратних дејстава

Права дефинисана овим Законом користе осигураници под условом да не користе ова права по другом правном основу.

Законом о правима бораца, војних лица са инвалидитетом, породица палих бораца и чланова породица војних инвалида предвиђена је категоризација војних инвалида у десет група инвалидитета I категорија са 100% инвалидитета до X категорије са 20% инвалидитета, што собом повлачи и одређене консеквенце у обиму остваривању права по овом правном основу. Законом су уређена права на: лична примања по овом правном основу, додатак за негу и помоћ другог лица, ортопедски додатак, ортопедска и друга помагала, на здравствену заштиту и друга права везана за коришћење здравствене заштите (нпр. право на бањско и климатско лечење и сл.). Такође, Закон, као и у претходном случају предвиђа одређене бенефиције везане за градски превоз, смештај и исхрану у случају боравка у месту ван места боравка, као и право на путничко моторно возило.

⁴² *Службени Гласник РС* 52/96.

⁴³ *Службени Гласник РС* 24/98 и најновији Закон о изменама и допунама овог закона 137/04.

5. Правни акти за регулацију права особа са инвалидитетом у сфери радних односа

Законом о раду⁴⁴ регулисан је читав низ права и одговорности која се стичу на основу заснованог радног односа – члан 12.⁴⁵ Радно ангажованим особама са инвалидитетом загарантовано је право на посебну заштиту (члан 12.).

Особама које траже запослење обезбеђена је заштита од сваке врсте дискриминације по било каквом основу (члан 18.). Овим чланом Закона наводи се читав низ могућих основа за дискриминацију од полне, расне, политичке припадности, итд., и као посебан основ се истиче инвалидитет, што је новина у односу на претходне законе.⁴⁶ Истовремено Законом се предвиђа да се одредбе, које се односе на посебну заштиту особа са инвалидитетом или одсуства са посла ради неге детета са инвалидитетом, не сматрају дискриминацијом (члан 22.).

Законом о раду уређује се и читав низ питања која се тичу положаја особа са инвалидитетом или оних који се старају о особама са инвалидитетом у својој породици. Тако, на пример, новина у последњој верзији Закона о раду, јесте што се родитељу/ старатељу који има дете са тешким инвалидитетом, дозвољава одсуствовање са посла ради неге таквог детета до навршене пете године, у складу са проценом лекарске комисије (члан 96.).

Из угла заштите особа са инвалидитетом значајни су и чланови (97. 98. и 99.), којима су гарантована права родитеља/старатеља/хранитеља, и прецизирани услови под којима се она остварују, на скраћено радно време због посебне неге и заштите оболелог детета уз одговарајућу материјалну накнаду.

Седми одељак Закона носи назив »Заштита инвалида« и најзначајнији је из угла права на основу радног односа за особе са инвалидитетом. Чланом 101 регулише се право запослене особе са инвалидитетом да буде распоређена од стране послодавца на радно место где ће моћи да ангажује

⁴⁴Службени гласник 24/05.

⁴⁵ Члан 12., Запослени има права на одговарајућу зараду, безбедност и заштиту здравља на раду, здравствену заштиту, *заштиту личног интегритета и друга права у случају болести, смањења или губитка радне способности* и старости, материјално обезбеђење за време привремене незапослености, као и право на друге облике заштите, у складу са законом и општим актом.

Запослена жена има право на посебну негу и заштиту за време трудноће и порођаја.

Запослени има право на посебну заштиту ради неге детета, у складу са овим Законом.

Запослени млађи од 18 година и *запослени инвалиди имају права на посебну заштиту.*

⁴⁶ Члан 18 Забрањена је непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, *здравствено стање, односно инвалидност*, националну припадност, вероисповест,... или неко друго лично својство.

своје преостале радне способности. Налаже се и обавеза послодавцу да у случају могућности настанка инвалидности код радника са одређеним здравственим диспозицијама који ради на ризичном радном месту, распореди запосленог на друго радно место. Члан 102 санкционише евентуално одбијање запосленог да прихвати радно место на које га послодавац распореди према његовим расположивим способностима.

У оквиру одредаба овог Закона, налази се и она од изузетног значаја за осигурање претходно анализираних регулативе које се односе на право на рад особе са инвалидитетом. Тако, Закон налаже, да се неоправданим разлозима за престанак радног односа могу сматрати између осталог и »...привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења, ...одсуства са рада ради посебне неге детета«, али и због „неког личног својства запосленог“ (члан 183.).

Поређење правних стандарда у заштити особа са инвалидитетом које је успоставила МОР и Закон о раду РС, показује да је на најопштијем плану МОР у својим формулацијама инсистирала на далеко више аспеката правне заштите особа са инвалидитетом, него што је то фактички уграђено у наше национално законодавство. Ипак, није занемарљив напредак у новијој верзији аката који регулишу ову област.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености⁴⁷ и Закон о оспособљавању и запошљавању инвалида РС су од изузетног су значаја за особе са инвалидитетом ако имамо у виду обим радног ангажовања проучавање популације.

Када је реч о првом, као и у Закону о раду, овим правним актом за особе које траже запослење предвиђен је једнак третман при запошљавању. Чланом 8 овог Закона дефинисано је начело једнаке доступности, поступања и забране дискриминације у запошљавању међу појединцима. Овим законом је обезбеђен и механизам за заштиту овог права и то кроз предвиђену накнаду штете због дискриминације у запошљавању, те је „лице које сматра да је дискриминисано по основима из члана 8. овог Закона, има право да у судском поступку захтева накнаду штете због дискриминације од послодавца који одустане од заснивања радног односа“ (члан 21.).⁴⁸

Оно што је највећи помак у овој сфери је да су овим Законом предвиђене и активне мере запошљавања (члан 31.) где се приоритетима сматрају мањинске и угрожене друштвене групе те је предвиђено и „запошљавање и професионална рехабилитација инвалида и лица са смањеном радном способношћу“ (став 5.). У делу закона који регулише активне мере запошљавања налази се и засебан сегмент који се односи на

⁴⁷ *Службени гласник РС*, 22/92, 73/92, 82/92, 56/93, 67/93, 34/94, 52/96, 46/98, 29/2001, 71/03.

⁴⁸ Ова одредба је посебно значајна јер су нам позната искуства особа са инвалидитетом, да послодавац одустане од запошљавања када има прилике да упозна особу коју је већ одабрао по конкурсу, само због инвалидитета.

запошљавање и професионалну рехабилитацију „инвалида“. Чланом 49. предвиђено је да се „инвалидно лице и лице са смањеном радном способношћу запошљава под посебним условима“. Чланом 50. се конкретизују права у том смислу, те незапослена особа са инвалидитетом евидентирана код Националне службе за запошљавање може да оствари право на „1. стручну помоћ при утврђивању преостале радне способности и избору занимања; 2. професионалну рехабилитацију; 3. учешће у финансирању опремања радног места за рад инвалида“ (став 1. 2. и 3.).

Закон предвиђа и оснивање републичких, покрајинских и локалних Савета за запошљавање (члан 82,84 и 85), у чијем раду могу учествовати удружења која се баве заштитом интереса ОСИ. На овај начин је установљен још један механизам контроле над спровођењем поменутих одредаба о запошљавању ове маргинализоване групе.

Закон о оспособљавању и запошљавању инвалида РС, неће бити посебно анализиран будући да је у поступку усвајања нови Предлог закона о запошљавању особа са инвалидитетом, који за разлику од поменутог дефинише како професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом под општим условима, тако и под посебним условима. Другим речима, новом законском материјом не уређује се само оспособљавање и запошљавање наведене популације у тзв. заштитним радионицама, већ се предвиђају и стимулативне мере за рехабилитацију и запошљавање под општим, тржишним условима. На тај начин би се наведеној популацији отворила врата свих правних субјеката који имају потребе за запошљавањем нове радне снаге. Предлог Закона предвиђа и оснивање Националног центра за професионалну рехабилитацију лица са инвалидитетом и Фонда за запошљавање ових лица који би омогућили институционалну подршку стварања услова за њихов радни ангажман.

У релевантну законску материју која се односи на област рада, треба поменути још и Закон о безбедности и здрављу на раду⁴⁹, као релевантан правни акт из угла превенције инвалидитета. Овим Законом се уређују обавезне мере које се у радној средини предузимају зарад заштите живота и здравља запослених а предвиђају и посебне мере заштите особа са инвалидитетом.

6. Правни акти који регулишу право на образовање

У нашем законодавству нема посебних аката који уређују област образовања за проучавану категорију лица, већ је она уређена следећом регулативом: Закон о основама система образовања и васпитања РС⁵⁰, Закон о

⁴⁹ замена Закона о заштити на раду *Службени гласник РС*, 42/91, 53/93, 67/93, 48/94, 42/98, 101/05.

⁵⁰ *Службени гласник* 62/2003.

основној школи РС, Закон о средњој школи⁵¹, Закон о високом образовању РС.⁵²

Законом о основама система образовања и васпитања РС уређују се основе система предшколског, основног и средњег образовања и васпитања и тиче се начелних одредаба које се односе на циљеве образовања и васпитања, начин и услове за обављање поменутих делатности.

Није без значаја указати да се у најновијој верзији овога закона експлицитно налази одредба по којој се системом образовања и васпитања обезбеђују: „доступност образовања и васпитања; (члан 2 став 1) и једнака могућност за образовање деце и ученика са сметњама у развоју“ (члан 2 став 5).

У члану 4, који регулише право на образовање и васпитање начелно стоји да свако има право на образовање и васпитање, без обзира на стандардно побројене различитости које иначе налазимо у законском штиву. У наставку се каже да „лица са сметњама у развоју, одрасли и лица са посебним способностима имају право на образовање и васпитање које уважава њихове посебне образовне и васпитне потребе, у складу са овим и посебним законом.“

Ради обезбеђивања квалитета образовања, предвиђена је могућност да Република оснује и „центар за образовање лица којима је потребна посебна друштвена подршка“ (чл. 17. став 7.). Посебне надлежности овог центра су спецификоване чланом 25 овога Закона, где се истиче да центар за образовање лица којима је потребна посебна друштвена подршка, обавља све стручне послове који се односе на оспособљавање деце са разним видовима инвалидитета.

И најновија верзија Закона предвиђа поред редовних школа постојање и „специјалних школа“ на нивоу основног и средњег образовања (члан 29), као и програма прилагођених „особама са сметњама у развоју“ (члан 30). Овим Законом (члан 46.) таксативно је забрањен и сваки вид дискриминације у образовању.⁵³ Овим законом је предвиђена и казнена одредба за образовну установу која дискриминише појединца и групу по горе наведеним основама (члан 145.).

