

Правни факултет Универзитета у Нишу
Faculty of Law, University of Niš

„ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ –
СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ”

ЗБОРНИК РАДОВА

„THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE EU LAW –
CURRENT STATE OF AFFAIRS AND PERSPECTIVES”

COLLECTION OF PAPERS

Свеска 1
Volume I

**„ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ –
СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ”**

Правни факултет у Нишу, 19. мај 2009.

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА

Издавач:

Правни факултет у Нишу, Центар за публикације

За издавача:

Проф. др Невена Петрушић, декан Факултета

Организатор Конференције:

Центар за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу

Редакциони одбор:

Проф. др Мила Јовановић, Проф. др Зоран Ђирић, Проф. др Наташа Стојановић,
Проф. др Срђан Голубовић, Доц. др Предраг Цветковић, Доц. др Небојша Раичевић,
Доц. др Марко Трајковић, Доц. др Дејан Јанићијевић

Уредници:

Проф. др Наташа Стојановић
Проф. др Срђан Голубовић

Превод:

Гордана Игњатовић

Технички уредник:

Ненад Милошевић

Дизајн корица:

Владимир Благојевић

Штампа:

Пунта Ниш

Тираж:

200

ISBN 978-86-7148-098-7

**Штампање овог Зборника помогло је Министарство за
науку и технолошки развој Републике Србије**

САДРЖАЈ

ЉУДСКА ПРАВА И ДЕМОКРАТИЈА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Др Радован Д. Вукадиновић УПОТРЕБА И ЗЛОУПОТРЕБА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ДОМАЋЕГ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕУ 1 <i>The Use and abuse of the harmonization of domestic law with the EU law</i>	1
Prof. dr. Michael Geistlinger THE LEGAL STATUS OF KOSOVO REVISITED? 21 <i>Правни статус Косова: Још један осврт?</i>	21
Др Милан Петровић РЕПРЕСАЛИЈЕ И ПРОБЛЕМ СУБЈЕКТА МЕЂУНАРОДНОГА ПРАВА..... 37 <i>Reprisals and the Problem of International Law Subjects</i>	37
Др Родољуб Етински ПРИБЛИЖАВАЊЕ ПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ СРБИЈЕ ПРАВНОЈ ПОЛИТИЦИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 53 <i>Bringing the Serbian Legal Policy closer to the Legal Policy of the European Union</i>	53
Prof. dr. Walter Berka AUTONOMY OF UNIVERSITY IN A EUROPEAN PERSPECTIVE: THREATS AND OBLIGATIONS..... 87 <i>Европска перспектива аутономије универзитета: претње и обавезе</i>	87
Prof. dr. Marianne Roth THE EU MEDIATION DIRECTIVE 97 <i>Директива Европске уније о медијацији</i>	97
Проф. др Свитлана Васиљивна Бобровник НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО И ЗАКОНОДАВСТВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 111 <i>The national legislation of Ukraine and the legislation of the European union</i>	111

Др Тодор Каламатиев ЗАКОН О РАДНИМ ОДНОСИМА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ – ДОПРИНОС ПРОЦЕСУ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ РАДНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ.....	123
<i>Labour Relations Act of the Republic of Macedonia: The Harmonization of Macedonian Labour Legislation with the EU law</i>	
Др Предраг Димитријевић МОДЕЛ ИНФОРМАЦИОНО УМРЕЖЕНЕ УПРАВЕ.....	139
<i>The model of networked E-Governance</i>	
Др Драгољуб Тодић НАЦИОНАЛНА СТРАТЕГИЈА ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И УСКЛАЂИВАЊЕ ПРОПИСА У ОБЛАСТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ СА ПРОПИСИМА ЕУ.....	165
<i>The national strategy of sustainable development of the Republic of Serbia and the harmonization of serbian environmental legislation with the EU law</i>	
Др Тања Каракамишева ЕВРОПСКИ ИЗБОРНИ СТАНДАРДИ И НЕОПХОДНЕ МЕРЕ ЗА УКИДАЊЕ ПРАКСЕ ПОРОДИЧОГ ГЛАСАЊА НА ИЗБОРИМА: правно-политички аспект... 189	
<i>The European Election Standards and the Necessary Measures to Eliminate the Practice of Family Voting: Legal and Political Perspective</i>	
Др Милева Анђелковић САРАДЊА ПОРЕСКИХ АДМИНИСТРАЦИЈА – МОГУЋНОСТИ И ОГРАНИЧЕЊА У СРПСКОМ И ЕВРОПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ.....	209
<i>Cooperation of Tax Administrations: Prospects and Limitations in the Serbian and the EU Tax Law</i>	
Др Рената Дескоска УСТАВНИ АСПЕКТИ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈЕ.....	229
<i>Constitutional aspects of the eurointegration</i>	
Др Ирена Пејић ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА, РЕГИОНАЛИЗАЦИЈА И ЕВРОПСКА ИНТЕГРАЦИЈА ...	243
<i>Decentralization, Regionalization and the European Integration</i>	

Др Наташа Стојановић ПРАВНА ЗАШТИТА ЖИВОТИЊА КОЈЕ СЕ КОРИСТЕ У ЕКСПЕРИМЕНТИМА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	267
<i>Legal Protection of Experimental Animals in the European Union and the Republic of Serbia</i>	
Др Владан Петров УЗ ДИЛЕМУ О КОНТРОЛИ УСТАВНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА.....	289
<i>The Dilemma on the Control of Constitutionality of the Ratified International Treaties</i>	
Др Владимир Ђурић ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ, ЗАШТИТА МАЊИНА И АФИРМАТИВНА АКЦИЈА У ЕУ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	317
<i>Non-discriminaton, Minority protection and affirmative action in the European Union and in the Republic of Serbia</i>	
Др Дарко Симовић ЛИСАБОНСКИ УГОВОР НАСПРАМ ПРЕДЛОГА УСТАВА ЗА ЕВРОПСКУ УНИЈУ	355
<i>The Lisbon Treaty as compared to the EU Constitution Draft</i>	
Др Искра Аћимовска Малетић ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ О ОМБУДСМАНУ	373
<i>European standards on the institution of an Ombudsman</i>	
Др Љубица Ђорђевић ЈАЧАЊЕ АДМИНИСТРАТИВНИХ КАПАЦИТЕТА КАО УСЛОВ ЗА ЧЛАНСТВО У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ	393
<i>Strengthening Administrative Capacities as a Condition for the EU Membership</i>	
Др Марина Димитријевић ЗНАЧАЈ КООПЕРАТИВНОСТИ ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА У САВРЕМЕНОМ ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ	417
<i>The importance of taxpayers' cooperation in the contemporary tax procedure</i>	
Др Марко Трајковић ТЕОРИЈСКОПРАВНИ АСПЕКТ ПОДРУЧЈА „НАПЕТОСТИ“ ПРАВА И МОРАЛА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	433
<i>The theoretical and legal aspect of the concept of “tension” between the law and morality in Serbia and the European union</i>	

Mr Мира Симовић

УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ПРАВОМ
ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 455
Harmonization of the Serbian Legislation with the EU Law

Mr Дејан Вучетић

РАВНОМЕРАН РЕГИОНАЛНИ РАЗВОЈ У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 475
*Balanced regional development in the legal systems
of the Republic of Serbia and the European union*

Mr Маја Настић

УСТАВНО-ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ У
ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 497
*The significance of the european convention on human rights in the legal system
of the republic of serbia: constitutional aspect*

КРИВИЧНО ПРАВО И СУДСКА ЗАШТИТА

Dr Војислав Ђурђић

ЕВРОПСКИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ О ПРАВУ НА ПРАВНИ ЛЕК
У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ 521
European Legal standards on the Right to a legal remedy in the Criminal Procedure

Dr. sc. Berislav Pavišić, Dr. sc. Eduard Kunštek

ТРАНЗИЦИЈЕ ЕВРОПСКИХ КРИВИЧНИХ ПОСТУПАКА 551
Transition of european criminal procedures

Dr Никола Матовски

МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ О
КАЗНЕНОМ (КРИВИЧНОМ) ПОСТУПКУ 577
International legal standards in criminal (penal) procedure

Dr Миодраг Н. Симовић, Mr Владимир М. Симовић

ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ПРАВО ОПТУЖЕНОГ НА ОДБРАНУ
И НА ПОМОЋ АДВОКАТА 601
*The european standards on the right to defence
and legal assistance of a counsel*

Др Слободанка Константиновић-Вилић НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ КАО РОДНО ЗАСНОВАНО НАСИЉЕ – ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ.....	623
<i>Family violence as gender-biased violence: The European Standards and the Serbian Legislation</i>	
Др Драган Јовашевић, Др Љубинко Митровић ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У ОБЛАСТИ СУЗБИЈАЊА ПРАЊА НОВЦА.....	651
<i>The european standards and the law of the Republic of Serbia in the field of combating money laundering</i>	
Dr. sc. Petar Veić ТРАНЗИЦИЈА ПРЕКРШАЈНОГ ПРАВА	677
<i>Transition issues in the law of Delicts</i>	
Др Братислав Милановић БОРБА ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ – ВАЖАН УСЛОВ КОЈИ РЕПУБЛИКА СРБИЈА МОРА ИСПУНИТИ ЗА УЛАЗАК У ЕВРОПСКУ УНИЈУ	695
<i>Fighting corruption – an important requirement to be met by the Republic of Serbia prior to EU accession</i>	
Др Зоран Ђирић МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ МЕДИЦИНСКОГ КАРАКТЕРА У АКТУЕЛНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ – СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ	711
<i>Medical security measures in the criminal code of Serbia: Forensic Psychiatry Approach</i>	
Мр Душица Миладиновић-Стефановић ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА – међународни стандарди и право Републике Србије.....	727
<i>Confiscation of Property arising from the Commission of a Criminal Offence: The International Standards and the Legislation of the Republic of Serbia</i>	

ПРЕДГОВОР

Публикација која је пред вама представља Зборник радова, саопштених на међународној научној конференцији "Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе", која је одржана на Правном факултету у Нишу, дана 19. 05. 2009. године.

Мотивисан актуелношћу теме, велики број аутора са европског правног простора (из Аустрије, Немачке, Украјине, Хрватске, Македоније, Републике Српске и Србије) послало је своје научне прилоге редакцији. Управо због тога, овај Зборник радова објављује се у две свеске.

Највећи број радова из ове публикације посвећен је хармонизацији домаћих прописа са правним тековинама Европске уније – тренутном стању у домаћем законодавству, и ономе што на плану законодавног деловања очекује Републику Србију, као потенцијалног кандидата за пуноправно чланство у Европску унију.

Радови су према тематици распоређени у пет целина: Људска права и демократија, Грађанско право и судска заштита, Кривично право и судска заштита, и Трговинско право и интеграције у Европској унији.

Сви радови који су објављени у овој публикацији су рецензирани.

Уредници

УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ

СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ СРПСКОГ ПРАВА У ОДНОСУ НА ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

*Поштоване колегинице и колеге,
Даме и господо,
Учесници Конференције,
Драги гости,*

Имам изузетну част и задовољство да вас, у име организатора Конференције, Центра за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу и у име Организационог одбора Конференције, најсрдачније подравим и захвалим се што сте се одазвали нашем позиву да учествујете у њеном раду.

Добродошли на Правни факултет у Нишу, добродошли у наш Град.

По традицији, Правни факултет у Нишу сваке године, поводом Дана Факултета, 18. маја, организује научну конференцију. Ове године, када наш Факултет навршава 49 година свог рада и постојања, определили смо се да тема данашње Конференције буде **ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ**, из два основна разлога. С једне стране, желели смо да посветимо пажњу једној врло актуелној теми, а с друге стране, да омогућимо сусрет научних стваралаца из области правних и политичких наука, којима је у фокусу интересовања управо хармонизација националних законодавстава са европским законодавством, како би се потпуније и јасније сагледало стање и перспективе српског права у односу на право Европске уније.

Први, значајан корак у реализацији постављених циљева већ је учињен, будући да је за Конференцију учешће пријавио 71 аутор, из земље и иностранства. Управо због тога, Организациони одбор Конференције одлучио је да се њен рад одвија у пленуму и по сесијама.

На пленарној седници биће изложене главне идеје из реферата најеминентнијих представника научне мисли са других правних факултета из земље и иностранства. Пленарном седницом руководиће **проф. др Милан Петровић**.

У оквиру прве сесије, која је посвећена **људским правима и демократији у Европској унији**, резултате својих истраживања саопштиће 23 референта. Овом сесијом руководиће **проф. др Предраг Димитријевић**.

На другој сесији, која носи назив "**Грађанско право и судска заштита**", биће поднета 12 реферата. Овом сесијом руководиће **проф. др Невена Петрушић**.

У трећој сесији, која носи назив "**Кривично право и судска заштита**", 8 референата изложиће основне идеје из својих научних прилога. Овом сесијом руководиће **проф. др Војислав Ђурђић**.

На четвртој сесији, која је посвећена је **трговинском праву и интеграцијама у Европској унији**, биће поднета 9 реферата. Овом сесијом руководиће **проф. др Александар Ђирић**.

Проф. др Милану Петровићу, проф. др Александру Ђирићу, проф. др Војиславу Ђурђићу, проф. др Невени Петрушић и проф. др Предрагу Димитријевићу најтоплије захваљујем што су уложили додатни напор да осмисле рад пленарне седнице и сесија Конференције, и преузели обавезу да њима руководе.

Поштоване колегинице и колеге, као што је познато, обавеза усклађивања националног законодавства са европским законодавством један је од три, тзв. копенхагенска критеријума за приступање држава у Европску унију, које је Савет министара Уније усвојио 1993. године.

Република Србија је потписивањем СПОРАЗУМА О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ са Европском унијом 29. априла 2008. године преузела, поред обавезе успостављања зоне слободне трговине и обавезу усклађивања, у договореним роковима, националног законодавство са правним тековинама Европске уније (acquis communautaire), као и обавезу њихове примене.

Дакле, на Републици Србији је да хармонизује домаће прописе са тзв. примарним законодавством Европске уније које чине: оснивачки уговори, које су склопиле државе чланице, а којима су основане европске заједнице и Европска унија, уговори са трећим државама, које су склопиле европске заједнице, са или без држава чланица, и споразуми са трећим државама, које су склопиле државе чланице. Република Србија, такође, има обавезу да усклади своје прописе са одлукама органа европских заједница (тзв. секундарно законодавство ЕУ). За Републику Србију, као што то није био услов ни за једну државу која је постала чланица Европске уније, није формални услов за укључење у процес европских интеграција, прихватање ставова Европског суда правде, иако и они спадају у правне тековине Европске уније.

Република Србија је започела са добровољним усклађивањем домаћих прописа са "европским" прописима и пре потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању. Наиме, на основу Првог акционог плана за уклађивање закона Републике Србије са прописима Европске уније из 2003. године, а у оквиру пилот пројекта, који је спроведен 2004. године, на нивоу Државне заједнице Србије и Црне Горе, урађен је превод 2.170 страница секундарног законодавства Европске уније.

Да би Република Србија могла, у предвиђеним роковима, да усклади своје законодавство са правним тековинама Европске уније, које обухвата више од 10.000 прописа, Влада Републике Србије је 09. октобра 2008. године усвојила **НАЦИОНАЛНИ ПРОГРАМ ЗА ИНТЕГРАЦИЈУ СРБИЈЕ У ЕВРОПСКУ УНИЈУ**, у коме су практично обједињени до сада све постојеће стратегије, акциони планови и програми, посвећени укључивању Србије у процес европских интеграција, а којим је, поред осталог, предвиђен и план законодавног деловања Србије у правцу хармонизације домаћег права са правом Европске уније. Овим стратешким правним документом одређени су приоритети за усаглашавање српских прописа са "европским" прописима, проистекли из Споразума о стабилизацији и придруживању и препорука Европског партнерства, а то су: заштита конкуренције и контрола доделе државне помоћи, право интелектуалне својине, јавне набавке,

стандардизација и заштита потрошача. При том, накупљи захвати у усклађивању (нпр. неке директиве из области заштите животне средине), остављени су за сам крај, када је рок уласка Републике Србије у окриље Европске уније већ изван.

Поштујући слово Националног програма за интеграцију Србије у Европску унију, Народна скупштина Републике Србије је у последњем тромесечју прошле године и прва три месеца ове године усвојила 72 закона, који су директно или индиректно повезани са процесом европских интеграција. Такође, у том истом периоду донет је и пакет прописа, који ће грађанима Републике Србије омогућити путовање, без виза, у све земље Шенгенског споразума.

Процес усаглашавања домаћих прописа са правним тековинама ЕУ, нема сумње, намеће низ питања: Да ли усклађивање домаћих прописа са правним тековинама Европске уније подразумева просто превођење и преписивање прописа Европске уније или доношење нових и измену постојећих законских и подзаконских актата, уз прилагођавање домаћим условима и приликама? Колико су заиста реални, амбициозно постављени циљеви наше Владе да до 2012. године, која је означена као година спремности Србије да преузме обавезе које проистичу из чланства Европске уније, усклади домаће прописе са правом ЕУ? Каква су искуства држава чланица Европске уније на том плану и са каквим тешкоћама се сусрећу државе које тек очекује улазак у окриље Европске уније? То су само нека од питања на која ћемо, у то сам уверена, данас добити одговоре.

У то не смемо ни мало сумњати, будући да су са нама еминентни научни ствараоци, већ потврђени у свету науке својим стваралачким радом.

У очекивању да Конференција протекне у успешном излагању основних идеја из реферата и слободној размени мишљења научних стваралаца из различитих академских средина, свима нама, у име проф. др Срђана Голубовића, који је заједно са мном био непосредно задужен за организацију ове Конференције, и у своје лично име, желим плодотворан рад.

Сада бих замолила проф. др Невену Петрушић, декана Правног Факултета у Нишу, да вас поздрави и отвори Конференцију.

Уважени господине Ректоре,
Драги студенти,
Драге колегинице и колеге,
Даме и господо, уважени гости,
Драги пријатељи Факултета,

Чини ми изузетну част и задовољство да најсрдачније поздравим све наше драге госте и пријатеље факултета, у име деканата, наставника, сарадника, студената и ненаставног особља Правног факултета у Нишу и у своје лично име.

Желим посебно да поздравим

Проф. Радосава Бубња, ректора Универзитета у Нишу, и наше драге госте и пријатеље са европских правних факултета и правних факултета у региону:

проф. Зорана Поњавића, проректора Универзитета у Крагујевцу
проф. Michaela Geislingera, декана Правног факултета у Салцбургу,
проф. Рајка Кнеза, декана Правног факултета у Марибору,
проф. Мирка Васиљевића, декана Правног факултета у Београду,
проф. Витомира Поповића, декана Правног факултета у Бања-

луци,

проф. Waltera Berku, члана аустријског Научног савета Универзитета у Салцбургу,

проф. Marianne Roth, са Правног факултета у Салцбургу,

проф. Миодрага Симовића, потпредседника Уставног суда Босне и Херцеговине

проф. Берислава Павишића, са Правног факултета у Риједи,

проф. Николу Матовског, са Правног факултета у Скопљу,

проф. Радована Вукадиновића, са Правног факултета у Крагујевцу, директора Центра за право Европске уније.

Желим вам добродошлицу на наш Факултет и захваљујем вам што сте се одазвали нашем позиву да заједно обележимо Дан нашег факултета и 49 година његовог континуираног рада и развоја.

Обележавање Дана факултета прилика је да јавности презентујемо наша једногодишња достигнућа и визију и стратешке правце развоја, као и наше резултате рада на прилагођавању захтевима реформе високог образовања у Србији.

Година која је за нама и у којој полако сумирамо резултате целокупног нашег рада, припремајући се да следеће године обележимо 50 година развоја факултета, протекла је у знаку акредитације.

Схватајући процес реформе универзитетског образовања у Србији као изазов и шансу, привржен вредностима и принципима модерног европског универзитетског образовања, ослањајући се на своју вишедеценијску традицију и кадровске потенцијале, Факултет је спремно приступио унапређењу свих сегмената своје делатности, како би у максималној мери испунио постављене стандарде. Резултат таквог приступа су нови и савремени студијски програми основних, мастер и докторских студија права, који ће студенте подстаћи на континуирани рад и развијање критичког и креативног мишљења и отворити шири простор да профилишу себе као правне стручњаке. Ови програми обезбеђују да у предвиђеном року сваки студент стекне оптимални ниво сврсисходних теоријских и практичних правничких знања и вештина, да развије своје професионалне способности и буде компетентан за професионални рад и изазове које са собом носи убрзани друштвени развој.

Са задовољством могу да вас информисем да је Факултет добио акредитацију за све програме за које је тражио акредитацију. Акредитовани су програми основних академских студија права, дипломских (мастер) студија права и докторских студија права, а сам Факултет је акредитован као високошколска установа. Прошле године, Факултет је акредитован и за обављање научно-истраживачке делатности, тако да је целокупни процес акредитације у потпуности и са успехом окончан.

Пратећи развој друштва и околности у окружењу, Факултет је јасно дефинисао своју визију развоја – достизање максималног нивоа квалитета студија, научно-истраживачког и стручног рада, што омо-

гућава да Факултет буде препознатљива, модерна и атрактивна високошколска институција у региону, упоредива са институцијама сличног профила и капацитета, која ужива поверење студената, пословаца, оснивача и друштва у целини.

За остваривање ове визије потребна су два предуслова – усвајање Стратешког плана развоја, са јасно дефинисаним приоритетним циљевима и активностима, и успостављање институционалног система обезбеђења квалитета. Ми смо оба ова предуслова испунили. У нашем Стратешком плану развоја поставили смо три кључна циља: повећање ефикасности студирања, обезбеђење конкурентности Факултета и кадровско јачање.

Нови систем обезбеђења квалитета креирали смо тако да он омогућава континуирано праћење, процену и унапређивање квалитета свих сегмената рада Факултета и, што је посебно значајно, развијање културе квалитета, што значи мотивисање за веће лично залагање и повећање одговорности свих запослених и студената.

Током протеклих 49 година Факултет је перманентно напредовао, а кључ напретка били су, као што ће увек и бити, његови наставници и сарадници и студенти.

Генерације и генерације правника, садашњих судија, адвоката, државника, привредника и јавних делатника и данас се живо сећају надахнутих предавања проф. Миливоја Марковића, професора Пухана, професора Драгољуба Стојановића и многих других наших драгих професора. Генерације правника су на предавањима проф. Славољуба Поповића добро научиле како функционише државна управа, а на предавањима проф. Јакова Радишића разумели су зашто је облигационо право ружа правне науке.

Заиста је велики списак професора Правног факултета у Нишу који су својим радом допринели развоју и угледу Факултета и својим научним и педагошким радом развијали правну науку и правну струку. Неки од њих су нас, на жалост, прерано напустили, у зениту своје снаге. Многи наши професори отишли су у заслужену пензију, али су и даље са нама, присутни и у науци и настави на последипломским студијама. Сви они су својим дугогодишњим преданим радом изградили чврсте

темеље образовног и научног рада на Факултету, однеговали научни подмладак и поставили високе и обавезујуће стандарде квалитета рада које нове генерације наставника и сарадника морају следити.

А резултати 49 година рада Факултета заиста су импресивни:

- скоро 12.000 правника и дипломираних правника који су данас стојери правног система у Србији,
- преко 200 доктора, магистара и специјалиста у области правних наука,
- низ учешћа и победа наших студената на домаћим и међународним такмичењима у симулацијама суђења и беседништву.
- 2005. екипа наших студената освојила је прво место на националном такмичењу из области међународног хуманитарног права,
- пре само месец дана екипа наших студената вратила се из Швајцарске са међународног такмичења „Жан Пикте“ где је одмерила своје знање са 56 тимова из свих делова света,
- преко 3.700 студената основних, магистарских и специјалистичких студија који тренутно студирају на Факултету,
- колектив који чини 59 наставника и сарадника и 33 ненаставна радника,
- преко 30 студијских боравака и усавршавања наших наставника и сарадника у иностранству,
- више од 30 одржаних домаћих и међународних научних скупова посвећених актуелним питањима правне науке,
- више од 20 јавних предавања еминентних стручњака у оквиру сталног семинара Право Европске уније,
- импозантна библиотечка грађа од преко 81.000 наслова,
- преко 50 издања часописа „Зборник Правног факултета у Нишу“,
- преко 15 успешно реализованих и високо ранжираних научно-истраживачких и едукативних пројеката,
- учешће великог броја наших професора у кључним законским и реформским пројектима у Србији,
- импозантна научна продукција наставника и сарадника факултета коју чини скоро 4.500 објављених уџбеника, монографија, научних расправа и чланака,

- дугогодишња институционална сарадња са 18 образовних установа у земљи и иностранству и са 21 правосудном и другим институцијама у земљи,

Факултет је данас богатији за нови функционални простор у поткровљу зграде, за нову судницу, рачунарску учионицу, огледну адвокатску канцеларију, опремљен је најсавременијим наставним средствима, правним базама и рачунарском техником и перманентно побољшава услове за рад студената, наставника, сарадника и ненаставног особља Факултета. Ово је само део резултата рада Правног факултета у Нишу, на које смо сви искрено поносни.

Поштоване колегинице и колеге, даме и господо, драги пријатељи,

Програмом обележавања Дана факултета предвиђено је низ манифестација и активности.

Данас започиње Међународна научна конференција „Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе“, у чијем су припремању учествовали њени коуредници проф. др Наташа Стојановић и проф. др Срђан Голубовић. Ова научна конференција, организована уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Србије, окупила је преко 70 домаћих и страних научника из осам различитих европских земаља и земаља у региону. Учесницима конференције желим добродошлицу и пријатан боравак на нашем Факултету. Захваљујем им што су нашли времена да непосредно учествују у раду овог угледног научног скупа јер су непосредни контакти и размена идеја оно што на прави начин повезује и јача научну заједницу. Уверена сам да ће наш данашњи скуп, чија је тема више него актуелна, остварити све планиране циљеве и да ће остварени научни резултати бити од користи у активностима које се предузимају у реализацији Националног програма интеграције Србије у Европску унију. Свим учесницима Конференције желим успешан и плодотворан заједнички рад.

Вечерас ће се одржати 13. по реду такмичење студената у беседништву, непоновљиви догађај на нашем Факултету, дан прославе лепоречја и слободе говора. 11 младих људи, наших студената, који су се данима марљиво припремали, под будним оком својих асистената, мр Славише Ковачевића и мр Мире Симовић, поделиће са нама своје мисли, идеје и визије. Они ће данас на најбољи могући начин сведочити о дару, говорничком таленту и интелектуалним потенцијалима наших студената, на које смо заиста поносни. Овогодишње, као и сва претходна такмичења у беседништву, представља допринос борби против беседничке некултуре и допринос деконтаминацији нашег јавног језичког простора, који су преплавили бирократске фразе и политикантска реторика. Уверена сам да ће наши уметници лепе речи вечерас још једном показати да у основи доброг говора лежи добра мисао, да речи тријумфују у истинама, а понижавају се у лажима, и да су истина, добро и лепота три основна стожера на којима се беседништво заснива. Сигурна сам да ће беседници својим надахнутим говорима потврдити како је лако говорити када се има шта рећи, да ће додирнути наша срца и наше душе и показати нам да су најближи сродници песника и музичара. Вечерас ће у овој сали наши говорници призвати ораторски дух Демостена и Цицерона и још једном потврдити истинитост мисли да је беседништво кћи слободе и со демократије. Уверена сам да ће у говорима наших беседника "речима бити уско, а мислима широко".

На улазу у Амфитеатар могли сте да видите фотографије изабране на Фото-конкурсу „Лице беде“, који је Факултет, у оквиру обележавања Дана факултета, организовао у сарадњи са Тимом потпредседника Владе за имплементацију Стратегије за смањење сиромаштва и Галеријом савремене ликовне уметности у Нишу.