Законом о основној школи РС и Законом о средњој школи РС прописана су правила која уређују делатност основног односно средњег образовања.

Код дефинисања циљева основног образовања, правно задатом концепту образовања не може се ништа замерити, међутим, члановима(83-93.) овог Закона који су посвећени ученицима који захтевају посебан третман

⁵¹ Службени гласник РС 50/92, 53/93, 67/93,48/94, 24/96, 23/02, 62/03 и 64/04.

⁵² Службени гласник 76/05.

⁵³ „У установи су забрањене активности којима се угрожавају, омаловажавају или дискриминишу групе и појединци по основу расне, националне, језичке, верске или полне припадности, физичке или психичке конституције...“

или како се у Закону каже »ученицима ометеним у развоју«⁵⁴, предвиђа се искључиво специјално образовање ове деце и не оставља се никаква могућност да се наведена категорија деце школује заједно са популацијом деце без инвалидитета. Чланом 83. овог Закона предвиђа се да »деца ометена у развоју« имају права на специјално образовање на које се упућу у сагласности са решењем о врсти и степену оштећења, које доноси лекарска комисија на основу кога се деца разврставају у одређену категорију инвалидности. Завршна реч о судбини деце са инвалидитетом припада лекарима, који их упућују у одређене специјалне школе (за глувонему, слабовиду децу и сл., а деца са телесним инвалидитетом завршавају такође у специјалним школама). Дакле, у старту су деца са инвалидитетом осуђена на социјалну изолацију и на све могуће консеквенце овог издвајања из система редовног образовања. Заправо, законодавац није предвидео ни најмању могућност да се бар поједине категорије деце са инвалидитетом укључе у систем редовног образовања како би се касније лакше придружили скупини остале деце у наставку образовања. Чини се да се тиме, на почетку изузетно важне фазе друштвеног живота деца са инвалидитетом гетоизирају и губе шансу да се на основу преосталих способности припреме за рад и укључе у друштвени живот. Тако је практично деци са инвалидитетом ускраћена могућност интеграције у групу вршњака, па и касније у ширу заједницу.

У најновијем Закону о високом образовању РС⁵⁵ по први пут у материји која регулише ове делатности се налазе одредбе које се експлицитно односе на права особа са инвалидитетом. У члану 4 овог Закона се истиче да се делатност високог образовања заснива на начелима, између осталог и »поштовања људских права и грађанских слобода, укључујући забрану свих видова дискриминације«. Даље се забрана дискриминације⁵⁶ конкретизује у дефинисању одредбе о праву на високо образовање које могу да остваре »сва лица са претходно стеченим средњим образовањем, без обзира на расу, боју коже, постојање сензорног или моторног хендикеп...« (члан 8). Закон предвиђа да оснивач високошколске установе »обезбеђује финансирање опреме и услова за студирање студената са хендикепом« (члан 59), а да сама високошколска институција »може за студенте са хендикепом организовати и изводити студије, односно поједине делове студија, на гестовном језику« (члан 80.). Такође, студенту са инвалидитетом се гарантује право »да полаже испит на начин прилагођен његовим могућностима, у складу са општим актом високошколске установе« (члан 90.).

⁵⁴ при чему је прецизирано да ова формулација подразумева како децу ометену у менталном развоју тако и децу са телесним инвалидитетом.

⁵⁵ Службени гласник 76/05.

⁵⁶ За разлику од претходног Закона о Универзитету (Службени гласник 21/02).

7. Урбанистичко-грађевински прописи који се односе на особе са инвалидитетом

Правилник о условима за планирање и пројектовање објеката у вези са несметаним кретањем деце, старијих, хендикепираних и инвалидних лица донесен је на основу Закона о планирању и уређењу простора и то први пут тек 1997. године⁵⁷, и први је општи правни акт на овим просторима те врсте, много након што су принципи просторног планирања везане за ову посебно осетљиву категорију становништва, ушли у правна акта у многим западноевропским земљама. То је подзаконски акт о чијем спровођењу води рачуна извршна власт (ресорни министар који доноси овај акт), и не постоје никакве додатне мере правног санкционисања у случају непоштовања одредби овог правилника, како би, иначе, било да је овај Правилник подржан другим правним институтима, који би обезбедили обавезност спровођења. Тако се, на пример, грађевинским стручњацима препушта на савести да одлуче да ли технички услови дозвољавају да одређено здање приликом захвата реконструкције буде подвргнуто прилагођавању за кориснике са инвалидитетом (члан 33).⁵⁸ Стављање ван законске регулативе у правном смислу те речи, питање изградње и прилагођавања јавних објеката могућностима речене популације (Закон о изградњи објеката⁵⁹ и Закон о планирању у уређењу простора насеља⁶⁰ Закона о планирању и изградњи⁶¹), где се ова питања уопште нису помињала сугерише закључак да се у овој области није водило озбиљно рачуна о потребама лица са инвалидитетом.⁶² Тек недавно је Законом о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи⁶³, у члану 1. додата тачка 31. која гласи: „стандарди приступачности“ јесу обавезне техничке мере, стандарди и услови пројектовања, планирања и изградње којима се осигурава несметано кретање и приступ особама са инвалидитетом, деци и старијим особама.“ И оно што је посебно значајно, јесте прописан механизам за поштовање претходно наведеног стандарда за изградњу објеката у смислу санкционисања непоступања по њему.

⁵⁷ Службени гласник 18/97.

⁵⁸ »Приликом реконструкције постојећих објеката примењују се одредбе овог правилника ако то дозвољава локација, конструкција и други услови грађења«

⁵⁹ Службени гласник РС бр.16/97.

⁶⁰ Службени гласник РС бр.46/98.

⁶¹ Иако је реч о сасвим новом закону који је био донесен 2003, Службени гласник бр.47/03.

⁶² Тако већина јавних објеката због постојања архитектонских баријера потпуно су недоступна лицима са инвалидитетом. У Београду су нпр. доступна тек два биоскопа и неколико позоришта. У неком градовима Србије, су тек захваљујући неким од акција самих удружења особа са инвалидитетом и страним донаторима у 2002. и 2003. години започете акције Град-без архитектонских баријера (нпр. у Чачку).

⁶³ Службени гласник РС 34/06.

8. Изборни прописи и права особа са инвалидитетом

У складу са међународним Пактом о политичким и грађанским правима, чији је потписник и Република Србија, свака држава је обавезна да обезбеди право сваком свом грађанину да, у складу са својим опредељењем, изрази политичку вољу на изборима. У нашем законодавству постоји неколико релевантних закона која регулишу услове под којима се та права и остварују: Закон о избору председника Републике⁶⁴, Закон о избору народних посланика⁶⁵, Закон о локалним изборима,⁶⁶ као и Закон о локалној самоуправи.⁶⁷

Одредбе које су значајне за остваривање елементарних грађанских права особа са инвалидитетом налазе се пре свега, у деловима која се тичу бирачких места и гласачке процедуре. Гласачи гласају на бирачким местима – каже се у свим наведеним законским актима, но даље не стоји да бирачка места треба архитектонски прилагодити. У том смислу се може рећи да нису сагледана права особа са таквом врстом инвалидитета која би им онемогућава приступ бирачком месту. Дакле, *републички прописи не обавезују техничке извршиоце изборног поступка да за бирачко место одаберу такво, које би омогућило доступност лицу које се креће уз помоћ ортопедских помагала, чиме је озбиљно нарушен принцип једнаких изборних права грађана.*

Већ у погледу процедуре гласања, законодавац је настојао да сагледа проблеме ове категорије становништва кроз одредбе које се могу тицати и права особа са инвалидитетом. Предвиђене су две могућности и то: да бирач који није у могућности да лично гласа, може да са собом, на изборе поведе лице које ће обавити гласање уместо њега на начин који ће му одредити, или уколико бирач није у стању да дође до бирачког места, може да обавести бирачки одбор о томе да жели да гласа, а бирачки одбор ће преко свог члана омогућити таквом лицу да гласа у свом дому, и то на начин који омогућава тајност и аутентичност изражавања политичке воље бирача.

Другим речима, упутно је питати се зашто законодавац није предвидео изједначавање права свих грађана у смислу стварања техничких услова за приступ бирачком месту под истим условима за све, наравно уз задржавање могућности да у посебним случајевима гласају у својим кућама, односно на горе поменути начин.

⁶⁴ Службени гласник РС 73/02, 72/03, 93/03, 18/04, 111/07

⁶⁵ Службени гласник РС 35/00

⁶⁶ Службени гласник РС 33/02, 42/02, 72/03, 129/07

⁶⁷ Службени гласник РС 9/02

9. Регулатива којом се спречава дискриминација особа са инвалидитетом

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом⁶⁸

Без обзира што се у постојећој регулативи инсистира на забрани дискриминације, чињеница да је она присутна у различитим сферама јавног живота, резултирала је и доношењем овог Закона који регулише искључиво проблем неједнаког третмана популације особа са инвалидитетом. Овим Законом се уређује *»општи режим забране дискриминације по основу инвалидности, посебни случајеви дискриминације ових особа, као и поступак заштите особа изложених дискриминацији«* а све са циљем подстицања социјалне укључености ових особа (чл. 1). Законом се децидирано инсистира на укључивању особа са инвалидитетом у све сфере друштвеног живота на равноправној основи и на једнаким правима и обавезама (чл.2).

Посебно важно је што је овим Законом дефинисано *шта је то дискриминација по основу инвалидности* (чл.3), *као и који су то облици дискриминације* (чл.4). Законом се посебно дефинишу облици посредне и непосредне дискриминације (чл.6), као и посебно тешки облици дискриминације (чл.9). Значајно што доноси овај Закон је то што су предвиђени облици дискриминације који се санкционишу овим законом а тичу се оних видова дискриминација које врше органи или представници органа јавне власти. Тиме се заправо ово законско штиво приближава суштинској заштити људских права – заштити појединца од стране државе. Бројним одредбама у вези дефинисања посебних облика дискриминације у удружењима грађана, образовању, запошљавању, у вези породичних и брачних односа, овај Закон добро покрива релевантне области живота. Међутим, у ИВ сегменту код регулисања мера за подстицање равноправности ове категорије лица, закон је добрим делом неодређен у навођењу обавеза локалне самоуправе у том смислу. Овај сегмент је, чини се, најслабије правно срочен. Законом (ВИ део) су предвиђене и казнене одредбе којим се санкционишу различити облици дискриминаторног понашања према овој категорији лица.

Закључна разматрања

Уопштавање резултата обављене анализе домаћих правних инструмената по наведеним областима показује следеће:

а) *Не постоји јединствена правна материја којом се регулишу права особа са инвалидитетом у свим областима друштвеног живота.* Ову чињеницу

⁶⁸Службени гласник 33/06.

можемо тумачити на двострук начин. Први, да законодавац није сматрао неопходним да се ова област засебно уреди, будући да су права ове групације третирана интегрално са правима свих грађана у законској материји која уређује различите области друштвеног живота. И други, да се сматрало да би доношење једног таквог закона представљао, аутоматски, чин дискриминације према овим особама.⁶⁹ Које год тумачење прихватили, резултат је да се правна регулатива, која се односи на ову групу становништва, налази на стотинама страница закона који регулишу различите области друштвеног живота. Тешкоће са којима се сусреће ова групација у упознавању са правима проистеклим из статуса стеченог по основу инвалидитета су велике, и одавно јавно признате од стране ресорног министарства.⁷⁰

б) Праћење права особа са инвалидитетом је додатно компликовано честим променама законске материје. Тако, неки од кључних закона који регулишу питања од значаја за проучавану групу, у последњих неколико година су више пута мењани и допуњавани.

в) Не постоји јединствено одређење особа са инвалидитетом у законској материји. Различита законска акта дају различиту дефиницију ове популације, док у неким она потпуно изостаје. То је свакако последица непостојања консеквентне политике државе према овој популацији, па законска материја износи на видело пресек тренутног стања у овој области.⁷¹ Често се у законској материји врло уопштено третирају права особа са инвалидитетом те не постоји њихова конкретизација кроз дефинисање начела и мера за спровођење. За ову тврдњу могуће је навести на десетине примера. Обезбедити механизме за спровођење кључних права је често важније од појединачног навођења низа права, чија примена није обезбеђена правним институтом. Додуше, треба рећи да се лагано бележи напредак у најновијим правним актима.

г) Правна материја ретко третира питање механизма надзора над спровођењем права, другим речима, није јасно ко је задужен за праћење кршења права особа са инвалидитетом. Са изостављем овога питања из саме законске материје, јасно је да све остаје на појединцу који се у том случају има обратити суду по основу кршења права у одређеној области.

д) У многим областима друштвеног живота, права особа са инвалидитетом су се декларативно помињала, у смислу забране дискриминације, а у неким ни у тој форми. Поменућемо само пример

⁶⁹ Ову тезу често заговарају и сами представници популације ОСИ.

⁷⁰ Од стране ресорног министарства издата је публикација под насловом *Водич кроз права особа са инвалидитетом у Републици Србији*, са пописом релевантне законске материје и њених кључних сегмената с циљем да олакша сналажење у правној регулативи.

⁷¹ У зависности од тренутка кад је закон писан, тренутне сензибилизације јавности за проблеме ових особа, или у новије време присутних притисака од стране међународне јавности у правцу хармонизације домаћег законодавства са међународним стандардима у овој области, појављују се и различита одређења ових особа.

правног обезбеђења права на доступност окружења. Наиме, тек деведесетих година кроз један подзаконски акт се уноси одредба о обавези пројектаната иградитеља да уваже принцип доступности, али уз ограду „уколико то услови дозвољавају“. Стављање ван законске регулативе у правом смислу те речи, питање изградње и прилагођавања јавних објеката могућностима испитиване популације, где се ова питања уопште нису помињала, сугерише закључак да се уопште није водило озбиљно рачуна о потребама лица са инвалидитетом. Тек недавно је законом о изменама и допунама кључног закона који регулише ову област исправљен овај пропуст.

ђ) У вези са претходно наведеним примером треба рећи да законодавац није водио рачуна, да уколико пропусти уређивање једне области социјалног живота, директно онемогућава особе са инвалидитетом да користе друга права која су брижљиво уређена. Поменути пропуст у вези са грађевинско-архитектонским стандардима градње директно је онемогућио права ове популације на несметано кретање, коришћење свих јавних објеката, затим право на рад, образовање, политичку партиципацију, итд.

е) Најзад, а у вези са свим досад реченим, неусклађеност легислативе у овој области само је последица непостојања државне стратегије усмерене на особе са инвалидитетом. Тек недавно је сачињен текст таквог предлога, о чијој се даљој судбини у јавности не зна. Стварањем такве стратешке основе поменути недостаци прописа би могли бити исправљени у скорој будућности.

Сасвим је сигурно, да овај сведени преглед регулативе статуса особа са инвалидитетом не може у потпуности да пружи увид у правна решења у свим областима живота, у којима је неопходно више пажње поклонити тој категорији становништва, како би се смањиле препреке које им социјално окружење поставља. Ипак сматрамо да је основано рећи да *развој међународног права у регулисању ове области бележи напредак и доноси усавршавање механизма за контролу њиховог поштовања у националним законодавствима*. Такође, могуће је констатовати да још *увек постоје разлике у стандардима које поставља међународно право и домаће законодавство у појединим областима социјалног живота*. Особе са инвалидитетом су у појединим законским прописима пре третиране као објекти заштите него као актери друштвеног живота, којима ваља само компензаторним правима помоћи да превазиђу социјалне баријере у различитим областима живота. Заокружујући увид и у остале аспекте односа друштва према овој маргинализованој групи, усуђујемо се рећи, да се модел става јавног мњења о особама са инвалидитетом, речима законотворца пренео и на сама законска решења која се баве правима ове категорије становништва. Ипак, сведоци смо лаганог формирања свести одговорних за доношење закона о томе да се правни приступ овој, нема сумње, веома угроженој категорији становништва, мора коначно самерити и хармонизовати и у

односу на правна решења у окружењу (мислимо пре свега на земље Европске уније), како би се одговорило притисцима међународне јавности али и реалним захтевима овог дела наших суграђана. Ово је нарочито видљиво са новим изменама и допунама постојећих закона у последњих 2-3 године, где се, на пример и таксативно наводе особе са инвалидитетом као уживаоци права на заштиту од дискриминације у различитим областима друштвеног живота, али и кроз доношење Закона о забрани дискриминације особа са инвалидитетом. Такође, видљиво је да полако и у законску регулативу улазе термини који сведоче о свести самих законотвораца да је неопходно применити политички коректан језик (коректна употреба терминологије којом се означава ова категорија становништва). Треба рећи да у том смислу није сва законска материја подједнако усаглашена. И на крају, требало би указати на важност механизма којима се обезбеђује поштовање закона. Иако се и том делу запажа промена, не може се рећи да су у потребном обиму обезбеђени ефикасни механизми за поштовање слова закона. Сагласни смо у великој мери са мишљењем да »постоји опасна илузија да закон може заменити конкретно друштвено делање“⁷², те да није довољно имати добру законску регулативу. Нажалост, (не)моћ права увек је јасно омеђена друштвеном збиљом, а пут до владавине права дуг и неизвестан.

⁷² *Говоримо отворено*, Информативни центар за ОСИ »Лотос«, Тузла 2000., Из интервјуа са Предрагом Вукасовићем, стр. 97.

Doc. Jasmina Ivanova-Petrović, PhD
Assistant Professor,
Faculty of Philosophy, Kosovska Mitrovica

LEGAL ASPECTS OF THE PROTECTION OF DISABLED PERSONS

Summary

The overall position of disabled people is significantly influenced by the legal regulation of their social status. The attitude towards the disabled persons has changed throughout history, as well as their legal status. History bears witness of the physical destruction of disabled children, long periods of complete silence about this population category, and a gradual recognition of certain rights of the disabled persons. Eventually, the contemporary legislation has fully acknowledged the needs of the disabled persons and recognized the necessity to attentively regulate this area both within the national and international law. In order to establish the factual position of this most frequently neglected social group, it is necessary to get an insight into the relevant legal solutions dealing with this subject matter. In this paper, the author analyses the crucial international documents regulating this matter, including the documents of a general character as well as the documents directly related to the legal protection of the disabled. The paper also includes a critical analysis of legal acts and by-laws pertaining to the legal protection of the disabled persons in the national legislation.

Key words: disabled persons, human rights, legislation, legal status, discrimination, integration, reintegration, prevention.

UDK: 305:392.312

UDK: 316.346.2-055.1

Мр Наталија Жунић, асистент

Правни факултет Универзитета у Нишу

ПАТРИЈАРХАТ – ЗАШТО И У КОМ КОНТЕКСТУ?

Апстракт: Овај рад представља покушај да се нека разматрања концепта патријархата прикажу кроз радове феминистичких теоретичарки,

Опресија жена је фокусна тачка у радовима феминистички оријентисаних теоретичара/ки, без обзира које су провенијенције (радикалне, социјалистичке, психоаналитичке, или неке друге). Аналитички приступ опресији жена води ка употреби концепта патријархата за "анализу принципа и структура које леже у основи опресије жена". У феминистичкој теорији патријархат се утемељује као основна концепција друштвене конституције пола који детерминише структуру женскости (фемининости). Он је темељна категорија феминистичке анализе, и истраживачи/це инсистирају да се он мора озбиљно узимати у обзир у сваком ангажману који се сматра феминистички и који претендује да разуме и објасни социјални свет са стајалишта жене.

Овај рад представља покушај да се нека разматрања концепта патријархата прикажу кроз радове феминистичких теоретичарки, јер, како каже Лидија Склевицку, феминистичка теоријска парадигма доприноси реинтерпретацији и редифиницији темељних категорија људског постојања којима припадају и односи међу половима. Заправо, једно од питања које поставља и следећу дилему је: да ли се можемо кретати само у релацијама постојећих дисциплинарних категорија да бисмо описали и објаснили свет, или ћемо, као што је то урадила феминистичка социолошка теорија, креирати нове концепте уколико желимо описати и објаснити свет виђен из тачке гледишта дискриминисаних, маргинализованих и често невидљивих чланова друштва.

Стога је опресија жена фокусна тачка у радовима феминистички оријентисаних теоретичара/ки, без обзира које су провенијенције (радикалне, социјалистичке, психоаналитичке, или неке друге). Аналитички приступ опресији жена води ка употреби концепта патријархата¹ за "анализу

¹ Патријархат - владавина мушкараца у друштву и у породици. Ова реч потиче из позног

принципа и структура које леже у основи опресије жена".² У феминистичкој теорији патријархат се утемељује као основна концепција друштвене конституције пола који детерминише структуру женскости (фемининости).³ Он је темељна категорија феминистичке анализе, и истраживачи/це инсистирају да се он мора озбиљно узимати у обзир у сваком ангажману који се сматра феминистички и који претендује да разуме и објасни социјални свет са стајалишта жене.