Данас је Факултет институционализовао своју сарадњу са још једном угледном образовном институцијом, са Правним факултетом Универзитета у Марибору, тако да се број домаћих и страних образовних, правосудних и других институција са којима сарађујемо повећао на 54, од којих су 33 домаће, а 21 страна институција. Уговор о сарадњи између Правног факултета у Марибору и Правног факултета у

Нишу заснива се на дугогодишњој успешној сарадњи наша два факултета и на драгоценим личним контактима наставника и сарадника, који су годинама брижљиво неговани. Ја сам уверена да ће овај Уговор отворити нова поља заједничког рада и у настави и науци.

Поштовани гости, драге колегинице и колеге,

Желим, на крају, да вас уверим да ће Факултет, свестан своје мисије и одговорности, улагати максималне напоре како би одговорио захтевима савременог универзитетског образовања и постао део јединственог европског образовног и истраживачког простора.

Спремно и с нестрпљењем очекујемо 50. генерацију студената да нам се придружи и да заједно са нама отвори нову страницу у развоју Факултета.

Уверена да су пред нама године успеха и просперитета, још једном вас најсрдачније поздрављам.

Хвала на пажњи са којом сте ме саслушали!

Проф. др Невена Петрушић, декан

*ЉУДСКА ПРАВА И ДЕМОКРАТИЈА
У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ*

*Др Радован Д. Вукадиновић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и
директор Центра за право Европске уније*

UDK: 340.137(497.11:4-672EU)

УПОТРЕБА И ЗЛОУПОТРЕБА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ДОМАЋЕГ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕУ

Апстракт:

У теорији и пракси Европске заједнице термин хармонизација или усклађивање се користи у два смисла: да означи једну од политика коју спроводи Европска заједница и да означи технику усклађивања прописа држава чланица са комунитарним тековинама (acquis communautaire). У првом случају, политика хармонизација објашњава начин на који се постиже политичка сагласност држава чланица како би се остварили циљеви из Уговора о оснивању Европске заједнице, између осталог, и спровођењем претходно усклађених (хармонизованих) унутрашњих прописа. У другом случају, хармонизацијом се означава процес у коме се коришћењем различитих техника и метода мењају постојећи или доносе нови прописи у државама чланицама који садрже иста или хармонизована или усклађена решења. У правној теорији су обично расправљана питања технике и метода хармонизације док је мало пажње посвећено начину утврђивања политике хармонизације.

Осим у контексту остваривања комунитарних циљева у оквиру Европске заједнице, о хармонизацији се може говорити и у ширем смислу, као појави и одговарајућем процесу који се одвија и у трећим државама нечланицама. Процес тзв. спољне хармонизације је посебно изражен у последње две деценије у државама централне и југоисточне Европе у којима се спроводи, са донекле различитим циљевима у односу на исти процес у државама чланицама. У погледу техника и метода, хармонизација се и у овим државама или спроводила

или се и даље спроводи углавном на исти начин као и у државама чланицама. Разлике, међутим, постоје у погледу политичких циљева који се наводе као разлози њеног спровођења, посебно у погледу оправдања за предузимање појединих унутрашњих мера и акција које се правдају преузетом обавезом хармонизације.

На крају, хармонизацијом се може означити и процес добровољног усклађивања унутрашњег права који се не предузима ради чланства у Европској унији, већ као стварање компатибилног и препознатљивог правног амбијента за уобичајену комуникацију са светом.

Предмет рада је, због, карактера Саветовања, ограничен само на процес хармонизације који се у Србији циљно предузима ради спровођења Споразума о стабилизацији и придруживању и при томе се указује на неке случајеве погрешеног схватања њене сврхе који су оквалификована као злоупотреба политике хармонизације.

Кључне речи:

комунитарно право, унутрашње право, усклађивање, приближавање, координација, злоупотреба процеса хармонизације, Споразум о стабилизацији и придруживању

Увод - глобализација и европеизација права као нове старе појаве

О потреби хармонизације или усклађивања националних права са правима других држава или посебних међународних организација се може расправљати у оквиру општег процеса глобализације и стандардизације права и у оквиру напора које предузимају треће државе да би испуниле део услова за чланство у односној организацији, када то представља услов за пријем. Ову врсту међународних организација чине оне заједнице држава у којима је остварен такав степен економске и политичке повезаности да њихово функционисање подразумева постојање једнообразних (униформних) и усклађених (хармонизованих)

прописа. Пример такве заједнице није само Европска унија, већ и друге заједнице које имају за циљ успостављање јединственог тржишта или унификацију и усклађивање прописа, као што је, на пример Заједница афричких држава за хармонизацију пословног права у Африци (ОНА-ДА).¹ Иако се према разлозима због којих им се приступа ови процеси разликују, они су по садржини и коришћеним методима и техникама врло слични. Сличност је резултат чињенице да се применом унификованих или хармонизованих прописа желе остварити слични циљеви који су постављени у конкретним организацијама/заједницама као и чињенице да је на светском нивоу присутан општи процес хармонизације које се назива и процесом глобализације права, посебно трговачког права. Због тога се процес хармонизације који је у источно европским државама био посебно актуелизован последњих деценија углавном у склопу укупних мера ради лакшег и бржег приближавања Европској заједници и Европској унији не може везати само за однос према Европској унији, нити се његова садржина и циљеви исцрпљује само у испуњавању услова за чланство у Европској унији. Отуда се чини да у теоријском смислу постоји опасност ка редукованом посматрању овог феномена везујући процес хармонизације унутрашњег права само за однос према Европској унији и његово посматрање само у склопу испуњавања услова за чланство.

Историја показује да се разлози хармонизације могу наћи много раније, још у античком периоду у идеји о постојању једног општег природног права, као и у каснијем утицају који је имало римско право на стварање средњовековног *lex mercatoria* и у покушајима стварања универзалног *ius commune*.² Ови процеси су и данас присутни посебно у области трговачког права који се манифестују кроз акције ка стварању универзалног светског права трговаца, или размишљањима о форму-

¹ ОНАДА је заједница за хармонизацију пословног права у Африци ("Organization for the Harmonisation of Business Law in Africa"). Детаљније вид. <http://www.ohada.com>

² О утицају римског права на покорене народе и државе се може говорити већ од 242. пре нове ере када почиње да се ствара пегринско право, као права народа (а не држава) – *ius gentium*.

лисању светског трговачког законика.³ Оно што разликује ранији процес хармонизације јесу начини, методи и побуде. Што се тиче начина, историја показује да су се процеси усклађивања националних права вршили или на принудан или на добровољан начин. Што се тиче побуда или циљева, они су налажени или у отвореној намери да се стварањем јединственог права и правног поретка створе јединствени савези држава или јединствене (унитарне) државе (као у случају ратова), или је то маскирано идеолошким разлозима.⁴ Историја, такође, показује да постоји цикличност у покушајима универзализације и регионализације, са једне стране, и национализације права, са друге стране, и да су сви облици унификације и хармонизације само рефлекси политичких потреба и да служе као средство њиховог задовољавања.

Међутим, предмет овог рада је ограничен само на ону врсту хармонизације која се одвија у придруженим државама Европске уније и која се циљно предузима из разлога који су већ наведени. Овај би се процес у ширем неполитичком или не циљно оријентисаном смислу могао означити и као процес европеизације, с тим што се мора имати у виду да појам "европеизације" није ограничен само на право.⁵

I Значај хармонизације комунитарног права за државе чланице и треће државе

Ради остваривања циљева који су пред Европске заједнице постављани Оснивачким уговорима⁶ било је потребно, с једне стране, до-

³ Вид. М. Ј. Bonell, Do We Need a Global Commercial Code? 106 *Dickinson Law Review* (2001) 87-100

⁴ Као у случају стварања општих услова пословања у оквиру бивше заједнице источноевропских држава (Савет за узајамну помоћ или СЕВ).

⁵ Вид. између осталих, **Jan Wouters, André Nollkaemper, Erika de Wet**, *The Europeanisation of International Law*, Cambridge University Press, 2008, који на стр. 6, наводе да појам европеизације упућује на историјски и културни процес и на институционално прилагођавање и на усвајање одговарајуће политике усклађивања или прилагођавања. Институционално прилагођавање и формулисање политике адаптирања су резултат су резултат директног или индиректног притиска потребе за чланством у ЕУ.

⁶ Мисли се на Римски Уговоре о оснивању ЕЕЗ, из 1957. године са каснијим изменама и допунама извршеним ЈЕА, и споразумима из Мастрихта, Амстердама и Нице,

нети нове посебне прописе, тзв. комунитарне прописе, а с друге стране, усагласити одређене националне прописе у државама чланицама. Отуда данас у државама чланицама Европске уније паралелно постоје два правна система: комунитарни и национални. Комунитарни правни систем или комунитарно право, право Европских заједница или право Европске уније⁷ чини преко 20.000 разних прописа секундарног законодавства на преко 120.000 страница и преко 5.000 одлука Суда правде и Првостепеног суда.

У поређењу са унутрашњим (националним) правним системима, комунитарни правни систем не представља потпуно изграђен и целовит систем, већ правни систем у изградњи⁸ чијим прописима су регулисана само она питања која су Оснивачким уговорима одређена као заједничка за све државе чланице и без чије примене се не могу остварити ти циљеви. Посматрани са становишта предмета регулисања, комунитарни прописи се могу поделити у две групе. Прву групу чине они којима су регулисана питања поделе надлежности између држава чланица, као и организација и функционисање органа Заједница и Уније и њихов однос према државама чланицама и појединцима. С обзиром да се овим прописима регулишу институционална питања, то је њихова садржина уставног и управног (административног) карактера. Скуп ових прописа чини тзв. институционално право Европске заједнице/Европске уније. Они су од значаја за процес хармонизације јер непосредно одређују њен обим и динамику. Другу групу комунитарних прописа чине они којима су регулисани циљеви Европске уније, међу којима доминирају економски, као што су успостављање четири основне слободе: слобода кретања лица, слобода промета робе, слобода вршења услуга и слободан промет капитала и заједничка правила о конкуренцији. У процесу хармонизације који се одвија у Европској унији,

као и на Уговор о оснивању Европске уније из Мастрихта и касније измене из Амстердама и Нице. Реформски уговор из Лисабона није посебно коментарисан.

⁷ О термилошким дилемама у вези назива детаљније вид. Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац, 2006, стр. 75-85.

⁸ Вид. Р. Вукадиновић, Појам и место права Европске уније у правном систему држава чланица, *Ревивија за европско право*, 1/1999, стр. 9-37.

ови прописи су од значаја јер служе као правна средства унификације или хармонизације, док за треће придружене државе представљају *моделе или узоре* са којима ће се њихова права усклађивати. Овај скуп прописа се може означити као комунитарно привредно или комунитарно пословно право.

1. Термиолошке дилеме и појам хармонизације у праву Европске уније и у домаћем праву

Термиолошке дилеме. Термиолошке дилеме настају због тога што се у Уговору о оснивању Европске заједнице користи више израза који се преводе на различите начине. У Уговору се паралелно користе изрази *approximation, harmonization i coordination*. Тако је глава 3. у Уговору оснивању која је посвећена овом питању насловљена као "*approximation of laws*", што би се могло превести као "приближавање права". У даљем тексту Уговора се говори и о "мерама хармонизације", док се на другим местима у Уговору говори и о "координацији".⁹ Из начина и места коришћења наведених израза могло би се закључити да се под "*approximation*", тј. приближавањем права подразумева процес или "активност" Заједнице која упућује на задатке које би требало остварити, док би под појмом "*harmonization*", тј. усклађивања, требало разумети методе или начине спровођења овог процеса, који се свде на мере усклађивања.¹⁰ Ако се, пак, *approximation i harmonization* схвате као одвојени и паралелни процеси, јер се и у том смислу користе у Уговору о оснивању, онда се између њих може направити разлика по степену или интезитету процеса који се унутар њих одвијају. Тако посматрани, процес *approximation* представља интензивнији процес интеграције него хармонизација.¹¹ Међутим, у српском језику се најчешће не прави

⁹ Детаљније вид. Р. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније*, Београд, 2004, стр. 55-57.

¹⁰ Р. Mathijsan, *A Guide to European Union Law*, London, 2004, стр. 324.

¹¹ К. Lasok, *Law & Institutions of the European Union*, London, 2001, стр. 837.

ова разлика, па се појмови апроксимација и хармонизација најчешће преводе збирним именом "хармонизација" или "усклађивање."

Појам. У правној теорији држава чланица Европске уније се под *хармонизацијом* подразумева процес усклађивања унутрашњих прописа држава чланица са прописима комунитарног права садржаног пре свега у комунитарним упутствима "у мери у којој је то неопходно за функционисање заједничког тржишта."¹² Апроксимација или приближавање националних прописа је бившим чланом 27. Уговора о оснивању европске економске заједнице била предвиђена за царинске прописе, док је координација предвиђена у области права настањивања и признавања професионалних квалификација.¹³ У садржинском смислу, апроксимација или приближавање обухвата поред мера усклађивања и метод или технику *узајамног признавања* различитих националних прописа.¹⁴ Ову обавезу државе чланице су преузеле Уговором о оснивању у коме је глава 3, чланови 94. до 97, насловљена као приближавање права или *approximation*.¹⁵ У овом контексту, појам хармонизације или усклађивања се третира као техника која обухвата три елемента: транспозицију, имплементацију и примену прописа.¹⁶

У овом раду се, међутим, не прави поменута разлика између процеса приближавања, усклађивања и координирања (*approximation, harmonization и coordination*), већ се појам хармонизације користи као *збирни* појам за усклађивање унутрашњих прописа. Ово због тога што

¹² Чл. 3(х) Уговора о Европској заједници.

¹³ Вид. Р. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније*, Београд, 2004, стр. 55.

¹⁴ Ц. Барнард, *The Substantive Law of the EU, The four freedoms*, Oxford, 2004, стр., 507; Н. Мисита, *Основи права Европске уније*, Срајево, 2007, стр. 524. наводи да су то јединствена правила.

¹⁵ Решења су остала иста и у Лисабонском споразуму, осим што је додат нови члан 118. којим је предвиђено усклађивање и у области права интелектуланне својине. Појам хармонизације се јавља и у новом члану 45. у коме се говори о потреби унапређивања хармонизације оперативних потреба... Појам мера координације се користи у члану 5. ст. 2. Уговора о функционисању Европске уније, док се о координацији говори код политике запошљавања.