У социјалној теорији, ако се можемо позвати на општи социјално-теоријски оквир, појам "патријархат" употребио је Макс Вебер, да би констатовао постојање одређене форме организације домаћинства у којој отац доминира над осталим члановима заједнице сродника и управља

грчког језика, Септуагинте, превода Старог завета. Патријарх је првобитно праотац, касније бискуп. (Везел, У. *Мит о матријархату*, Београд: Просвета, 1983, стр.166.) **Патријархализам (Патријархализм)** Патријархат (=грч. владавина оца) јесте форма друштва у којој мушкарци имају највишу моћ одлучивања и располагања над свим члановима породице. Њима у исти мах спада у обавезу и да брину о свим припадницима породице и њиховом животном издржавању. Али патријархално структурирани односи владавине (Herrschaft) појављују се и у свим осталим подручјима друштвеног живота. Владалац, политичар, предузетник, шеф надлештва, земљопоседник, мисли и дела сходно моделима понашања патријархалног старешине породице. Држање које тако настаје означава се као патријархализам. Оно је данас такође још више проширено и често повезано са осећајем надређености мушкога рода женском. (Wisniewsky, R./Hermann, K.: *Handbuch für Frauenbewegung. Zur teilung der Frau in der Gegenwart. Informationen - Analysen - Anregungen*, Stuttgart, Bonn Aktuel GmbH, 1988. **Патријархат (Patriarchy)** 1.облик друштвене организације у којој мушкарац (The Patriarch – старешина, патријарх, глава, праотац) глава породице/домаћинства поседује моћ над женама и децом. (нпр. Римско друштво). 2. сваки систем кроз који мушкарац остварује и одржава социјалну, културну и економску доминацију над женама и млађим мушкарцима. Назив може да се односи на организацију по оцу, унутар породице или домаћинства, етц. или унутар читавог друштва. Иако социолози историјски појам употребљавају описно, новији поступак феминистичких социолога наглашава вечим делом његове негативне карактеристике. Анализе у социологији тичале су се порекла и импликација патријархата. Премда су биолошке разлике између мушкараца и жене (е.г. физичка снага у ратовању) понекад виђене као основа патријархата, подједнако је уочљиво и његово мењање у облику и значају. Унутар феминистичке теорије употреба појма патријархата води политизацији дискусије о родним релацијама, омогућујући да се родне релације разумеју као тврђења о неравноправности моћи.(Jary, D./Jary, J. 2000). **Патријархат (Patriarchy)** у широкој дефиницији значи манифестацију и институционализацију мушке доминације над женама и децом у породици и ширење мушке доминације над женама у друштву уопште. Што подразумева да мушкарци држе моћ у свим важним институцијама друштва и да су жене лишене приступа тој моћи. То не значи да су жене или потпуно немоћне или сасвим обесправљене у правима, утицају, или изворима богатства. Један од најизазовнијих задатака женске историје је да прецизно истражи различите облике и начине у којима се патријархат историјски појављује, промене и мењање у његовој структури и функцији, и прилагођавања која чини под притиском и питањима жена. (Lerner, G. 1986, 239).

² Majnard, M.: *Sociological Theory*, New York, Longman, 1989, p. 61.

³ Дискусија о патријархату у неофеминистичком покрету почиње у првој половини седамдесетих и почетком осамдесетих година.

економском производњом домаћинства.⁴ Појаву коју је у том контексту Вебер одредио као "Herrschaft" (владавина, власт, господарење), тј. као однос доминације и подређености, Кејт Милет је ставила у центар објашњења односа полова у патријархату.

Топос патријархата је велики значај и одјек стекао у неофеминистичкој теорији захваљујући пре свега радикалном феминизму, који "доказује да патријархат подупире сваки друштвени однос."⁵ На тој теоријској линији о овој теми прва је проговорила Кејт Милет (*Sexual Politics*), одређујући патријархат као "институцију која омогућава да половина становништва, коју сачињавају жене, буде контролисана од стране друге половине, коју сачињавају мушкарци".⁶ Односи међу половима су односи "господарства", и К. Милет их одређује као доминацију и власт мушкараца над женама. Она тврди да "владавина мушкараца представља институцију која је у друштву стално присутна, и која тако дубоко задира у све политичке, друштвене и економске сфере, било да је реч о кастама или класама, феудализму или бирократији, као и у све главне религије, она се такође историјски или просторно јавља у мноштву различитих облика".⁷ Два начела, по Кејт Милет, владају у свим патријархалним друштвима: да мушкарци владају женама, и да старији мушкарци владају младима. Патријархат има трансисторијску димензију и, према овој теорији, како каже Џ. Мичел, "патријархат прожима све: задира у класне разлике, различита друштва и историјске епохе".⁸ То значи да је патријархат конститутивни принцип свих друштвено-историјских форми, и да се само различито испољава у времену и простору.⁹ Радикални феминизам инсистира на томе да је владавина мушкараца над женама заједнички именитељ и *conditio sine qua non* свих форми патријархалне друштвене структуре.¹⁰ Полови су организовани као касте (доминација над другом групом стиче се рођењем);

4 Вебер тачно каже: "Патријархализам означава стање у коме у једној већином примарној економији и породичној групи (домаћинству) власт врши појединац". (Вебер, М.: *Привреда и друштво, I-II*, Београд, Просвета, 1976, II, стр. 182.) О патријархалној доминацији и односима доминације и подређености: оп. цит., II, стр. 96-97.

⁵ Mayes, P.: *Gender*, New York, Longman, 1989, p. 83.

⁶ Millet, K.: *Sexual Politics*, New York, Double Day, 1979. p. 33.

⁷ op. cit. 34

⁸ Mitchell, J.: *Psychoanalysis and Feminism*, Harmondsworth, Pelican Books, 1976. p. 65.

⁹ "Постоје многи облици патријархата. Најумеренији – који женама признаје извршан број прерогатива – могу дозволити релативно уравнотежене односе међу половима. Насупрот томе, постоје други где се мушкарац поставља као апсолутни господар и присваја сву власт до те мере да намеће крајњу несиметричност међу споловима. Такви могу бити названи апсолутним патријархатима". (Бадентер, Е.: *Једно је друго*, Сарајево, Свјетлост, 1988, стр. 79.)

¹⁰ "Мушкарци доминирају по навици (што је последица идеологије, социјализације и психологије) а када је потребно и силом (контролишу привреду, државу и њене представнике, на пр. војску, и држе монопол над сексуалним насиљем)". (Mitchell, J.: *Woman's Estate*, Baltimore, Penguin Books, 1981, p. 60.)

како каже К. Милет, "групе које владају на основу права стеченог рођењем брзо изчезавају, али је преживела једна стара и универзална шема доминације једне групе одређене рођењем над другом таквом групом, а то је шема која преовлађује у области полова".¹¹ Кејт Милет патријархату даје значење друштвене константе, која безусловно има већу моћ од класне стратификације у градацији мушке доминације. Моћ мушкараца над женама "ригорознија је од класне слојевитости, јединственија и издржљивија",¹² и класна владавина и капиталистичко друштво не посредују владавину мушкараца над женама. Класне разлике међу женама су пролазне, варљиве и нису тако значајне као оне међу мушкарцима. Одатле је проистекао и њен став да је класна разлика релевантна само за мушки пол. На тим основама "она пројектује успостављање једног фундаменталног система доминације – патријархата – који је аналитички независан од капиталистичког или било ког начина производње."¹³

Односи међу половима, за К. Милет, како у садашњим тако и у прошлим историјским друштвеним циклусима, јесу односи асиметричних моћи, који се онда испостављају као битно политички (наравно, у једном редефинисаном значењу политике). Она термином "политика" означава оне "односе чија се структура заснива на моћи, и таква уређења у којима је једна група особа контролисана од стране друге групе".¹⁴ Стога К. Милет проширује "појам патријархата као модуса доминације мушкараца у породици, држави и друштву, да би односе међу половима могла приказати и као битно политичке. За њу "пол представља статусну категорију са политичким импликацијама"¹⁵ Пол схваћен као биолошка категорија не може објаснити опресију жене, већ га треба посматрати као социјалну категорију. Концентрација моћи је извршена према полним критеријумима и у рукама је мушкараца, који инструментима социјалне политике у окружењу патријархата учествују у потчињавању жена.

За Кристин Делфи место патријархалне опресије жена јесте – породица. Ту се експлоатација одвија тако што "муж експлоатише своју жену примајући домаће и сексуалне услуге за које не плаћа. Заузврат, муж опскрбљује и чува своју жену. (...) ова експлоатација у дому омогућава мушкарцима да доминирају и контролишу жене у свим осталим сферама друштва".¹⁶ Кључни став К. Делфи којим она објашњава своје феминистичко становиште, јесте да су са женске тачке гледишта мушкарци а не капитализам "главни непријатељ", из простог разлога што жена удајом постаје "домаћи

¹¹ Millet, K. op.cit. p. 35.

¹² op. cit. p. 35.

¹³ op. cit. p.34.

¹⁴ op. cit. p. 34

¹⁵ op. cit. p. 35.

¹⁶ Prema: Maynard, M. op. cit. p. 64.

роб". То заправо значи да "материјална база угњетавања жене не лежи у капиталистичким већ у патријархалним производним односима".¹⁷ Неједнаки односи социјалне моћи, као последица патријархалне експлоатације унутар породице, рађају раслојавање жена и мушкараца на две антагонистичке "класе".¹⁸ Појму патријархата се у анализи опресије жена и у овако заснованом феминистичком ставу придаје аналитичка независност у односу на било који облик друштвене производње. То, наиме, значи да у опресији жена парадигматичан утицај има патријархат, са инструментима доминације мушкараца у контроли жена.¹⁹

На тој демаркационој линији струја у феминизму, Зила Ајзенштајн инсистира на тези да је опресија жена резултанта дејства репресивних елемената и патријархата и капитализма, који, тако испреплетени, у садејству, формирају један систем. Она каже: „Капитализам користи патријархат и патријархат је одређен потребама капитала“.²⁰ Систем у којима су жене подређене и потребама капитала и мушкарцима она назива **капиталистички патријархат**. Капитализам и патријархат су два повезана, узајамно зависна система експлоатације. За М. Барет, анализа патријархата креће се у два смера и добија двоструку вредносну димензију: када се патријархат третира као систем мушке власти који је нешто екстерно за капитализам, односно када се организација патријархалних односа сматра функционалном за капитал.²¹

Треба нагласити, за синтетички концепт патријархата у феминистичкој теорији важну, дефиницију патријархата Зиле Ајзенштајн. Она патријархат види као модел који претходи капитализму и који се данас заснива на моћи мушкараца стеченој кроз сексуалне улоге, а институционализован је у породици као језгру. Овом дефиницијом она даје патријархату трансисторијску димензију и његовим *sine quo non* сматра сматра доминацију мушкараца.

Концепт патријархата истражује и Анет Кун, која је анализом породице као патријархалне институције и њеног начина производње, утврдила специфично историјски модус патријархата, као у основи идеолошке инстанце. За њу, "патријархат – владавина оца – јесте структура

¹⁷ Барет, М.: *Потчињена жена*, Београд, Радничка штампа, 1983, стр. 24.

¹⁸ Кристина Делфи врши својеврсну ревизију марксистичког појма класе онда када каже да је неспособан да се носи са неким од главних аспеката опресивне ситуације жена. За њу је већина расправа о класи нужно о мушкарцима али не и о женама. Мислимо да је марксистички-класни дискурс ограничавајући, и том терминологијом је немогуће објаснити подређивање жена.

¹⁹ Морамо напоменути, да постоје струје у оквиру социјалистичког феминизма које у анализи опресије жена траже место за укључивање и појма патријархата и појма капитализма. Оне траже разматрање свих нивоа опресије жена, који се тичу како мушке доминације (патријархата) и свих њених консеквенци, тако и економског система капитализма.

²⁰ Према: Maynard, M., op. cit. str. 65.

²¹ Baret, M., op.cit. str. 26.

уписана у посебне изразе поделе рада према полу, по којој имовину, средства за производњу, вредности за размену, присвајају мушкарци, и по којој овај својински однос формулише односе у домаћинству и породичне односе, на такав начин да мушкарци могу присвајати рад и саме личности жена".²² Анет Кун наводи да многа истраживања опресије жена означавају породицу као сегмент њеног угњетавања. Кунова показује да су психички и економски механизми породице независни (или бар релативно независни) од капиталистичких односа. Својински односи у породици између мужа и жене конструишу и услове за развој одређених психичких односа. Они затим формирају полно и класно одређене субјекте – односно успостављају релације између патријархата и капитала. Патријархат је тај који, по Анет Кун, интегрише психичке и својинске односе помоћу којих породица постиже своју аутономну ефикасност. Она је покушала да, саобразно својој материјалистичкој линији разумевања опресије жена, помири и интегрише два концепта патријархата – као доминације мушкараца над женама, и као владавине оца.

Другачију употребу појма патријархата можемо препознати у радовима оних феминисткиња које су кренуле у аналитичко суочавање психоанализе и феминизма, све у функцији разумевања опресије жена. Насупрот радикалним феминисткињама, Џ. Мичел у свом раду *Психоанализа и феминизам* чини преокрет у анализама угњетавања жене користећи психоаналитички дискурс. За њу, психоанализа фројдовског порекла није, као што су то сматрале радикалне феминисткиње, апологија патријархата, већ његова анализа, која се може употребити за реконструкцију патријархалног система. Она дефинише патријархат као "закон оца, иманентан људској историји, који, иако у основи сувишан као поредак, делује на "несвесно" ".²³ Џ. Мичел преузима Фројдов појам несвесног да би доказала како се идеје о женама и женскости до те мере неупитно, а често и несвесно, прихватају, да се логично показују као природне и неизбежне. "То значи да су оне дубоко укорењене у нашим личностима и да их због тога тешко можемо изгнати или изменити".²⁴ Стога она појам несвесног одређује као аутономно подручје репродукције културе и идеологије.

Док су се неке теорије усредсређивале на економске и структуралне аспекте друштва, психоанализа је заинтересована за појединца, његову личност и психу. Тај момента истицања индивидуалног сегмента послужио је разумевању како "свесних" тако и "несвесних" аспеката рода. То је провоцирало Џ. Мичел да, на тим основама, инсистира на анализама које би обухватиле две аутономне области – економију (капиталистички систем привреде) и идеологију (као патријархалну идеологију). Анализирајући класе

²² Prema: Baret, M., op. cit. str. 28/29.

²³ Mitchell, J., (1976), op. cit. p. 14.

²⁴ op.cit. p. 15.

и истражујући психоанализу, она сматра да је грешка када се врши подређивање патријархалне, идеолошке анализе економској анализи. Експлиците тврди да су те две сфере постале тако испреплетане, да теоријски напредак зависи пре од спецификације него од стапања. Без обзира што су идеологија и одређени начин производње међусобно зависни, они се не могу редуковати једно на друго, нити исти закони могу деловати подједнако и у једној и у другој сфери. "да поставимо ствар шематично, у анализи савременог западног друштва (као свугде) ми имамо посла са два аутономна подручја: економским начином капитализма и идеолошким начином патријархата. Међузависност налазимо у одређеном изразу патријархалне идеологије. (...) Али ако анализирамо економску и идеолошку ситуацију само у тачки њихове узајамне пенетрације, никада нећемо видети средства њихове трансформације".²⁵ Из овако постављених проблема односа ових двеју сфера прилази нужност борбе у обе, с тим што Мичелова предлаже аутономност и за једну и за другу. То значи да је радничка класа та која докида капиталистички начин производње, а феминисткиње својом аутономном борбом специфичног карактера - културном револуцијом – треба да се боре против патријархата. Наглашавајући аутономност идеологије у односу на економски моменат, Мичелова је признала реалитет патријархалне инстанце – "закон оца". Испоставља се, дакле, да је вредносни систем аутономан у односу на економски и да га можемо употребити у процесу деконструкције идеологије полова.

Контекст у којем се употребљавао појам патријархата у наведеним феминистичким схватањима (без обзира на разлике међу њима) експлиците сугерише генералну дефиницију патријархата: као највише категорије мушке доминације. То потврђује и М. Барет, када каже да се појам патријархата опире не само истраживачком смештању унутар одређеног начина производње, већ одише свеопштим и трансисторијским угњетавањем.²⁶ Због своје структуралне и функционалне улоге у проналажењу узрока и услова опресије жена, појам патријархата се показује као темељна категорија феминистичке анализе, набијен великом политичком снагом унутар феминистичког покрета. Феминистичка теорија патријархата, са свим својим различитим теоријским сегментима, доследна је у ставу да је патријархат почетна тачка сваке анализе друштвеног положаја жене. Као специфични облик друштвене принуде над људским половима и генерацијама, патријархат представља једну трансверзалу у друштву која додирује економске, социјалне, идеолошке и културне индикаторе подређеног положаја жене. Патријархат посредује алијенацију жене, појављујући се као социо-културна и социо-политичка константа субординације жене.

²⁵ *op. cit.* p. 41.

²⁶ Baret, M., *op.cit.* str. 25.

"Потчињавање које ми искушавамо на свакодневном нивоу, без обзира на класу којој можемо да припадамо, прима различите облике – дискриминација, игнорисање, вређање, контрола, експлоатација, угњетавање, насиље – унутар породице, на радном месту, у друштву. Појединости могу бити различите али тема остаје иста."²⁷

Традиционална и патријархална друштва се суштински препознају социјалном праксом жене као "друго". Иако су се теорије патријархата кретале од аисторијског биолошког редуccionизма, преко дуализма вредносног (идеологија патријархата) и економског, до аутономије сваке од ових сфера, концепт патријархата као *Herrschaft*-синдром односа међу половима јесте примарно аналитичко оруђе у истраживању подређеног положаја жене. Зато је у истраживањима положаја жене вертикала социолошко/феминистичких дебата анализа дискриминације жена.²⁸ Дискриминација жена може се дефинисати као "неповољан третман жена у јавној сфери који резултира њиховим неповољним положајем у расподели свих битних друштвених ресурса (материјалног богатства, моћи и угледа)",²⁹ који се, наравно, заснива се на "логици" патријархалног система друштвене моћи. Марина Благојевић, у истраживањима овог социјалног феномена, говори о томе да су и дискриминација и мизогинија³⁰, као и експлоатација жена и насиље према женама део проблема патријархата. Односи између мушкараца и жена, а онда и њихов стварни положај у друштву, као и степен испољавања дискриминације према женама значајно су одређени ставовима и вредностима о мушкарцима и женама које дели шира друштвена заједница.³¹

²⁷ Bhasin, K.: *What is Patriarchy*, New Delhi, Raj Press, 1994, p. 3.

²⁸ Видети детаљно: Walsh Roth, M., ed.: *Women, Man and Gender - Ongoing Debates*, Yale University Press, New Haven, 1997.

²⁹ Благојевић, М.: "Дискриминација: неплаћено, потплаћено и потцењено", у: Благојевић, М., пр.: Мапирање мизогиније у Србији: дискурси и праксе, Београд, Асоцијација за женску иницијативу, 2000, стр. 478.

³⁰ Мизогинија је "мржња према женама. У ширем смислу ради се о безразложној мржњи и/или страху, који су најчешће праћени осећањем непријатељства и гађења. Мизогинија је изражена у институционалним и свакодневним праксама, у јавним дискурсима и у приватним, интимним односима. Њене карактеристике су да је готово општеприсутна (ubiquity), институционализована, најчешће ритуализована, а истовремено и идеологизована, служећи као оправдање искључивања, хијерархизовања и експлоатације жена. У том смислу, мизогинија је и идеологија и пракса и дискурс и културна институција, али и однос међу људима. Она је у бити есенцијалистичка, јер се примењује на "све жене", а женскост је биолошки дефинисана." (Благојевић, М.: "Мизогинија: Контекстуална и/или универзална", *Полни стереотипи*, Посебно издање 2, "Нова српска политичка мисао", 2002, стр. 23/24.) Општа распрострањеност и друштвена прихваћеност мизогиније за собом доноси друштвену доминацију мушкараца и неједнакост друштвених могућности мушкараца и жена.

³¹ У истраживањима и литератури о женском питању овај социјални феномен познат је под именом »парадокс рода« и он показује да: »када се особине или понашање који су повезани са женом процењују негативно или мање вредно - онда је род релевантан, односно, када се особина или понашање који су повезани са женом процењују позитивно или као драгоцен -

Односи дискриминације међу половима одвијају се у околностима које карактеришу патријархални интереси и идеологија. Манифестовање родно припадајућег "права" контролом, доминацијом и потчињавањем је, заправо, дефиниција друштвене реалности насиља над женама и злоупотребе права у различитим сегментима друштва. У том контексту постаје разумљиво којим то механизмима патријархат даје импулс породичном насиљу или другим врстама угрожавања права жена. А онда можемо, као наставак ове констатације, да се упитамо и о могућности - да ли ће и како пораст друштвене рефлексивности, као околност да стално морамо да преиспитујемо ситуације у којима се одвија наш живот, променити друштвени положај жена.

онда је род ирелевантан«. (Видети детаљно: Rosener, Judy B., *Leadership and the Paradox of Gender*, in: Walsh Roth, Mary, ed., *Women, Man and Gender – Ongoing Debates*, Yale University Press, New Haven 1997. p. 296.).

Natalija Žunić, MA
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

PATRIARCHY:
Why and in what context?