¹⁶ Вид. N. Sheridan, *Introduction to Approximation Tools and Instruments Developed by the EU*: http://www.envnis.org/Microsoft_Word_-_EUtools-e.pdf, стр. 2-3.

се поменуте теоријске разлике не поштују доследно ни код доношења прописа секундарног законодавства од стране надлежних органа Европске заједнице, ни у пракси Суда правде који их тумачи.¹⁷ У Европској унији су процесом хармонизације обухваћени прописи држава чланица који се односе на унутрашње тржиште, при чему би требало правити разлику између прописа који се "директно односе на успостављање или функционисање унутрашњег тржишта" и на прописе и правила које "имају за циљ успостављање и функционисање унутрашњег тржишта."¹⁸

Треће државе нечланице, немају ову обавезу, па хармонизацији својих прописа приступају добровољно. Обавезу хармонизације треће државе преузимају тек потписивањем посебних споразума са ЕУ. ЕУ је у двама врстама институционалних аранжмана предвидела обавезу трећих држава да постепено усклађују своје прописе са правом ЕУ, односно са оним што се означава као комунитарно наслеђе или *acquis communautaire*. У питању су оне врсте споразума којима Европска унија трећим државама признаје статус кандидата или потенцијалног кандидата за пуноправно чланство у Европској унији. Ове врсте институционалних односа Европска унија је била успоставила са земљама Централне Европе закључивањем тзв. Европских споразума, док је за државе Западног Балкана предвиђено закључивање споразума о стабилизацији и придруживању. Како се овим врстама споразума о придруживању трећим државама признаје статус кандидата или потенцијалних кандидата за пуноправно чланство у ЕУ, изгледи за пријем се, између осталог, мере и степеном усаглашености домаћег законодавства са правом ЕУ. У том смислу се хармонизација прописа трећих држава са правном регулативом Европске уније може у политичком смислу посматрати као део предприступне стратегије треће државе, а у правном смислу као део испуњавања преузетих обавеза који се састоји у процесу

¹⁷ Вид. за стање у италијанској теорији: M. Vozza, *Harmonisation, approximation, or coordination? The effect of ECJ jurisprudence on Taxation*, PhD Research Proposal, University of Trento, 2006, стр. 15-17, доступно на: http://www.ssi.unitn.it/en/dottorato/download/Research_Proposal_Michele_Vozza.pdf

¹⁸ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU, The four freedoms*, Oxford, 2004, стр. 506.

измене постојећих или доношењу нових прописа чија су решења усклађена са комунитарним прописима или, у ширем смислу, са прописима који се примењују у државама чланицама Европске уније.

Слична обавеза прихватања комунитарног наслеђа, што подразумева и усклађивање унутрашњих прописа, била је предвиђена и у ранијем споразуму о Европском привредном (економском) простору за кљученом између држава чланица ЕФТЕ и ЕЕЗ.¹⁹

2. Правна средства хармонизације

На нивоу Европске заједнице Уговором о оснивању су предвиђена комунитарна упутства као најпогоднија правна средства хармонизације. Комунитарно упутство (енгл. *Directive*, нем. *Richtlinie*) представља правни акт који обавезује сваку државу чланицу којој је упућено у погледу циљева које треба остварити, препуштајући националним органима да изаберу форму и средства извршења. Пошто се комунитарна упутства не примењују непосредно или директно у државама чланицама, односно не могу непосредно обавезивати субјекте (правна и физичка лица) из држава чланица, потребно их је претходно унети у националне правне системе. Уношење се врши доношењем одговарајућих националних имплементирајућих мера. При томе су државе чланице слободне да одаберу ону меру, која се може састојати у законском или подзаконском акту или у предузимању неких фактичких радњи, којом ће се остварити у упутству постављени циљ. Управо ова слобода избора која је остављена националним легислативним органима држава чланица у погледу избора одговарајућих мера спровођења или имплементирања чини комунитарна упутства најпогоднијим правним средствима за хармонизацију из два разлога. Прво, државама чланицама је остављена могућност да, макар и у формалном смислу, и даље врше своју легислативну сувереност будући да доносе сопствене легислативне акте

¹⁹ У осталим споразумима као што су Споразуми о сарадњи или Споразуми о сарадњи и партнерству није предвиђено усклађивање унутрашњих прописа. Вид. Р. Craig and De Burca, *Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, п. 148.

као имплементирајуће мере које онда примењују као националне прописе. Друго, пошто се упутствима не врши унификација, већ само усклађивање (хармонизација) националних прописа, државама чланицама је остављена извесна дискреција да у својим прописима задрже извесне разлике у односу на решења која постоје у другим чланицама. У том смислу сврха хармонизације није стварање јединственог комунитарног права као наднационалног, већ система права федералног типа, који ће своју снагу и ауторитет вући из "историјског убеђења и, у исто време, из разноликости постојећих права држава чланица, заједничког наслеђа и нужности економске концентрације."²⁰

Циљ хармонизације није, дакле, унификација, односно стварање јединствених решења која би као наднационална важила у свим државама чланицама, већ само усклађивање или приближавање (*harmonisation, approximation*) решења у националним прописима, односно тражење еквивалентних решења уз задржавање разлика.²¹ Отуда паралелно са комунитарним прописима постоје и две врсте националних прописа: једни који су настали као резултат имплементирања комунитарних прописа и који по природи ствари морају бити усаглашени између држава чланица и други потпуно национални који постоје у оним областима чије усаглашавање није од утицаја на остваривање заједничких комунитарних циљева, па се њихово усклађивање не захтева.

Сама хармонизација оног дела националних прописа држава чланица чијом применом треба остварити заједничке комунитарне циљеве се може вршити позитивним и негативним методом, па се у правној теорији разликује позитивна и негативна хармонизација.²² Позитивну хармонизацију карактерише активна улога "центра", односно комунитарног легислатора која се састоји у доношењу комунитарних прописа који се на једнообразан начин примењују у свим државама чланицама као јединствени прописи. На нивоу Заједнице ова својства имају комунитарне уредбе (енг. *Regulation*, нем. *Verordnung*). С обзиром

²⁰ Eighth General Report of the EEC, 1965, par. 83.

²¹ M. Luter, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, ZGR, Sonderheft 1, 1984, S. 17.

²² Вид. Н. Мисита, *Основи права Европске уније*, Сарајево, 2002, стр. 349.

да је комунитарним уредбама признато директна примена и директно дејство, то се њиховом једнообразном применом постиже не само хармонизација, већ потпуна унификација. Отуда у строго теоријском смислу, комунитарне уредбе не представљају средства хармонизације националних права држава чланица, већ средство унификације којим се не стварају усаглашена национална правила, већ се стварају јединствени наднационални (комунитарни) прописи. Међутим, као што је већ речено, у комунитарној правној теорији нема јасног разликовања између појмова унификације и хармонизације, као што ни у оквиру појма хармонизације нема јасног разграничења између правних средстава и метода којима се то постиже. То се, са једне стране, може оправдати чињеницом да се у државама чланицама хармонизацији приступа више као практичном процесу, него као теоријском питању.

Разликовање између процеса унификације и хармонизације је пре свега од значаја за треће државе и у вези је са одређивањем садржине њихове обавезе код хармонизације домаћих прописа. Ово због тога што процес хармонизације права трећих држава није ограничен само на њихово усаглашавање са комунитарним упутствима, као што је то случај са обавезом држава чланица, већ и на усаглашавање са комунитарним уредбама. Комунитарне уредбе због њихове непосредне примене и директног дејства државе чланице не имплементирају у своја унутрашња законодавства, већ се оне примењују као наднационални прописи. У том смислу државе чланице не доносе било какве националне прописе, па самим тим нема процеса хармонизације у теоријском смислу – као процеса доношења усаглашених националних прописа.

Међутим, кад је реч о хармонизацији прописа трећих држава, овај процес није ограничена само на усаглашавање домаћих прописа са комунитарним упутствима, већ и на комунитарне уредбе. Ово проширење је последица чињенице да се комунитарне уредбе не могу непосредно примењивати на државе нечланице, нити им се може признати директно дејство. Стога државе нечланице морају донети сопствене, са комунитарним уредбама, усаглашене (хармонизоване) прописе.

Негативну хармонизацију у Европској унији карактерише уздржавање "центра" од доношења нових комунитарних прописа, а ускла-

ђивање права држава чланица се постиже адаптацијом постојећих националних прописа, њиховом заменом тзв. меким правом (*soft law*) или укидањем оних националних прописа чија се решења разликују од комунитарних.

3. Методи хармонизације у Европској унији

Процес хармонизације се одвија кроз поступак имплементације комунитарних упутстава у ширем смислу, који обухвата доношење нових, измену и допуну постојећих или укидање постојећих националних законских или административних прописа.

Имплементација комунитарних упутстава се, међутим, може извршити на различите начине, тј. различитим методима.

Ако се имплементирање комунитарних упутстава врши доношењем нових усклађених (хармонизованих) националних прописа или изменом постојећих, такав поступак се може означити као поступак активне хармонизације.

Државе чланице у оквиру Европске уније могу исти резултат остварити и поступком тзв. пасивног усклађивања својих прописа. Под овим методом се подразумева признање директног дејства оним одредбама Уговора о оснивању којима је нешто забрањено државама чланицама, одредбе са тзв. негативним обавезама, чије поштовање води фактичком губљењу или смањењу разлика код обављања одређених послова. Тако је, на пример, у погледу права настањивања одредбама члана 53. Уговора о оснивању (до Амстердамских измена) била прописана обавеза државама чланицама да не уводе нова ограничења у погледу права настањивања на својој територији за држављане других држава чланица. Од држава чланица се, дакле, очекивало да и пре него што буду донете мере хармонизације на комунитарном нивоу, уздржавањем од нових сопствених легислативних акција спрече даље повећавање разлика у својим (националним) правима. Ако би, ипак, и донеле другачије прописе којима се по садржини уводе нова ограничења, њихова примена се може спречити позивањем на директно дејство напред поменутих забрањујућих одредби Уговора о оснивању. У том контексту

посматран, овај процес представља комплементарни процес²³ процесу хармонизације у ужем смислу и, по правилу му, у временском смислу претходи.

И активна и пасивна хармонизација се могу остваривати различитим методима или техникама:²⁴ путем дефинисања јединствених норми на комунитарном нивоу, тоталном хармонизација, опционом хармонизацијом, делимичном хармонизацијом, минималном хармонизацијом, алтернативном хармонизацијом, путем узајамног признавања националних прописа, путем признавања контроле овлашћених органа других држава чланица и упућивањем на стандарде.

II Карактеристике и отворена питања хармонизације права трећих држава са правом Европске уније

1. Посебни циљеви хармонизације прописа у трећим државама

У контексту крајњег циља који се жели постићи, или коме се стреми, хармонизација није сама себи циљ, већ служи као средство за остваривање других ужих правно техничких и, ширих, политичких циљева.

У правно техничком смислу циљ хармонизације је да се донесу нови или измене постојећи прописи који ће бити усклађени са прописима Европске уније. Међутим, циљ хармонизације се не исцрпљује само у доношење формално усаглашених домаћих прописа, већ и у обезбеђивању неопходних друштвених и економских услова за такву њихову примену којом би се постигли циљеви постављени Споразумом о стабилизацији и придруживању или, у ширем смислу, који су компатибилни са комунитарних тековинама. Споразумом о стабилизацији и придруживању ови циљеви могу бити конкретизовани као успоста-

²³ J. Slot, *Harmonisation*, 21(1996) *EL Rev.*378, p. 379.

²⁴ *Ibid.*, стр. 382- 388.

вљање зоне слободне трговине, заједничког и унутрашњег тржишта, али и као поштовање и заштита мањинских права, укидање смртне казне и слично. Стога се напредак у хармонизацији мери не само набрајањем списка донетих усаглашених прописа, већ и доказивањем да се они у потпуности и доследно примењују и то на начин да се остварују усклађени циљеви. У том смислу посао хармонизације обухвата не само активност легислативних органа, већ и изградњу неопходне пратеће друштвене инфраструктуре: стручног и независног судства и ефикасне државне управе. Другачије речено, хармонизација се не сме свести на формално превођење или преписивање комунитарних прописа (формална хармонизација), већ обухвата и обезбеђивање начина и средстава за њихову потпуну и доследну примену како би се могли остварити они циљеви који кореспондирају комунитарним циљевима. Оваква хармонизација се може означити као функционална или суштинска хармонизација.

У ширем смислу, хармонизација има за циљ да створи адекватно правно окружење за лакшу комуникацију са суседним државама на које су треће државе упућене у склопу регионалног приступа и Пакта о стабилности, као и да се олакша комуникација са субјектима из Европске уније, тј. са државама чланицама. У том контексту процес хармонизације се не одвија као апстрактан, већ као конкретан и делатан посао опредељен на хармонизацију тачно одређених домаћих прописа са тачно одређеним комунитарним прописима.

У овом смислу, усклађивање домаћих прописа може бити схваћено и као једно од средстава за потврђивање изражене политичке воље за приближавањем Европској унији.

2. Парцијалност или фрагментарност хармонизације

У којим областима домаћег права је потребно усагласити одговарајуће прописе са правом Европске уније одређено је Споразумом о стабилизацији и придруживању. У ССП који је потписала Србија, то је у члану 72. тачка 3. урађено на доста оквиран начин тако што формулисано да ће усклађивање, нарочито у раној фази, бити усредсређено на

"основне елементе правних тековина о унутрашњем тржишту, правосудју, слободи и безбедности", а у каснијој фази и на "преостале тековине Заједнице." Као области у којима ће се вршити приближавање²⁵ домаћег права са правним тековинама Заједнице у Споразуму се наведене следеће области: право конкуренције које обухвата и државну помоћ, јавна предузећа, интелектуална, индустријска и комерцијална својина, јавне набавке, стандардизација, метрологија, акредитација, заштита потрошача, а у области правосудја, слободе и безбедности предвиђено је јачање институција и владавине права, заштита личних података, визе, контрола граница, азил и имиграције, праће новца, док је у осталим областима предвиђена сарадња.