Summary

This paper is an attempt to present some discussions on the concept of patriarchy by exploring the works of some feminist-oriented theoreticians. The focal point in their works is the oppression of women. The principles and the structures of this concept have been defined and critically analyzed by using the concept of patriarchy, which is a fundamental category in determining the basic conception in the social construction of sex/gender, which further determines the structure of femininity.

Within this framework, the author focuses on the feminist concept of patriarchy. In the opinion of the feminist theoreticians, there is a need to redefine this term which is considered rather inadequate for describing the female experience and the status of women in the society. The author explains the concept of patriarchy with reference to various feminist theories (of radical, socialist, psychoanalytical and other orientations) and the necessity for an analytical research in the field of women subordination. The author points out that the feminist point of view and perception of the immediate reality enable women and men alike to free their minds from the patriarchal thought and practice, and to build a world free of dominance and hierarchy - a world that is truly human.

Key words: patriarchy, sex/gender, hierarchy, identity, gender law

UDK: 341.645(4-672EU):341.231.14

Mr Maја Настић, асистент

Правни факултет Универзитета у Нишу

**ПРИКАЗ ПРЕСУДЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА –
CASE OF AZIZ V. CYPRUS (appl. No.69949/01) ***

Анстракт: *Случај Aziz v. Cyprus био је успешан покушај Кипранина турског порекла који живи у области под управом Владе, да му се омогући уживање бирачког права које формално није био лишен, али које није могао да остварује скоро 30 година. Разлози његове искључености из политичког живота су двојаки: његово пребивалиште и етничка припадност. Кумулативно деловање ових чиниоца у комбинацији са посебним усатвним аранжманом који је успостављена Уставом Кипра онемогућио је подносиоца представке и још око 1.000 његових сународника да учествују у политичком животу и бирају представнике у парламенту државе чији су држављани.*

Суд је био потпуно свестан дубоке подељености Кипарске државе и њеног бинационалног карактера, као и чињенице да успостављени уставни и изборни систем нема решења за ситуацију која је настала још 1963. године. Анализом посебних околности које су пратиле овај случај, Суд је констатовао повреду права из члана 3 Протокола број 1 у вези са чланом 14 Европске конвенције. Државе су дужне да се придржавају начела равноправног поступања према свим грађанима, иако сви гласови нужно немају једнаку тежину у погледу исхода избора, нити сви кандидати имају једнаке шансе на победу на изборима, али с обзиром на значај права из члана 3 Протокола број 1 свим држављанима треба да буде омогућено да бирају представнике, посебно без обзира на етничку припадност.

УВОД

Систем заштите људских права заснован на Европској конвенцији¹ подразумева обавезу држава потписница да своје законодавство усагласе са начелима и стандардима које она предвиђа и које Европски суд за људска

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“ бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода потписана је 4. новембра 1950. године, ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. Наша држава ратификовала је Конвенцију 3. марта 2004. године.

права поставља тумачећи је. Европски суд се показао значајним "генератором" развоја овог система заштите успевајући да Конвенцију, која је донета пре више од 50 година у сасвим другачијем политичком и економском миљеу Европе, прилагоди измењеним условима примењујући "еволутивну" концепцију у њеном тумачењу.² Тако да није довољно познавати само одредбе Конвенције већ и case-law Европског суда за људска права.

Европски систем заштите права има супсидијарни, допунски карактер у односу на систем заштите људских права који је установљен националним системом и он се "активира" само када се исцрпљивањем свих расположивих правних средстава у домаћем систему не може заштитити неко право гарантовано Конвенцијом. Иако су пресуде Европског суда деклараторне природе и не могу укидати правноснажну пресуду домаћег суда или законску одредбу домаћег права, држава је дужна да преузме мере потребе ради имплементације пресуде у домаћи правни систем. Држава, у односу на коју је донета "осуђујућа" пресуда дужна је да предузме одговарајуће корективне мере како би зауставила утврђену повреду Конвенције у конкретном случају, али и спречила понављање сличних повреда Конвенције у будућности. То је приморало многе државе да унесу измене у своја законодавства. Тако је нпр. Белгија изменила Грађански законик како би изједначила децу рођену у браку и ван њега, Немачка је изменила свој Закон о кривичном поступку у вези са трајањем притвора, Шведска је изменила прописе о обавезној веронауци.³ Кипар је морао да измени свој изборни закон и да омогући припадницима турске заједнице, који насељавају подручје под управом Владе, да буду укључени у политички живот своје државе. Таква измена уследила је након доношење одлуке у предмету *Aziz v. Cyprus*.

1.1. Околности случаја

Предмет *Aziz v. Cyprus* проистекао је из представке коју је Кипарски држављанин турског порекла Ibrahim Aziz поднео против Кипра, Грчке и Велике Британије због повреде права из члана 3 Протокола број 1 у вези са чланом 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Ова представка је одбачена позивом на разлоге *ratione personam*.⁴ Ibrahim Aziz након тога, подноси нову представку 25. маја 2001. овог пута само против државе Кипар позивајући се на повреду права из члана 3 Протокола број 1 и члана 14 Европске конвенције.

У својој представици Ibrahim Aziz износи следеће чињенично стање: рођен је 1938. године у Никозији, на Кипру где и сада живи. Као држављанин Кипра, претпостављајући да му том основу припадају сва права која грађани

² М. Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993, стр. 42

³ Видети о томе Т. Папић (ур), *Збирка одлука о људским правима II- Одлуке Европског суда за људска права*, Београд, 2002, стр.19

⁴ Видети Н. Fusman, "Cyprus", *European Journal of Political Research*, 2007, Vol.46, pp. 916-928

уживају у својој држави, он је желео да учествује у доношењу политичких одлука и да реализује бирачко право на предстојећим парламентарним изборима. Стога, он се 30. јануара 2001. године обратио Министарству унутрашњих послова Републике Кипар тражећи да буде уписан у бирачки списак. Министарство унутрашњих послова је одбило његов захтев 8. фебруара 2001. године пошто према члану 63 Устава Кипра припадници турске заједнице не могу бити уписани у "грчко-кипарски" бирачки списак.⁵ Незадовољан оваквом одлуком уложио је жалбу Врховном суду Кипра ослањајући се на члан 3 Протокола број 1 Европске конвенције и указујући да је Кипарска влада, тиме што није обезбедила истицање двеју изборних листа, пропустила да заштити чланове обеју етничких заједница. Врховни суд Кипра је одбацио жалбу позивајући на одредбе из члана 63 Устава Кипра.

Након исцрпљивања свих расположивих правних средстава у домаћем правном поретку Ibrahim Aziz се обратио Европском суду за људска права позивајући се на повреду члана 3 Протокола број 1, који обавезује *високе стране уговорнице да у примереним временским размацама одржавају слободне изборе са тајним гласањем, под условима који обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору законодавних тела* и члана 14 Европске конвенције, који предвиђа да се *уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза са неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.*

1.2. Релевантни домаћи прописи и поступак пред домаћим органима

У поменутом случају домаћи органи поступали су позивајући се на одредбе Устава Кипра (члан 31, 62 и 63) и одредбе Закона о избору посланика (члан 5). Чланом 31 Устава Кипра предвиђено је да сваки грађанин, сходно одредбама Устава и одредбама изборних закона који су на основу тога донети, има право да гласа на било којим изборима који се одржавају сходно уставу односно одговарајућем закону.

Чланом 62 Устава Кипра је предвиђено да парламент броји 50 посланика. Овај број се може променити одлуком парламента која је усвојена од стране 2/3 представника грчке заједнице и 2/3 представника турске заједнице. У оквиру тако одређеног броја посланика 70% њих бира се од стране припадника грчке заједнице, а 30% њих од стране припадника турске заједнице на основу општег права гласа, директним и тајним гласањем које се одржава истог дана.

Члан 63 ст. 2 Устава Кипра предвиђа да сваки грађанин који је навршио 21 годину и који испуњава услове у погледу пребивалишта, како је

⁵ Aziz v. Cyprus, para 9-13 (www.echr.coe.int)

то прописано одредбама Изборног закона, има право да буде регистрован као бирач на "грчком" односно "турском" бирачком списку. Тако, чланови грчке заједнице могу бити регистровани као бирачи само на "грчком" бирачком списку, а чланови турске заједнице само на "турском" бирачком списку. Ниједна особа не може бити уписана као бирач ако је његов/њен упис онемогућен на основу изборног закона.

Члан 5 Закона о избору посланика (1979) разрађује члан 63 Устава и предвиђа да право гласа имају држављани Кипра који су навршили 21 годину и који имају пребивалиште на подручју Кипра у трајању од најмање 6 месеци у односу на датум који је одређен од стране министра и који је у Службеном гласнику објављен као датум од кога се рачуна "изборна" квалификованост.

Чланом 146 Устава Кипра Врховном суду је поверена искључива надлежност да коначно одлучује по жалбама да је нека одлука, акт или пропуштање било ког органа или лица које има извршна или административна овлашћења је супротна одредбама Устава или било ког закона, или да је учињена прекорачењем или злоупотребом овлашћења таквог органа или лица.

Врховни суд Кипра закључује да Устав Кипра не предвиђа да припадници турско-кипарске заједнице који живе на делу Кипра којим управља Влада буду уписани у грчко-кипарски бирачки списак, али да он није у могућности да мења устав јер би његово такво поступање било супротно принципу поделе власти.⁶

1.3. Наводи странака у поступку пред Европским судом за људска права

Подносилац представке нагласио је да се чланом 31 Устава Кипра сваком грађанину, укључујући и њега самог, гарантује бирачко право. Он је свестан дубоке подељености кипарског друштва, али и чињенице да поменути уставни и изборни систем у пракси уопште не функционише већ дуги низ годна. Стога, он оспорава одлуку Врховног суд у којој се он третира као припадник турске заједнице, упркос чињеници да таква заједница више не постоји на подручју које контролише Влада, где он и живи. Он је незадовољан поступањем Врховног суда Кипра, који уопште не посматра случај из реалне перспективе. Са аспекта подносиоца представке, Врховни суд Кипра је могао да одредбе изборног закона (1979) прогласи неуставним или да констатује да представљају препреку за остваривање његовог бирачког права, уместо што је релевантне уставне и законске одредбе тумачио на рестриктиван начин занемарујући дух Устава.⁷

Имајући у виду дотадашњу праксу Европског суда за људска права у односу на члан 3 Протокола број 1, подносилац представке указује на крају

⁶ Aziz v. Cyprus, para. 13

⁷ Ibid. para 16

да се овај "његов" случај јасно разликује од случаја *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*⁸. У наведеном случају лице је уживало бирачко право, а оспорене мере су имале привремени карактер у еволуцији законодавне функције Белгијске државе. Супротно томе, подносилац представке је имао само теоретско право гласа према Уставу Кипра, али је био искључен из политичког живота државе у којој је одабрао да живи.⁹

У свом одговору на поднету представку, Влада Кипра је нагласила да из одредби члана 3 Протокола број 1 не произилази обавеза државе да уведе одређени изборни систем и да се државама уговорницама оставља широк простор слободне процене. Сходно члану 2 Устава Кипра, грађани ове Републике припадају било грчкој било турској етничкој заједници. Суштина овог уставног оквира, укључујући и изборни систем, јесте да свака заједница учествује и извршава функције у органима државе путем "својих" представника, које ће изабрати или именовати из чланова своје заједнице у проценту односно броју који јој сходно уставу припада.

Влада наводи да, сходно члану 62 став 2 Устава Кипра, чланови Турске заједнице не могу да гласају за кандидате из грчке заједнице, који "конкуришу" за 70 % места у парламенту. Исто тако, чланови грчке заједнице не могу да гласају за кандидате из турске заједнице, који попуњавају преосталих 30% посланичких места. Дакле, чланови једне заједнице могу да гласају само за кандидате који долазе из заједнице којој и они сами припадају. У том смислу треба схватити и одредбе члана 63 став 1 Устава који предвиђа одвојену регистрацију бирача из различитих етничких заједница.

Турска заједница, којој подносилац представке припада, повукла се из уставних органа државе, а након окупације северног дела острва, чланови двеју етничких заједница започели су одвојени живот. Подносилац представке припада малобројној групи Кипрана турског порекла (која броји 1, 089 припадника) који живе на неокупираном делу Кипра. Стога, услед одсуства припадника једне етничке заједнице, Влада и Парламент у пракси не функционишу као двонационални органи. Тако да изборни систем није тај који спречава подносиоца представке да гласа на парламентарним изборима, већ се таква немогућност може објаснити непостојањем већинске турске заједнице за чије би кандидате подносилац представке гласао.

Како ова "ситауција" траје више од 30 година, то је Влада свесна да се тиме поменути број припадника турске заједнице лишава бирачког права, али указује и на своју немоћ да било шта измени. Наиме, било која активност коју би влада предузела са циљем да омогући да чланови турске заједнице, који живе на неокупираном делу, учествују у изборном процесу значило би

⁸ judgment of 2 March 1987, Series A no.113

⁹ Ibid. para 17

напуштање уставног система, који је и сачињен да би гарантовао посебна политичка права турске заједнице и може бити погрешно схваћена као покушај да се наметне нови систем, који би довео турску заједницу у неповољан положај и условима када се политичка ситуација може описати као деликатна. Немогућност подносиоца представке да узме учешће у политичком систему је последица изборног система као целине схваћеног у смислу члана 62 став 2 Устава.

У изношењу ових аргумента Влада се позвала на случај *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*. Поводом овог случаја Суд је нагласио да изборни систем једне државе мора бити посматран у светлу њене политичке еволуције, особености које би биле неприхватљиве у погледу једног изборног система могу бити оправдане у погледу другог, барем све док дотични изборни систем предвиђа услове који обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору закондавних тела. Тако, став је Владе да ако се у целини посматра изборни аранжман на Кипру, посебно ако се то доведе у везу са целокупним уставним аранжманом, он тежи остваривању легитимног циља и испуњавању услова пропорционалности. У таквим условима није неразумно имати изборни систем који ће осигурати политичку представљеност турске заједнице, чак иако веома мали број припадника те заједнице неће моћи да гласа за кандидате из своје заједнице. Са друге стране, ако има у виду да су припадници турске заједнице у осталом делу Кипра одбили да попуњавају места у парламенту недемократски је да 2% припадника ова мањинске заједнице попуњава 30% места у парламенту.¹⁰

2.1. Члан 3 Протокола број 1- значење у пракси Европског суда за људска права

Члан 3 Протокола број 1 има врло важну улогу у Европском систему заштите људских права јер садржи карактеристично начело стварне политичке демократије. Члан 3 Протокола број 1 уз Европску конвенцију ствара обавезу за високе стране уговорнице да одржавају слободне изборе, на којима ће грађани слободно изразити своје мишљење, али не ствара обавезу увођења посебног изборног система, као што је систем сразмерног представљања или већински изборни систем. У смислу члана 3 Протокола број 1, сваки изборни систем мора бити разматран у светлу политичке еволуције дотичне земље; особености које су неприхватљиве у једном изборном систему могу бити оправдане у погледу другог.¹¹

Иако формулација овог члана показује битну различитост у односу на друге карактеристичне чланове Конвенције, он не производи само

¹⁰ *Ibid.*, para 18-24

¹¹ Видети случајеве *Hirst v. United Kingdom* (app.no.74025/01), *Melnichenko v. Ukraine* (app. No. 3609/97), *Podkolzina v. Latvia* (appl. No. 46726/99)

међудржавне обавезе већ, по налажењу Суда, гарантује и права појединаца, односно укључује бирачко право и право кандидовања. Овакво схватање члана 3 Протокола број 1 је резултат је еволутивне праксе Европске комисије и Европског суда за људска права. Тако се од почетне идеје "институционалног" права на одржавање слободних избора¹², преко концепта "општег права гласа"¹³ дошло до концепта субјективног права на партиципацију-схваћеног као право појединца да "бирају" и "буду бирани на изборима за законодавна тела"¹⁴

Права садржана у члану 3 Протокола број 1 јесу централна права за демократију и владавину права, али нису апсолутна и могу бити подвргнути ограничењима. Основ за ограничење права из члана 3 Протокола број 1 мора бити легитиман циљ, али Суд не одређује прецизније шта се под тим подразумева, истовремено напомињући да треба водити рачуна и о принципу сразмерности. Постоји много начина за организацију и вођење изборног система и свакој држави се препушта да тај систем прилагоди историјском развоју, својој културној посебности и политичким условима, али тако да Суд у крајњој инстанци одлучује да ли је то у складу са чланом 3 Протокола број 1. Наиме, ограничења не смеју бити таква да умањују права на која се односе тако да их лишавају суштине и ефикасности. Услови морају бити постављени тако да не спречавају слободно изражавање људи у избору законодавног тела и тако да одржавају тежњу за очувањем интегритета и ефективности изборног поступка, где се путем општих избора изражава воља свих. Било какво одступање од општег права гласа води ризику да се занемари демократска вредност легислатуре и закона које она доноси. Искључење било које групе или категорије становништва мора бити помирљиво са сврхом члана 3 Протокола број 1.¹⁵

У предмету *Aziz v. Cyprus* Суд је онемогућавање држављанина Кипра да остварује своје основно политичко право сагледао у светлу посебних околности које се везују за функционисање Кипарске државе и Кипарског правног и политичког система. Суд примећује да је важећи Устав Кипра ступио на снагу у августу 1960. године, када је Кипар стекао независност од Велике Британије. Уставом је осмишљен посебан "аранжман" који је пратио подељеност двеју већинских заједница на Кипру. Наиме, како припадници Кипра живе у различитим деловима острва у натегнутим политичким односима, то је кључ пронађен у организовању посебних избора за припаднике заједничког представничког тела кроз постојање "етничких" бирачких спискова изборима. Припадници грчке заједнице, који насељавају јужни део острва, уписују се у "грчки" бирачки списак и гласају за кандидате-

¹² Одлука од 18. септембра 1961. године о прихватљивости представке бр.1028/61, у предмету *X v. Belgium*

¹³ Видети случај *X v. The Federal Republic of Germany* (appl. No. 2728/66)

¹⁴ Видети случај *W, X, Y, Z v. Belgium*, од 30. маја 1975. године

¹⁵ Видети случај *Ahmed and others v. the United Kingdom* (appl. No 65/1997, 849/1997 and 1056/1997

припаднике своје заједнице. Припадници турске заједнице насељавају северни, "турски" део острва, уписују се у "турски" бирачки списак и бирају посланике из редова своје заједнице. Основни недостатак који се појављује у таквим ситуацијама је што етнички подељена држава обично није подељена тако да су границе етничке чисте и да има појединаца који се уклапају у тај "шаблон", јер живе на подручју где је већинско становништво друге етничке заједнице.¹⁶ Ти недостаци постају још израженији у условима дубоке подељености и нетрпељивости "турског" и "грчког" дела острва.

Наиме, специфичан изборни систем који је створен за потребе ове бинационалне државе је функционисао у пракси врло кратко. Само су први избори одржани по тим правилима, да би учешће турских представника у раду парламента било суспендовано као резултат аномалне ситуације, која је започела 1963. године.¹⁷ Од тада се не примењују одредбе Уставе које се односе на представљеност турске заједнице у парламенту. Ситуација је посебно погоршана након што је Турска извршила инвазију Кипра 20. јула 1974. године, која се претворила у трајну окупацију 37% територије. 1983. године на северном делу острва становништво турског порекла проглашава независну Турску Републику Северног Кипра, коју осим Турске нико није признао, па се у свету сматра делом Републике Кипар¹⁸.

Главни политички проблем Кипра је управо ова подела на грчки и турски део. Данас, тридесет година након поделе није промењена ситуација, иако је уједињење у интересу и једне и друге заједнице. У више наврата долазило је до покушаја преговора, али како ниједна од страна није пристајала на уступке и одступања од својих првобитних захтева, преговори се се завршавали са мање или више неуспеха. Почетком септембра 2008. године лидери кипарских Грка и Турака покренули су нове преговоре о уједињењу острва, што Кипар поново доводи у жижу међународне јавности.¹⁹

¹⁶ A. Lijphart, " Proportionality by non- PR methods: ethnic representation Belgium, Cyprus, Lebanon, New Zealand, Germany and Zimbabwe", *Electoral law and their political consequence*, pp.113-123

¹⁷ Тада је грчка заједница предложила усвајање 13 амандман на Устав Кипра са циљем да се омогући нормално функционисање државе. Тада почињу невоље и први сукоби Грка и Турака. Ситуација је била веома заоштрена након државног удара у грчкој и доласка на власт војне хунте. 15. јула 1974. године уз помоћ Грчке и на Кипру се дешава државни удар. Турска је извршила инвазију Кипра 20. јула 1974. године, под наводним разлогом да врати стање какво је било пре државног удара. Та инвазија се претворила у трајну окупацију 37% територије Кипра. Након тога острво је "зеленом" линијом подељено на турски и грчки део и тако је остало до данас. 1983. године Турци проглашавају независну Турску Републику Северни Кипар, коју осим Турске нико није признао, тако да се сматра делом Републике Кипар. Видети о томе <http://sr.wikipedia.org>

¹⁸ <http://sr.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%B8%D0%BF%D0%B0%D1%80>

¹⁹ Дипломате оцењују да је ово најбоља шанса у протеклих неколико деценија јер су оба лидера посвећена постизању договора, а то је недостајало у претходним преговорима. Извор: ww.blic.co.rs

Суд закључује да Устав предвиђа одвојене бирачке спискове за грчку и турску заједницу на Кипру, али да је учешће турске заједнице у парламенту суспендовано 1963. године и да се од тада не примењују одредбе устава којима се предвиђа парламентарно представљање турско-кипарске заједнице, и квоте којих се две заједнице морају држати. Иако су овде одредбе неделотворне више од 30 година не постоје законске одредбе којим би се решили проблеми проистекли из тога, а чиме су припадници турске заједнице настањени на делу Кипра под управом Владе, у потпуности лишени сваке могућности да изразе своје мишљење приликом избора чланова парламента земље чији су држављани.