Из пописа наведених области може се закључити да је процес усклађивања углавном опредељен на прописе из пословне или привредне регулативе, односно на функционисање четири основне слободе: слободу промета робе, слободно кретање радника, слободно вршење услуга и слободно кретање капитала, праћене заједничким политикама из области права конкуренције, тј. на успостављање и функционисање унутрашњег тржишта. С обзиром да су бројне области права остале изван обавезе усклађивања, то хармонизацију карактерише фрагментарност или парцијалност. Ово практично значи да неће сви домаћи прописи бити подобни за хармонизацију, нити ће то бити потребно, већ само они чијим спровођењем се остварују циљеви који су одређени као заједнички или компатибилни циљевима уласка треће државе у Европску унију. У Европској унији су ови циљеви одређени Уговорима о оснивању, а у трећим државама ће ти циљеви бити одређени Споразумом о стабилизацији и придруживању, а конкретизовани посебном националном стратегијом и националним програмом за интеграцију Републике Србије у Европску унију,²⁶ као и одговарајућим акционим плановима. А с обзиром да су области у којима је потребно извршити приближавање домаћих прописа решењима из комунитар-

²⁵ Наслов VI Споразума је насловљен као "Approximation of "" што је преведено као усклађивање, иако би, у складу са ранијим термилолошким напоменама, адекватнији превод би "приближавање".

²⁶ Текст види на http://kzpeu.seio.gov.rs/srb_master_npi.doc

них тековина практично одређене од стране Европске уније, то се не могу као оправдана прихватити образложења да се сви домаћи прописи мењају због потребе усаглашавања са правом Европске уније или због тога што то тражи Европска унија. Већа опасност која се може означити и као злоупотреба процеса хармонизације постоји у случајевима када се у усклађивању домаћих решења иде преко онога што је потребно за придруживање и преко онога што је преузето Споразумом о стабилизацији. Разлоге томе би требало тражити или у недовољном познавању сврхе хармонизације или о коришћењу хармонизације као оправдања за наметање решења која одговарају домаћим, а не потребама придруживања Европској унији. Тако је, примера ради, измештање регистра привредних субјеката из трговинских судова у посебну управно тело - Агенцију, оправдавано потребама хармонизације и захтевима Европске уније, иако то није била сврха одговарајућих комунитарних упутстава која су на овај начин унета у домаћи правни систем, већ ефикасна заштита поверилаца и трећих лица. Опасност од злоупотребе процеса хармонизације постоји и у случајевима када се свака реформа прописа, па и оних који нису обухваћени Споразумом о стабилизацији и придруживању, оправдава захтевима Европске уније и потребом убрзавања процеса придруживања. Ако се, при томе, свако решење из комунитарних прописа по дефиницији узима као боље и савршеније од домаћих, и овакав апологетски приступ представља својеврсну злоупотребу потребе за хармонизацијом и неоправдано потцењивање домаћих достигнућа и погрешно доказивање "европејства."

С обзиром да се из наведених разлога или не врши усклађивање свих унутрашњих прописа са правом Европске уније, или се процес усклађивања одвија на различитим нивоима, постоји опасност да резултат таквог усклађивања буду национални прописи који су усклађени са правом Европске уније, али који нису усклађени са осталим унутрашњим прописима, што отвара питање унутрашње конзистентности таквог правног система и правне сигурности.

3. Поступност хармонизације

Искуство показује да хармонизација представља дугорочан процес и да се одвија у више фаза, чија дужина зависи, с једне стране, од затечене правне, економске и укупне друштвене инфраструктуре, а са друге стране, од рокова који су прихваћени у Споразумима о стабилизацији и придруживању. Споразумом о стабилизацији и придруживању који је Србија потписала и на чију се примену једнострано обавезала, у члану 8. став 1. је предвиђено да ће се придруживање спроводити постепено и биће у потпуности остварено у прелазном периоду од највише шест година. Предвиђено је и да најкасније три године након ступања на снагу Споразума, Савет за стабилизацију и придруживање темељно размотри примену Споразума и процени напредак који је Србија учинила како би одлучио о следећим фазама придруживања. Проблем је, међутим, што Споразум није ступио на снагу, што процес ратификације није ни отпочео због става Холандије, и што због свега тога није јасно какав правни статус има таква врста непотпуне или условне сагласности више страна која је одмах након што је формално постигнута практично стављена ван снаге и спречено њено правно дејство. Стога се као практично, поставља питање чему служи сагласност воља више страна ако јој се одузима правно дејство на неодређено време и да ли таква "висећа или лебдећа" сагласност може представљати ваљани правни основ за хармонизацију или је и даље реч о добровољној хармонизацији домаћих прописа. У овом моменту је неспорно да Споразум није ступио на снагу и да се поменути рокови морају узети са резервом.

Prof. Radovan D. Vukadinović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac,

Director of the Center for EU Law

THE USE AND ABUSE OF THE HARMONIZATION OF DOMESTIC LAW WITH THE EU LAW

Summary

*In the theory and practice of the European Community, the term "harmonization" is used in two contexts: to denote a policy of the European Community, and to denote a method of synchronizing the law of the member states with *acquis communautaire*. In the first case, the harmonization policy defines the way of accomplishing a political consensus of the member states in order to achieve the aims from the EC Treaty, *inter alia*, by the enforcement of previously harmonized internal laws. In the second case, harmonization refers to the process of changing the existing legislation in the member states or setting new regulations containing the same or similar (harmonized) solutions as defined in *acquis communautaire*, by using different techniques and methods. The legal theory is usually more involved in discussing the issues regarding harmonization techniques and methods, giving little attention to the method of determining the harmonization policy.*

Except in the context of accomplishing the communitarian aims of the European Union, harmonization can also be considered in a wider sense, as a process taking place in third (non-member) countries. The process of the so-called external harmonization has been particularly prominent in the last two decades in the countries of Central and South-East Europe, where it is being carried out with rather different goals than in the Member States. In terms of techniques and methods, there is very little difference between the harmonization process in the member states and in the third (non-member) countries. However, there are differences in terms of the political goals which are enlisted as the rationale for the harmonization, particularly in terms of accounting for certain internal measures and actions which are justified by the assumed obligation to carry out the harmonization.

Ultimately, harmonization may refer to the process of a voluntarily adjustment of the internal law, which is not assumed for the sake of a prospective EU membership but in order to create a compatible and recognizable legal climate for general international communication.

Considering the Conference topic, the subject matter of the author's interest in this paper is confined to the harmonization process in Serbia, which is specifically aimed at the implementation of the Stabilization and Association Agreement. In that context, the author also points to certain cases of its misinterpretation which have been qualified as an abuse of the harmonization policy.

Key words: *community law, internal law, harmonization, approximation, coordination, abuse of process of harmonization, Agreement on Association and Stabilization*

Prof. Michael Geistlinger, LL.D.
Department Public Law/Public International Law
Law Faculty, University Salzburg

UDK: 341.218.2(497.115)

THE LEGAL STATUS OF KOSOVO REVISITED?

Abstract:

1. In 1999, I had the honor to analyse the legal status of Kosovo based on the resolution 1244 (1999) of the United Nations Security Council for the Nis series of scientific conferences. In 2006, I proposed some ideas on the future status of Kosovo. The Kosovo authorities, supported by more than fifty states, chose another way. They declared Kosovo's independence in 2008, adopted a new Constitution of the Republic in Kosovo and, thus, undertook steps towards Kosovo's statehood. The Assembly of Kosovo continues to pass legislation without referring to the powers of the United Nations Secretary General's Special Representative under resolution 1244 and the constitutional framework, thereby created. The Government of Serbia and a majority of Kosovo Serbs, on the other hand, continue to recognize UNMIK as their sole and legitimate civilian power under this resolution. As a consequence, on 8 October 2008, the UN General Assembly adopted a resolution submitted by Serbia, requesting from the International Court of Justice to issue an advisory opinion on the following question: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government in Kosovo in accordance with International law?"

2. Pending this advisory opinion, some thoughts shall be expressed here with regard to eventual legal consequences the declaration of independence and its recognition by about a quarter of nowadays states, including most members of the European Union and the United States of America, but neither the People's Republic of China nor the Russian Federation.

3. Irrespective of any declaration of independence by the Kosovo authorities and irrespective of any recognition of such independence by members of the

international community, the military technical agreement between the international security forces (KFOR) and the governments of the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia, dated 2 August 1999, as well as the UN SC resolution 1244 (1999) have not been ended so far. The legal status of armistice between today's Serbia and KFOR and the regime of an international military and civilian presence in Kosovo in agreement with Serbia both lead back to the UN Security Council, and the UN Secretary General could not be touched on by either the declaration of independence or its recognition.

4. On the other hand, the declaration of independence and its recognition raise a couple of questions, which need to be answered: Who is the addressee of the declaration of independence? Is it effective? Do the Kosovo authorities fulfill the criteria of a de-facto regime? Are the recognitions legal and legitimate? What are the legal consequences under public international law if they turn out to be illegal and illegitimate? And, in particular, what is the possible legal space for the EULEX in the international regime agreed upon for Kosovo?

Key words:

legal status of Kosovo, Resolution 1244 of the UN Security Council, the Military-technical agreement, the declaration of Kosovo independence, the recognition of Kosovo, legal consequences of recognizing the independence of Kosovo

1. Introduction

In 1999 I analyzed the legal status of the Kosovo under the Military-Technical Agreement of 9 June 1999 and the Resolution 1244 (1999) of the United Nations Security Council (UN SR)¹ and came to the conclusion that the legal status of the Kosovo at the time was to be called a de-facto occupa-

¹ Adopted by the Security Council at its 4011th meeting, on 10 June 1999.

tion of the Kosovo by the United Nations.² Due to the transfer of the administration of the Kosovo by the then Yugoslav authorities, which happened as a consequence of military force applied by NATO states, but ignored by the United Nations, and the establishment of a military and civilian presence based on the UN SR Resolution, it is neither possible to talk of a mere UN administration, nor of an occupation of the Kosovo by the states having deployed military forces in the Kosovo.

The rich discussion which has taken place thereafter in the scientific literature on the status of Kosovo and respective legal implications could not change the results of this initial analysis. There are three major developments that can be differentiated in this literature from dogmatic point of view: One approach emphasizes the character of the rule, exercised by the United Nations' civilian and security presence and, thus, results in the evaluation of the regime of international tutelage as pure dictatorship, as utilitarian despotism, as pre-constitutional monarchy, as late 19th century rule, as modern colonial rule etc.³ Other authors emphasize the state-building factor and, thus, are more interested in the final result that shall be achieved than in the characterization of the regime in the transitory period.⁴ The third position undertakes to create or develop theories of international institution-building under temporary trustee administration, predominantly exercised by international organizations.⁵

All these theories suffer from one fundamental weakness: They tend to explain a legal status, which does not need for any theoretical explanation or more-over construction, if one remembers the start and overall legal

² See M. Geistlinger, *Pravni Status Kosovo prema rezoljuciji 1244 (1999) Saveta Bezbednosti Ujedinjenich Nacija*. In: XXXVIII-XXXIX Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Nišu. Niš 1998–1999, 69–78.

³ See the composition of such authors and references eg at B. Knoll, *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organisations*. Cambridge 2008, 2–6.

⁴ See for this position Knoll (fn 3), 6 – 9 with further references.

⁵ See eg Knoll (fn 3), 9 and his whole study; see idem, *Ein Status für Kosovo – Prozess und Lösungsansätze*. In: G. Nolte, P. Hilpold (ed), *Auslandsinvestitionen – Entwicklung großer Kodifikationen – Fragmentierung des Völkerrechts – Status des Kosovo*. Frankfurt/Main 2008, 259–269; E. Schmidt, *Gebietsverwaltung durch Internationale Organisationen. Von der Friedensstiftung zur internationalen Gebietsverwaltung*. Salzburg 2006, 107 ff.

framework of this status. All these theories and also other recent treatises of the Kosovo question in the past⁶ do not ask: Why does the United Nations exercise civilian and military presence in the Kosovo? The respective authors take this civilian and military rule as given and are then asking how can this situation and status best be explained? What are comparable cases under public international law? Which theories could be used best in order to describe a given phenomenon, but also could serve as viable tools in order to provide legal support to politics favoring Kosovo's declaration of independence?

2. The Military Technical Agreement as one legal basis for the UN regime of de-facto occupation of Kosovo

The above approaches must be called weak, since all rules and consequences of these rules are clear from the outset: An international armed conflict, which in the meanwhile more and more has been recognized world-wide as started by an illegal military attack of NATO forces,⁷ has come to an armistice, the conditions of which are laid down in the Military Technical Agreement between the International Security Force ("KFOR") and the Governments of the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Serbia of 9 June 1999.⁸ This Military Technical Agreement has not been ended by its parties so far and it has not been replaced by a Peace Treaty until present. Thus, the relationship of Serbia, as the still existing party to this agreement on the one side and the KFOR on the other side is to be characterized in its own terms. Art I para 4 reads as follows:

*"4. The purposes of these obligations are as follows:
(a) To establish a durable cessation of hostilities ...*

⁶ Eg Ch. Pippin, W. Karl, Selbstbestimmung, Sezession und Anerkennung: Völkerrechtliche Aspekte der Unabhängigkeit des Kosovo. In: EJM 3, (2008), 149–164 (153 ff) und EJM 4, (2008), 211–224 (216 ff).

⁷ See eg P. Hilpold, Das Kosovo-Problem – ein Testfall für das Völkerrecht. In: ZaöRV 68 (2008), 779–801 (785 f).

⁸ Attachment to a Letter dated 10 June 1999 from the Secretary-General of the North Atlantic Treaty Organization addressed to the (UN) Secretary-General and distributed by the UN Secretary-General to the UN Security Council on 15 June 1999, S/1999/682.

The above paragraph is without prejudice to the agreed return of Federal Republic of Yugoslavia and Serbian personnel, which will be subject of a subsequent separate agreement as provided for in paragraph 6 of the document mentioned in paragraph 1 of this article;

...”

The hostilities have been ended. By referring to its paragraph 1, the above paragraph of the Military Technical Agreement means “*the document presented by President Ahtisaari to President Milosevic and approved by the Serb Parliament and the Federal Government on 3 June 1999.*”⁹

Items 1 – 5 and 8 of the then Ahtisaari’s document shall be recalled word for word in order to define what is ignored in the literature mentioned above.