Стога, у светлу наведених околности Суд сматра да је суштина бирачког права гарантованог чланом 3 Протокола број 1 нарушена и да је дошло до повреде права из овог члана. Тиме је потврђен раније изнети став Суда да врло рестриктивно дозвољава органичења права из члана 3 Протокола број 1. Суд је свестан значаја овог права и да један глас не може да пресудно утиче на резултат избор, али је свестан и значаја овог права за грађане једне државе. Осим тога у случају *Aziz v. Sургus* није било речи само о бирачком праву појединца, већ читаве заједнице на грчком делу острва. Овај случај показује се специфичним у односу на друге случајеве који су се тicali органичења права из члана 3 Протокола број 1²⁰, у том смислу што није постојала изричита одредба која би припаднике турске заједнице искључивала од уживања овог права, али у комбинацији са посебним уставно-изборним аранжманом и местом њиховог пребивалишта они су били лишени бирачког права.

2.2. Повреда члана 14 Конвенције

Подносилац представке сматрао је да је искључен из политичког живота своје државе по основу своје етничке припадности и због тога се позвао и на повреду права из члана 14 Конвенције.

У оцени ових навода подносиоца представке, Суд се позвао на своју дотадашњу праксу према којој се различити третман сматра дискриминацијом, уколико нема објективно и прихватљиво оправдање, односно ако нема легитиман циљ или уколико не постоји прихватљива веза пропорционалности између средства које је употребљено и жељеног циља²¹. Суд даље примећује да члан 14 није самосталан, али да повезан са одредбама Конвенцијама игра значајну улогу са Ковенцијом и Протоколима, пошто штити појединца од било какве дискриминације у уживању права. У конкретном случају Суд примећује да је различитост поступања према подносиоцу представке засновано на чињеници да припада турској заједници. Он произилази из уставних одредби које регулишу

²⁰ Видети *Ahmed v. United Kingdom*,

²¹ Видети нпр. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 35-36, § 72)

бирачко право чланова грчке и турске заједнице на Кипру, а које је било немогуће остварити у пракси.

Државе уговорнице уживају извесну меру флексибилности у процењивању да ли и у којој мери разлике у иначе сличним ситуацијама оправдавају различито поступање. Међутим, Суду би требало пружити довољно јаке разлоге да би разлику у поступању, засновану искључиво на националном пореклу, могао да сматра спојивом са Конвенцијом. Иако је Суд узео у обзир аргументацију Владе он сматра да се ова разлика не може правдати разумним и објективним циљевима, нарочито у светлости чињенице да је Кипранин турског порекла у положају подносиоца представке, заједно са својим сународницима, спречен да гласа на свим парламентарним изборима. Поред тога, у Кипарском парламенту седе представници других мањинских заједница, који немају право гласа али који бивају консултовани у свим стварима који се тичу њих самих, посебно у питањима религије.²²

Европски суд је стога закључио да постоји јасна неједнакост у уживању права у питању која се мора сматрати суштинским аспектом случаја. и да је тиме дошло до повреде члана 14 у вези са чланом 3 Протокола број 1. Овде је посебно занимљиво што је Суд уопште разматрао да ли је дошло по повреде члана 14 Конвенције, јер то није самостална одредба, већ се посматра у вези са другим одредбама Европске конвенције. Суд често када утврди повреду суштинског права самостално закључује да нема потребе да даље испитује жалбу под чланом 14 у вези са истим правом.²³

3.1. Пресуда Европског суда

Имајући у виду аргументи и једне и друге стране, релеватне прописе државе у доносу на коју је представка поднета, као и своју досадашњу праксу, Суд је једногласно утврдио следеће:

- да је дошло до повреде права из члана 3 Протокола број 1 уз Европску конвенцију;
- да је повређен члан 14 Конвенције у вези са чланом 3 Протокола број 1;
- да утврђена повреда права представља довољну сатисфакцију за нематеријалну штету, коју је подносилац представке претрпео;
- да је одговорна држава у обавези да плати, у року од 3 месеца од датума правоснажности пресуде, 3,500 еура на име трошкова које је подносилац представке имао.
- да се остали наводи представке одбацују.

²² Видети о томе: S.Stavridis, "The Cyprus problem and Cyprus' accession to the Eu, the role of the Cyprus Hose of Reperestnatives", paper represented to the Intercollege Conference held in Nicosia on 4-6 April 2002

²³ Билтен Људска права у Европи, број 55, јул 2004. <http://www.airecentre.org/bulletins/55-jul04.pdf>

3.2. Правне последице пресуде

Чланом 46 Европске конвенције високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правоснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су странке. Из тога проилази да пресуда у којој Суд утврди повреду права намеће обавезу држави да исплати жртви новчану суму у виду правичног задовољења, већ да предузме опште, а ако има потребе за тим и индивидуалне мере у свом правном систему, како би се исправила повреда права утврђена пред Судом и њене последице. Након доношења пресуде, Комитет министара надзире да ли су предузете неопходне мере да би се спречиле нове повреде и у потпуности исправио положај подносиоца представке. Комитет није непосредно овлашћен да се непосредно меша у извршење пресуда у држави против које је донета пресуда. Уколико држава не предузме потребне мере остаје могућност примене политичке санкције-суспензије чланских права или искључење из Савета Европе, што овај систем чини једним од најуспешнијих међународних механизма контроле заштите људских права.

Право подносиоца представке да гласа у Републици Кипар зависило је од преузимања мера општег карактера, и није било потребно предузимање индивидуалних мера. Одмах након доношења ова одлуке Кипарске власти започеле су припреме на измени изборног законодавства. Парламент Кипра је усвојио привремени закон 10.02.2006. године ради остваривања бирачког права турског становништва са пребивалиштем у делу Кипра који је под управом Владе. Одлука Европског суда је у релативно кратком року од доношења била преведена и публикована на Кипру и тиме је ова држава успешно испунила своје обавезе.²⁴

Питање укључивања припадника турске заједнице, која насељава јужни део острва, истовремено је постављено и 2004. године када је Кипар примљен у чланство Европске уније и током припрема избора за Европски парламент. Кипру је припало шест посланичких места у Европском парламенту и како је право гласа и право кандидовања отворено за све европске грађане, без обзира на етничко порекло, то се морало пронаћи решење за укључивање и припадника турске заједнице. У једном моменту се појавила идеја да турској заједници припадну 2 од 6 места, али је одбачена из разлога што је расподела места према етничким принципима супротна принципима и пракси избора за Европски парламент. На крају одлучено је да се формира једна једномандатна јединица и да се места расподела према пласману партија. Тиме се омогућило и Кипранима турског порекла у јужном делу острва да имају иста права као и други грађани.²⁵

²⁴ Supervision of the execution of judgments of the European Court of human rights

²⁵ Иако су турски Кипрани охрабрени да се региструју као бирачи и да узму учешће у изборима за Европски парламент, резултати су били поражавајући јер се само 503 њих уписало

Закључна разматрања

Случај *Aziz v. Cyprus* показује делотворност европског система заштите људских права на примеру осетљивих права из члана 3 Протокола број 1 и члана 14 Европске конвенције у условима врло компликоване ситуације у држави у односу на коју је представка поднета. Поводом овог случаја Суд је поново нагласио значај права на слободне изборе, које садржи члан 3 Протокола број 1, за европски систем заштите људских права и његову "индивидуалну" димензију.

Европски суд за људска права инсистира да сваки изборни систем мора бити разматран у светлу политичке еволуције дотичне државе и да се свакој држави препушта да тај систем прилагоди својим особеностима. Суд наглаша да приликом ограничења овог права треба опрезно поступати, посебно ако је основ за то етничка или национална припадност. Поводом конкретног случаја Суд је управо утврдио да је дошло до повреде права из члана 3 Протокола број 1 и члана 14 Европске конвенције.

Ова одлука показује у пуном светлу ефикасност надзорног механизма европског система заштите људских права. Односна државе је одмах приступила имплементирању наведе одлуке. Одлука је преведена и публикована у домаћем систему, а започело се и са припремама на измени изборног законодавства. Очекивана измена уследила је почеком 2006. године.

Случај *Aziz v. Cyprus* показао је неопходност система заштите људских права засновних на Европској конвенцији и умешност Суда да реагује и у политички осетљивим државама и да балансира интересе супротстављених страна.

Maja Nastić, LL.M
Junior Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**A REVIEW OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS:
*Aziz v. Cyprus (Appl. No.69949/01)***

Summary

The case *Aziz v. Cyprus* was a successful attempt of the Cyprian citizen of Turkish origin (living in the region administered by the Cyprian government) to exercise his right to vote. Aziz had not been formally deprived of the right but he actually could not exercise it for almost 30 years. He had been excluded from the political life for two reasons: his place of residence and his ethnic origin. A cumulative impact of these factors in combination with special constitutional arrangement established by the Constitution of Cyprus made it impossible for the applicant and about 1,000 of his co-nationals to participate in the political life and elect their parliamentary representatives in their state of citizenship.

The Court was fully aware of the binational character of Cyprus and the deeply rooted separation stemming thereof. The Court was also aware of the fact that the established constitutional and electoral system had no solution for the complex situation which had been dating back to 1963. After analyzing the special circumstances involved in this case, the Court held that there had been a violation of the right to vote guaranteed by Article 3 of the Protocol No. 1 in conjunction with Article 14 of the European Convention on Human Rights. States are obliged to abide by the principle of an equal treatment for all citizens, regardless of their ethnic origin. In spite of the fact that all candidates do not have equal chances to win the election and although all votes do not necessarily have an equal weight in terms of the election outcome, considering the significance of the right stemming from Article 3 of the Protocol No. 1, all citizens are entitled to the right to vote for their representatives, regardless of their ethnic origin.

Key words: right to vote, elections, national origin