President Ahtisaari’s document provides as follows:

“*Agreement should be reached on the following principles to move towards a resolution of the Kosovo crisis:*

1. *An immediate and verifiable end of violence and repression in Kosovo.*
2. *Verifiable withdrawal from Kosovo of all military police and paramilitary forces according to a rapid timetable.*
3. *Deployment in Kosovo under United Nations auspices of effective international civil and security presences, acting as may be decided under Chapter VII of the Charter, capable of guaranteeing the achievement of common objectives.*
4. *The international security presence with substantial North Atlantic Treaty Organization participation must be deployed under unified command and control and authorized to establish a safe environment for all people in Kosovo and to facilitate the safe return to their homes of all displaced persons and refugees.*

⁹ This document was brought to the attention of the members of the UN by letter dated 7 June 1999 from the Permanent Representative of Germany, at the time holding the Presidency of the European Union, to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/1999/649.

5. *Establishment of an interim administration for Kosovo as a part of the international civil presence under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, to be decided by the Security Council of the United Nations. The interim administration to provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants in Kosovo.*

6. ...

7. ...

8. *A political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for substantial self-government for Kosovo, taking full account of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, and the demilitarization of UCK. Negotiations between the parties for a settlement should not delay or disrupt the establishment of democratic self-governing institutions.*

9. ...

10. *Suspension of military activity will require acceptance of the principles set forth above in addition to agreement to other, previously identified, required elements, which are specified in the footnote below.^a A military-technical agreement will then be rapidly concluded that would, among other things, specify additional modalities, including the roles and functions of Yugoslav/Serb personnel in Kosovo:*

Withdrawal

....

Returning personnel

- *Equipment associated with returning personnel;*
- *Terms of reference for their functional responsibilities;*
- *Timetable for their return;*
- *Delineation of their geographical areas of operation;*
- *Rules governing their relationship to the international security presence and the international civil mission.*

...”

By emphasizing its transitory character from a conflict-situation towards a post-conflict situation, and its aims of establishing a substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia for the people of Kosovo, which is also defined as a substantial self-government for Kosovo, thereby respecting the principles of the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other states in the region, the Ahtisaari-document of 3 June 1999 marks the cornerstones for the exercise of the civilian jurisdiction and links the civilian to the military jurisdiction. The reference in the Military-Technical Agreement to the Ahtisaari document of 3 June 1999 lays the ground for a status of (de-facto) occupation of Kosovo by the UN.¹⁰ The “de-facto” originates from the fact, that the United Nations did not make war on the Federal Republic of Yugoslavia and did not issue any statement on its legitimacy and/or legality.

Since neither state claims before the International Court of Justice, nor claims of individual victims of the warfare before the European Court of Human Rights and before foreign domestic courts were successful, so far, the wide-spread recognition of the illegality of the war on the former Yugoslavia by international lawyers has not yet led to any indemnification in court cases in practice.¹¹ Cases of similar wrong-doings in public international law in the past show, however, that the substantive right to, at least, satisfaction under international rules on state responsibility perpetuates, even if not enforceable at present. It is necessary that the Serbian government continues to require specified indemnification including interests from the states having caused the damage suffered by Serbia and its citizens. It may last for decades in public international law until outstanding receiv-

¹⁰ Also Ch. Tomuschat, *Yugoslavia’s Damaged Sovereignty over the Province of Kosovo*. In: G. Kreijen (ed), *State Sovereignty and International Governance*. Oxford 2002, 325 ff (336) speaks of a regime of occupation. Similarly and also very well-balanced, see in particular, Ph. V. Hülsen, *Die Vereinten Nationen als Gesetzgeber im Kosovo*. Frankfurt/Main et al 2006, 100 – 103.

¹¹ See the impressive analysis by A. Jaksic, *NATO Intervention in the Former Yugoslavia: Individual Damage Compensation Claims: Jurisdiction and Applicable Law*. Belgrade 2008.

ables will be settled. Time that passes will provide also suitable occasions and moments for such settlement even without enforcement by courts.

One such occasion to come might be the wish of the other parties to end or replace the Military-Technical Agreement, which by its reference to the Ahtisaari-document of 3 June 1999 and to the UN SR Resolution 1244 the adoption of which was the condition for the start of the deployment of the international security force (KFOR) and implementation of the Military-Technical Agreement in practice, goes well beyond a usual agreement of armistice. The Ahtisaari-document itself speaks of a later military-technical agreement defining the purposes and means of return of Yugoslav forces to the Kosovo and, thus, envisages a new or at least additional future military-technical agreement.

The Military-Technical Agreement of 9 June 1999 contains elements of a (provisional) status agreement and has, therefore, fundamental legal implications for answering the questions submitted by the UN General Assembly upon request of the Government of Serbia to the International Court of Justice (ICJ).

On 8 October 2008 the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/63/3 requested the ICJ to “*render an advisory opinion on the following question: Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?*”. The public hearings have been set for the period 1 – 11 December 2009 and thirty states as well as the authors of the unilateral declaration of independence have expressed their intention of participating in the oral proceedings. Serbia and the authors of the unilateral declaration will be heard on the first day.¹²

The fact that the Military-Technical Agreement is still in place will be more crucial for answering the above question than whether a right to secession as means of last resort against massive and systematic violations of human rights exists in multi-ethnic states, and if yes, who bears such rights and how long such right exists in conditions where the regime having caused repression has been replaced by a regime respecting human and, in particular, minority rights and where the latter regime is blocked from exer-

¹² See ICJ-Press Release of 9 October 2009, No. 2009/29.

cising any effective rule on a given territory.¹³ The fact that the Military-Technical Agreement has not entered into force is of fundamental importance for its NATO and other KFOR parties, in case they formally recognized the Provisional Institutions' of Self-Government of Kosovo declaration on independence. In such case the ICJ might find that they violated the Military-Technical Agreement between them and Serbia.

3. The UN SR Resolution 1244 (1999) as the other legal basis for the for the UN regime of de-facto occupation of Kosovo

The conditions for the then Yugoslav and Serbian acceptance of the deployment of KFOR units were fulfilled by adoption of the resolution 1244 by the UN Security Council on 10 June 1999, which also is still in effect at present. The Ahtisaari-document of 3 June 1999 as a whole became part of this resolution and forms its annex 2, which fact assigns to it a double nature. Besides being directly reaffirmed by art I para 1 of the Military-

¹³ See eg Pippan/Karl (fn 6), who even do not mention the Military-Technical Agreement, but also misinterpret UN SR Resolution 1244 by holding that Serbia's claim to territorial integrity in the political process laid down by the resolution was limited by the wishes of the people of Kosovo. The reference to reaffirmation by the parties of the purposes and principles of the United Nations, as well as to OSCE principles, including the Helsinki Final Act and the Charter of Paris for a new Europe in the preamble of the draft Rambouillet Accords can only be read together with the provisions in the operational part of the draft agreement, but cannot overrule them. Art I para 4 draft Rambouillet accords (S/1999/648) provides that "*Citizens in Kosovo shall have the right to democratic self-government through legislative, executive, judicial, and other institutions established in accordance with this Agreement. They shall have the opportunity to be represented in all institutions in Kosovo. The right to democratic self-government shall include the right to participate in free and fair elections.*" This read together with para 2 of the same article does not provide for more than a substantial autonomy/self-government within Serbia. The wish of the people through participation in free and fair elections, thus, is directed to and limited with such regime. Art I para 2 draft Rambouillet accords reads as follows: "*National communities and their members shall have additional rights specified in Chapter 1. Kosovo, Federal, and Republic authorities shall not interfere with the exercise of these additional rights. The national communities shall be legally equal as specified herein, and shall not use their additional rights to endanger the rights of other national communities or the rights of citizens, the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia, or the functioning of representative democratic government in Kosovo.*" Pippan/Karl, in particular, EJM (2008), 160 – 163 do not see this and also not the Constitution for Kosovo as included in the draft Rambouillet accords.

Technical Agreement and, therefore, by an armistice agreement signed with relevance for the present times between Serbia and the KFOR states, it is integrated into the operative part of the UN Security Council resolution through paragraphs 1, 4, 7, 9 (a) and 11 (a). The respective paragraphs of the SR resolution read as follows:

“1. Decides that a political solution to the Kosovo crisis shall be based on the general principles in annex 1 and as further elaborated in the principles and other required elements in annex 2;

2., 3. ...

4. Confirms that after the withdrawal an agreed number of Yugoslav and Serb military and police personnel will be permitted to return to Kosovo to perform the functions in accordance with annex 2;

5., 6. ...

7. Authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo as set out in point 4 of annex 2 with all necessary means to fulfil its responsibilities under paragraph 9 below.

8. ...

9. Decides that the responsibilities of the international security presence to be deployed and acting in Kosovo will include:

(a) Deterring renewed hostilities, maintaining and where necessary enforcing a ceasefire, and ensuring the withdrawal and preventing the return into Kosovo of Federal and Republic military, police and paramilitary forces, except as provided in point 6 of annex 2;

(b) – (h) ...

10. ...

11. Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include:

(a) Promoting the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (S/1999/648);

(b) – (k);

12. – 21. ...”.

The wording of the resolution is clear, particularly, with regard to the international civil presence: Unless the parties Serbia and Kosovo will not have agreed on another settlement, the international civil presence is responsible for promoting a substantial autonomy and self-government in Kosovo. The international civil presence is bound to the Ahtisaari-document of 3 June 1999 and to the draft Rambouillet accords. Except in the case of another agreement found with Serbia, the independence of Kosovo is no legal option for the international civil presence, which like the international security presence has been deployed in Kosovo under United Nations auspices. It shall “*provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants of Kosovo; ...*”.

Even if Ahtisaari himself found, when proposing a new plan in 2007, that eight years of separate government have led to an irreversible situation, that Serbia could not regain its previous authority and jurisdiction on the Kosovo without violent opposition, that autonomy of Kosovo within the borders of Serbia is not tenable, that a continued international civil presence by UNMIK is not viable and that only independence of Kosovo can be the option,¹⁴ such new realism is no more than political wish in a given and unchanged legal surroundings. Based on the UN Security Council Resolution 1244 (1999) and on the Military-Technical Agreement of 9 June 1999 Kosovo continues to remain under de-facto occupation of the United Nations that endorsed and adopted an effective international civil and security presence.¹⁵

¹⁴ See paras 7 – 11 of UN doc. S/2007/168 and the comments of Hilpold (fn 7), 792–795.

¹⁵ Thus, it is consequent that the European Court of Human Rights in the Behrami and Saramati cases did not hold UNMIK responsible under the European Convention on Human Rights. The United Nations cannot be sued under a European regional human rights treaty, since they are no member of this treaty and do not derive their authority from Serbia’s sovereignty over the territory of Kosovo. The lawyers would have done better in basing their claims on a treaty under universal public international law, in particular the UN

4. The Interim Authorities' Declaration of Independence in the Context of the Military-Technical Agreement and the UN Security Council Resolution 1244 (1999)

It follows from the given overall legal framework for the international civil and security presence under the auspices of the United Nations that the issue of the declaration of Kosovo's independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo of 17 February 2008¹⁶ is not so much a question of general public international law, but a question of legal behavior of all parties bound by this framework.

The Provisional Institutions, that adopted this declaration would and could not exist, if the international civil and security presences would not be given. Certainly, nobody can exclude that other representatives of the people of Kosovo would have come into being and might have adopted such declaration, but if UNMIK, the UN Secretary General and the states participating at the civil and security presence feel committed towards the Military-Technical Agreement and the UN Security Council Resolution 1244, being their legal grounds for existence in Kosovo, they are estopped from recognizing such declaration. They are endowed by both legal acts with a transitory power of occupation and exercising the jurisdiction of the Federal Republic of Yugoslavia respecting inter alia the territorial integrity and sovereignty of the Federal Republic of Yugoslavia, which, since the Kosovo belonged to Serbia and Serbia continued to exist as independent state after the end of the former Yugoslavia must be read as Serbia's territorial integrity and sovereignty nowadays.

It goes beyond the competences of an occupying power to arrange or allow for any kind of transfer of the territory where it exercises occupation.¹⁷ Not surprisingly the number of states having recognized the Provi-

Covenant on Civil and Political Rights. The critics of B. Knoll, Rights without Remedies: The European Court's Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo. In: *ZaöRV* 68 (2008), 431–451 is not deemed to be legitimate and justified.

¹⁶ The English text can be found at http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Dek_Pav_e.pdf (9 October 2009).

¹⁷ K. A. Wirth, Kosovo am Vorabend der Statusentscheidung: Überlegungen zur rechtlichen Begründung und Durchsetzung der Unabhängigkeit. In: *ZaöRV* 67 (2007), 1065 –

sional Institutions' of Kosovo declaration on independence did only slowly increase, after the UN General Assembly had submitted its respective request for an advisory opinion to the ICJ.¹⁸

For those states that do not participate in the international presence, but are members of the United Nations this obligation to respect the sovereign right of Serbia follows from the binding force of Resolution 1244 of the UN Security Council based on art 25 UN Charter.¹⁹

Even, if one admits that on the other hand, also the United Nations and their presence in a given territory are not exempt from being confronted with a claim for independence and that such claim as expression of a right to a last resort could be as legitimate as in the case of a state effectively exercising jurisdiction on its territory, provided that there is a repressive regime – of a state or an international organization exercising effective jurisdiction – violating a people's right to self-determination or other human rights,²⁰ it remains a question of the fulfillment of the pre-conditions and the legality of the reaction to such step.

Since at least ten years, nobody can say that Serbia is exercising a repressive regime in Kosovo violating the Kosovo people's right to self-determination. Serbia does not exercise any regime as it is blocked by the international civil and security presence from setting any act of jurisdiction on the territory of Kosovo. At the same time nobody can say that the international presence in Kosovo has turned out to be of a repressive nature violating the right of the people of Kosovo to self-determination.

1106 is correct that neither has Serbia factually lost its right to sovereignty and territorial integrity with regard to Kosovo, nor could the UN Security Council decide on such transfer of sovereignty. The Security Council could, however, abolish Resolution 1244, see the English summary 1104 – 1106.

¹⁸ On 27 August 2008 46 states, including the US, Great Britain, France, Germany and some states from the region had already recognized Kosovo's independence. Since then only 16 other states followed until present (11 July 2009). See <http://beqiraj.net/post/Listeder-Staaten-die-Kosovo-anerkannt-haben.aspx> (9 October 2009).

¹⁹ Art 25 UN Charter reads as follows: "*The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.*"

²⁰ For a dogmatic approach in the context of secession and the right to self-determination as revolution under public international law see M. Geistlinger, *Revolution und Völkerrecht*. Wien et al 1991, 357 – 445.

It is totally unrealistic to expect that negotiations between the parties in territorial status questions can be settled within a couple of years. Palestine, Cyprus and other historic cases show that a generation is needed for such negotiations if a solution which shall last for more than just another generation shall be found. Little has been achieved with a hasty Dayton Agreement so far, nobody can rely on its durability. The history of the failed Rambouillet accords should be enough warning of negotiations under pressure of time. There is a fundamental difference between negotiations on the accession to an international organization, even to the European Union, and negotiations on the acquisition/loss of a territory. Thus, the time pressure created by the EU member states and by Ahtisaari on Serbia lacks justification. There is time enough to listen to the ICJ and its advisory opinion.

Prof. Michael Geistlinger, LL.D.

Одсек за међународно јавно право

Правни факултет Универзитета у Салицбургу

ПРАВНИ СТАТУС КОСОВА:

Још један осврт?

Анстракт: 1. Године 1999, имао сам част да, у неколико прилика на научним скуповима у Нишу, анализирам правни статус Косова на основу Резолуције 1244 Савета безбедности Уједињених нација (из 1999. године). Године 2006, имао сам прилику да предложим неке идеје о будућем статусу Косова. Међутим, косовски органи, уз подршку више од 50 држава, изабрали су други пут. Прогласили су независност Косова 2008. године, усвојили Устав Републике Косово и тиме предузели кораке ка остваривању државности Косова. Косовска скупштина наставља да доноси законе не обазирјући се ни на овлашћења Специјалног представника Генералног Секретара Уједињених нација по Резолуцији 1244 као ни на уставни оквир који је тиме створен. С друге стране, у складу са овом Резолуцијом, влада Републике Србије и већина косовских Срба и даље признају УНМИК као једини легитиман орган цивилне власт на Косову. Као резултат такве ситуације, 8. октобра 2008. године Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је резолуцију коју је поднела Република Србија, којом Србија од Међународног суда правде тражи саветодавно мишљење т.ј. одговор на следеће питање: „Да ли је једнострано проглашење независности од стране привремених органа самоуправе на Косову у складу са међународним правом?”

2. У ишчекивању саветодавног мишљења, овом приликом ћу се осврнути на нека размишљања о евентуалним правним последицама проглашења независности и признања Косова од стране отприлике четвртине данашњих држава, укључујући Сједињене Америчке Државе и већину чланица Европске уније, али не и Народну Републику Кину и Руску Федерацију.

3. Упркос проглашењу независности од стране косовских органа и упркос било ком признању такве независности од стране чланица међуна-

родне заједнице, војно-технички споразум закључен 2. августа 1999. године између међународних снага безбедности (КФОР) и влада Савезне Републике Југославије и Републике Србије, као и Резолуција 1244 Савета безбедности Уједињених нација (из 1999. године), су још увек на снази. Правни статус примирја између данашње Србије и КФОР-а, као и режим међународног војног и цивилног присуства на Косову у договору са Србијом, опет доводе спор пред Савет безбедности Уједињених нација, па Генерални Секретар УН не би смео дозволити да на њега утичу нити проглашење независности нити њено признавање.

4. С друге стране, проглашење независности и њено признање отварају неколико питања која траже одговоре: Које је проглашење независности упућено? Ко је адресат? Да ли оно производи правно дејство? Да ли косовске власти испуњавају критеријуме *de facto* режима? Да ли су признања правно утемељена и легитимна? Које су правне последице, према међународном јавном праву, ако се испостави да су признања противправна и нелегитимна? И нарочито, какав је могући правни простор за EULEX у међународном режиму који је договорен за Косово?

Кључне речи: правни статус Косова, Резолуција 1244 Савета безбедности, Војно-технички споразум, проглашење независности Косова, признање Косова, правне последице признања независности Косова

ПРОБЛЕМ ПРОМЕНЕ СУБЈЕКТА МЕЂУНАРОДНОГА ПРАВА И ПРАВО НА ПРЕДУЗИМАЊЕ РЕПРЕСАЛИЈА

Апстракт:

*Процес ишчезавања класичне државе у 20. веку довео је и до промене суштине међународнога права коме је класична држава дала битно обележје. Поново се као основни субјект поновно оживљенога *ius gentium*-а јавља појединац. А пошто се овај текст превасходно бави правом оружаних сукоба, тај нови субјект је у првом реду партизан. Право на предузимање репресалија мора се утолико сагледати у новом светлу, јер је његов нови легитимни субјект једнако партизан.*

Кључне речи:

држава, партизан, оружани сукоб, репресалије

Од доба успостављања апсолутне монархије у Западној Европи у 16. веку, „нормалан“ субјект међународнога права је држава као једна конкретна, историјски непоновљива форма просторнога правног поретка, која је следствено суверености као свом битном обележју у стању да деполитизује све унутрашње сукобе – од религијских до класних – и пацификује њихове учеснике. Неисторијски је и ненаучно тај појам државе – „класичне државе“ – схватити као апстракцију која се може протезати на све могуће просторне правне поретке. Тако, западноевропска средњевековна дуалистичка структура *regnum*-а и *rex*-а, чији је реликт енглески појам Круне као корпорације, (в.: О. Hood Phillips & Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, 8th Ed. by О. Hood Phillips/P. Jackson/P. Leopold, London 2001, 309 sq.) исто је онолико мало држава у прегнантном смислу колико и арапска племенска краљевина или транснационална олигополска империја. Један од класика теорије јавнога права, М. Hauriou, режим државе опредељује као одвајање јавне централизације од цивилне слободе, дакле јавнога живота од приватне економије (Hauriou, *Principes de Droit public*, 2-éd., Paris 1916, 303 sq., 377 sqq.). Остале појавне облике просторних правних поредака најбоље је зато називати ирегуларним или квази државама.

Још тридесетих година 20. века устврдиће Carl Schmitt преживелост класичне државе (Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 7. Aufl., Berlin 2002, 10): „Епоха државности приближава се сада своме крају. На то не треба више трошити речи.“ Наиме, публицизација приватне сфере и, обратно, приватизација јавне сфере те отуђивање државнога суверенитета у корист војно-полицијских и трговинских интернационала такве су појаве да се по свом значају свакако могу мерити са прелазом из *regnum*-а у апсолутну монархију, односно, у Енглеској, у апсолутистички парламентаризам. Егзегетска наука међународнога права углавном не сагледава те епохалне промене. Наводна „држава“ у њој се и даље поима као основни субјект међународнога права, а појединац је субјект међународнога права онолико колико то меродавни органи „држава“ сматрају допуштеним; у ствари, тај међународни субјективитет појединца сматра се готово у потпуности исцрпљеним у међународноме кривичном праву, то јест, појединац се у међународно право уводи као

могући починилац кривичних дела којима се вређају добра која међународно право штити; (в., на пример, уместо многих: M. N. Shaw, *International Law*, 5th Ed., Cambridge 2003, 232 sqq.).

Преокрет у овом делу правне теорије, који одражава крај епохе државности, потиче од L. Duguit-а, по коме субјект међународнога права може бити само појединац (Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris 1927, 190, 198). Великоме француском теоретичару права лебдела је пред очима једна међународна заједница у којој би кључну улогу имале међународне јавне службе (Duguit, *ibidem*, 725). Овим се заправо налазимо на путу поновнога открића средњевековнога *ius gentium*-а. Шта је оно, види се из дефиниције Исидора Севиљскога, која је ушла у Грацијанов Декрет као први део „*Corpus juris canonici*“ –ја: „Међународно право је заузеће земље, изградња градова и утврђења, вођење ратова, заробљеништво, неслобода, повратак из заробљеништва, савези и уговори о миру, примирје, неповредивост посланика и брачне забране између иноплеменика.“ (*Ius gentium est sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, captiuitatis, seruitutes, postliminia, federa pacis, induciae, legatorum non uiolandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Corpus iuris canonici*, ed. Lipsiensis secunda post Ae. L. Richter, *Pars prior: Decretum magistri Gratiani*, Union, N.J. 2000, 3.)

Почетак краја епохе државности преобразио је и међународно ратно право, *ius in bello*, чији су искључиви субјект биле државе, у право оружаних сукоба, чији су субјект и друге оружане снаге, пре свега партизани. Теорија и пракса партизана (герилаца) и партизанских (герилских) ратова дале су, у ствари, том преображају најјачи подстицај. Нека опет добије реч С. Schmitt (*Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, 6. Aufl., Berlin 2006, 53): „Од 20. столећа уклања се тај међудржавни рат и замењује револуционарним међустраничким ратом.“ Овај велики и контроверзни немачки професор јавнога права видео је највеће теоретичаре те нове врсте рата у комунистичким револуционарним вођама Лењину и Мао Це-тунгу (у овом потоњем и највећег практичара). Тако о Лењиновом доприносу теорији партизана и партизанскога рата у његовој бележници („Тетрадка“), Schmitt (*ibidem*, 55) вели: „Он (Лењин, М.П.) је створио на тај начин један од највеличанственијих докумената светске историје и историје духа.“

Schmitt је своју монографију „Теорија партизана“ (Theorie des Partisanen) писао 1962. године, када је имао преко седамдесет година, дакле у доба потпуне научне зрелости, али првенствено имајући у виду совјетске и маоистичке партизана у Другом светском рату и непосредно после њега. Но, можемо се питати шта би он још имао да каже да је као подлогу својих разматрања могао да узме завршницу Вијетнамског рата и ратове у Афганистану, најпре против СССР-а, а потом и против НАТОа?!

У тој монографији, Schmitt излаже четири основна критеријума распознавања партизанског борца, односно партизанских бораца; то су: 1. нерегуларност (на супрот регуларности редовних државних армија). 2. Мобилност (способност да се „нестане“, да се учини невидљивим за непријатеља). 3. Политичка ангажованост, што ће рећи да је партизан активан носилац пропаганде једног политичког погледа на свет, најчешће једнога револуционарнога легитимитета на супрот државном легалитету. 4. Аутохтоност, телурски карактер. Партизани су укоренењени у једној одређеној земљи и њеном становништву, који их снабдева економским добрима и из кога се попуњавају људством. – Овим четири критеријумима Schmitt алудира и на четири природна елемента пошто за њега партизан највећма отелотворује суштину политике нашега доба; (v.: C. Schmitt, Staat, Grossraum, Nomos, Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, herausg. v. G. Maschke, Berlin 1995, 634).

Почев од 16. века учврстио се став да је рат само оружани сукоб између суверених држава те да су, следствено томе, како приватни ратови тако и ратови устаника против носилаца суверене власти (грађански ратови) искључени из међународнога права и њихови виновници лишени заштите коју оно нуди учесницима ратних сукоба. С тога, с нелегалним учесницима оружаних сукоба државна власт може да поступа као са разбојницима, велеиздајницима, побуњеницима и пиратима, то јест, да их по сумарном поступку кажњава смрћу. Први је ово гледиште, позивајући се на Bodin-ову теорију државне суверености, изнео шпански правослов Balthazar Ayala, који је био војни судија у Шпанској Низоземској у време устанка домаћег становништва против шпанских господара, у својим трима књигама „De Jure et Officiis bellicis et Disciplina

militari“, које су се појавиле 1582. и које је John Westlake сврстао у „Carnegie Classics of International Law“ (Washington 1912). Томе ставу обавезаће се и пракса европских држава као и низ других класика међународнога права, рецимо: Alberico Gentili, Zouche, Bynkershoek, Vattel.

До промене долази – не без утицаја француско-прускога рата од 1870. године, у коме су Французи примењивали тактику нерегуларнога ратовања против немачких завојевача – усвајањем хашког Правилника о законима и обичајима рата на копну од 18. октобра 1907. који је у своме чл. 1. прописао да се ратни закони, права и дужности не примењују само на војску, већ и на милиције и добровољачке одреде који испуњавају следеће услове: 1. да имају на челу личност одговорну за своје потчињене; 2. да имају сталан знак за распознавање који се може разликовати са удаљености; 3. да отворено носе оружје; 4. да се при својим операцијама придржавају закона и обичаја рата. Дотични Правилник је у своме чл. 2. такође прописивао да ће се становништво неокупиране територије, које се услед приближавања непријатеља спонтано дигло на оружје против нападачких трупа немајући времена да се организује у складу са чланом 1, сматрати учесником у рату ако отворено носи оружје и ако поштује законе и обичаје ратовања. При том су борци из чл. 1. и 2. Правилника имали право да предузимају ратне операције како испред непријатељске линије фронта тако и у непријатељској позадини, али само док трају борбена дејства оружаних снага њихових држава. Уколико би главнина тих оружаних снага била поражена и заробљена, територија њихове државе била окупирана и њена влада пала или избегла, губило би се и право на герилско ратовање. Извесни истакнути теоретичари међународнога права (на пример: L. Oppenheim, *International Law, A Treatise, II: War and Neutrality*, 3rd Ed., by R.F. Roxburgh, 1921, Clark, N.J. 2005, 78) сматрали су да и тада држава окупатор не треба да са заробљеним герилцима поступа као с криминалцима, пошто су њихове побуде патриотске. Но, држава окупатор имала је у томе погледу широку оцену целисходности. После Другог светског рата, у Нирнбершким суђењима немачки ратним злочинцима, немачки генерали (Jodl, Leeb, List) нису нађени кривим што су немачке јединице под њиховом командом с партизанима поступале као са злочинцима и ли-

квидирале их по кратком поступку. С друге стране, током Другог светског рата, западни савезници су припадницима немачке територијалне милиције („*Volkssturm*“) признавали статус бораца регуларне трупе, док су их Руси третирали као фашистичке партизане и стрељали након заробљавања. (V.: Schmitt, *Theorie des Partisanen*, 30, 43 sq.)

Суштинске промене донеле су четири Женевске конвенције од 12. августа 1949. године, које су ратификоване од великога броја земаља с најразличитијим уставним уређењима. Све оне у чл. 2. поље своје примене одређују тако, што прописују да ће се примењивати како у случају објављенога рата тако и свакога другог оружаног сукоба који избије између двеју или више страна уговорница, чак и ако једна од њих није признала ратно стање. Штавише, те ће се Конвенције примењивати и у свим случајевима окупације целе територије стране уговорнице или њенога дела, чак и ако та окупација не наиђе ни на какав војни отпор. II. Женевска конвенција (Конвенција за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору) и III. Женевска конвенција (Конвенција о поступању с ратним заробљеницима) признају статус бродоломника, рањеника и болесника на мору, односно ратних заробљеника: 1. припадницима оружаних снага једне стране у сукобу, као и припадницима милиције и добровољачких јединица који улазе у састав тих оружаних снага; 2. припадницима осталих милиција и припадницима осталих добровољачких јединица, подразумевајући ту и припаднике организованих покрета отпора, који припадају једној страни у сукобу и који дејствују изван или у оквиру своје сопствене територије, чак и да је та територија окупирана, под условом да те милиције или добровољачке јединице, подразумевајући ту и припаднике организованих покрета отпора, који припадају једној страни у сукобу и који дејствују изван или у оквиру своје сопствене територије, чак и да је та територија окупирана, под условом да те милиције или добровољачке јединице, подразумевајући ту и ове организоване покрете отпора, испуњавају следеће услове: 2.1. да на челу имају лице одговорно за своје потчињене; 2.2. да имају одређен знак за разликовање и који се може уочити на одстојању; 2.3. да отворено носе оружје; 2.4. да се, при својим дејствима, придржавају ратних закона и обичаја; 3. при-

падницима редовних оружаних снага који изјављају да припадају једној влади или власти коју није признала Сила под чијом се влашћу налазе; 4. лицима која прате оружане снаге иако непосредно не улазе у њихов састав (...), 5. члановима посада, подразумевајући ту команданте, пилоте и ученике трговачке морнарице и посаде цивилнога ваздухопловства, страна у сукобу који не уживају повољнији поступак на основу других одредаба међународнога права; 6. становништву неокупиране територије које се, услед приближавања непријатеља, добровољно диже на оружје да би пружило отпор непријатељској најезди, а које није имало времена да се организује као редовна оружана сила, ако оно отворено носи оружје и ако поштује ратне законе и обичаје.

За предмет наше расправе најактуелнији су међу овим лицима припадници организованих покрета отпора, пошто се та категорија највећма приближава партизанима, као и влада или власт непризната од окупатора, будући да она може чинити највишу инстанцу партизанске „државе у држави“.

Један даљи коренит помак у правцу изједначавања регуларнога борца и партизана учиниће Протокол I. од 10. децембра 1977. (Допунски протокол уз Женевске Конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба). Он у свом члану 43. укида категоризације борбених снага из Женевских конвенција од 1949. усвајањем широке дефиниције оружаних снага, која од четири услова из Хашких и Женевских конвенција задржава само два: заповедништво одговорно страни у сукобу и поштовање правила међународнога права која се примењују у оружаним сукобима. Члан 44. став 3. дотичнога Протокола додаје да су борци док су ангажовани у нападу или у војној операцији или у припреми за напад дужни да се разликују од цивилнога становништва. Само, с обзиром да постоје ситуације у оружаним сукобима када се због природе непријатељскога напада наоружани борац не може разликовати од цивилнога становништва, он ће задржати свој статус борца, под условом да у таквим ситуацијама отворено носи своје оружје: 3.1. за време свакога војног ангажовања и 3.2. у току времена када га противник може видети док је ангажован у војном развијању које претходи предузимању напада у коме ће учествовати.

Протокол I. није, међутим, прихваћен онако једнодушно као Женевске конвенције од 1949. године. Нису га, рецимо, ратификовале Сједињене Америчке Државе. Но и иначе, када је реч о партизанима, тенденција међународнога права да их се изједначи са регуларним борцима, наилази на големе тешкоће. То је зато, што је међународно право данашњице право „пролазнога периода“. Оно, с једне стране, није више класично међудржавно право, али, с друге стране, још није нашло правотехнички израз за принципе долазећег, посткласичног и последржавног међународнога права. Тако, шта за партизана значи обавеза да носи знак разликовања, када он напада из заседе и ноћу, и шта значи обавеза отворенога ношења оружја, уколико партизан употребљава тешко, артиљеријско или ракетно наоружање? На правну релевантност тог војно-техничког аспекта указује и С. Schmitt (*Theorie des Partisanen*, 79): „Савремени партизан се бори аутоматским пиштољима, ручним гранатама, пластичним бомбама, а можда ускоро и тактичким атомским оружјем. Моторизован је и прикључен на телекомуникациону мрежу, с тајним одашиљачима и радарским уређајима. Авиони га из ваздуха снабдевају оружјем и намирницама. Али такође, као данас 1962. у Вијетнаму, хеликоптерима га сузбијају и изгладњују. Како она сам тако и борци против њега иду у корак с развојем модерне технике и техничке науке.“

У међународноме праву као међудржавном, вођење рата није било само искључива повластица државе, већ је она ту повластицу (*ius ad bellum*) могла такође да врши по сасвим слободној оцени. Истакнути северноамерички писац међународнога права из прве половине 19. века, Н. Wheaton (*Elements of International Law: With a Sketch of the History of the Science*, 1836, 2nd printing, Union, N.J. 2002, 209, 212 sq) с тим у вези каже: „Свака држава дакле има право да прибегне сили као једином средству за уклањање зала која су јој нанеле друге, на исти начин на који би појединци били овлашћени да прибегну том правном средству када не би били потчињени законима грађанскога друштва. Свака је држава према томе овлашћена да за себе суди каква је природа и обим зала која оправдавају примену једнога таквог средства уклањања... Расправа силом између независних суверених држава назива се

јавним ратом. Ако је формално објављен или прописно отпочет, он овлашћује обе зараћене стране на сва ратна права једне насупрот другој. Вољно или позитивно право нације у том погледу не прави разлику између праведнога и неправеднога рата. Формалан рат, или прописно отпочет, има се сматрати, што се тиче дејстава која производи, праведним за обе стране. Ма шта да је дозвољено, законима рата, једној зараћеној страни, једнако је дозвољено и другој.“ У 20. веку, право на вођење рата се сужава. Париски пакт (такозвани Пакт Briand-Kollogg) од 27. августа 1928. забрањује рат „као средство државне (националне) политике“. Но, који је рат дозвољен? Дакако, то је најпре одбрамбени рат, рат као средство одбране од агресије, пошто је један такав рат просто вид нужне одбране. Дозвољен је и народноослободилачки (националноослободилачки) рат; (в.: Shaw, *op. cit.*, 1036 sqq.). У одбрамбеним и народноослободилачком рату, право на вођење рата (*ius ad bellum*) имају и партизанске организације. Нарочито су земље са комунистичким режимима и земље припаднице Покрета несврстаности признавале народноослободилачким покретима статус „легитимних представника“ народа за чије су се ослобођење борили. Такође, наведени Протокол I. у своме члану 1. став. 4. под међународне оружане сукобе сврстава и оружане сукобе у којима се народи боре против колонијалне доминације и стране окупације и против расистичких режима, користећи се правом народа на самоопредељење. Спорно је питање допуштености револуционарних ратова, таквих чија је сврха разарање владајућих друштвенополитичких и друштвеноекономских структура. То тим пре, што се револуционарни ратови често увијају у форму народноослободилачког рата, што је нарочито био случај с револуционарним ратом у Југославији од 1941. до 1945. и револуционарним ратовима у Вијетнаму од 1946. до 1955. и од 1957. до 1975. године.

Репресалије (новији је израз „противмера“) јесте реакција државе или другога овлашћеног субјекта међународнога права према другој држави, односно другоме овлашћеном субјекту међународнога права, због повреде међународнога права од стране те друге државе, односно тог другог субјекта међународнога права. Репресалије морају бити сразмерне повреди права која их је изазвала; несразмерне репресалије су противправне и овлашћују страну коју погађају на противрепресалије.

С обзиром на сврху, репресалије могу бити егзекутивне или казнене. Сврха је егзекутивних репресалија да противника приморају на престане с кршењем правила међународнога права које је дало повода репресалијама. Сврха је казних репресалија одмазда над прекршиоцем међународнога права.

Мирне репресалије карактерише одсуство употребе физичке принуде. Војне репресалије се састоје у употреби физичке принуде према прекршиоцу међународнога права. Једну подврсту војних репресалија чине ратне репресалије, које једне против других примењују зарађене стране, односно стране између којих постоји оружани сукоб. Мирне репресалије су, у начелу, увек допуштене. Напоменимо да у извесним случајевима мирне репресалије могу прерасти у војне. Рецимо, некада су репресалије често предузимане у виду поморске блокаде; (в.: Oppenheim/Roxburgh, op. cit., II, 53 sqq.). До оружаног сукоба би долазило једино уколико би блокирана држава покушала да пробије блокаду или би објавила рат блокирајућој сили. Први пример мирне поморске блокаде, који се уједно претворио у оружани сукоб, је чувена и историјски значајна Наваринска битка, која се догодила 20. октобра 1927. Пошто је Турска одбила да изврши Лондонски споразум од 6. јуна исте године, којим је Грчкој био признат статус вазалне државе, заједничка британско-француско-руска флота блокирала је турске снаге у заливу Наварино на југозападној обали Пелопонеза. Турско-египатска флота под командом Ибрахим-паше покушала је да разбије блокаду и том приликом била потпуно уништена, чиме је био отворен пут за независност Грчке. После битке, Велике силе су потврдиле да се не налазе у рату с Турском.

Од особито великога значаја је разлика између рата и војне репресалије. Право на вођење рата је, као што смо показали, јако скучено. Али, и сама реч „рат“ изазива данас гнушање јавнога мњења. Репресалија, по себи, представља повреду међународнога права коју тек нарочите околности случаја чине допуштеном. То опште одређење утолико више важи за војну репресалију, која лишена разлога који је оправдавају може да буде пуки инкриминисани чин. Зато државе своје војне активности више воле да прикажу као репресалије или интервенције,

иако се, у појединим случајевима, очигледно ради о рату. Само, право на предузимање репресалија не припада једино државама; то право имају и други учесници оружаних сукоба, укључујући и партизане.

Постоје две теорије о разлици између рата и војне репресалије. По класичној теорији међународнога права, рат постоји ако код барем једне стране у сукобу постоји „*animus belligerandi*“, што ће рећи да она захтева да за њу и против ње важе сва ратна права; (в.: Fr. v. Wesendonk, *Der Kriegsbegriff im Völkerrecht, Dissertation Bonn 1939, 26*). „*Animus belligerandi*“ обично се формализује у објави рата, но та формализација није нужна. Код војне репресалије „*animus belligerandi*“ одсутствује. По другој теорији, војна репресалија је принудна радња која погађа само неке интересе друге државе, док је рат принуда која погађа све интересе друге државе (H. Kelsen, *Principles of International Law, 5th printing, Clark, N. J. 2004, 23 sqq.*). Сучељена са стварношћу међународнога права, ниједна од тих теорија није сасвим задовољавајућа.

Знаковит је, у том погледу, Јапанско-кинески рат од 1931. до 1945. године, један од најдужих и највећих ратних сукоба у савременој историји. Рат је имао и дугу предисторију. Још 1894-95. Јапан је напао Кину и заузео Кореју, дотле кинеску вазалну државу, Тајван и Пескадорска острва. Агресију на Кину Јапан обнавља 1931. када отцепљује североисточну кинеску провинцију Манџурију, у којој оснива свој протекторат Манџукуо. А 1937. Јапан предузима мноштво офанзивних операција, које ће трајати до 1941. и довести до његовога заузећа целокупне кинеске приморске територије. На обема странама борило се више стотина хиљада људи (на кинеској одвојено националне и комунистичке трупе) и погинуло је око 35.000 кинеских бораца и још више цивила. Само, ни Кина ни Јапан нису признавали да се налазе у рату, штавише, нису прекидали ни дипломатске односе. То је Woolsey-а навело да напише чланак под подругљивим насловом „Мирољубиви рат у Кини“, (L. H. Woolsey, *Peaceful War in China, The American Journal of International Law, 1938, 314 sqq., 318*) у коме каже: „Пренебрегавање Хашких услова о објави рата и одредаба антиратних споразума о неприбегавању оружаномј сили, ниуколико непријатељства не чини мање ратом. То би изворно могао да буде илегалан рат, но могао би да се води сагласно

међународним правилима о вођењу рата те да како од зараћених страна тако и од неутралних буде признат слично јавном рату. Кријумчарени алкохол је без обзира на то алкохол.“ Другачије је јапанско-кинески сукоб у Манџурији 1932. квалификовао познати немачко-швајцарски професор и пацифиста Н. Wehberg (Hat Japan durch die Besetzung der Mandschurei das Völkerrecht verletzt?, Die Friedenswarte, Januarheft 1932, 1 sqq., 2): „По важећем праву, у случају кинеско-јапанског конфликта може да се говори само о војној окупацији, и не о рату. Тај исход такође не може да измени ни у чему чињеница да је такозвана „мирнодопска окупација“ (occupatio pacifica), ма била она сада заснована као оружана интервенција ради заштите живота и својине јапанских држављана или као репресалија спрам кинеским повредама међународног права, била пропраћена бомбардовањима, штавише биткама већег или мањег обима. Јер нека средња ствар између рата и мирнодопске окупације, на коју би се примењивала специјална правила међународног права, међународноправно не постоји. С тога се такође ништа не би могло добити ни с констатацијом да се, на пример, ради о војној окупацији *sui generis*.“ Тек ће два дана након јапанског бомбардовања америчког поморског упоришта Pearl Harbor, када је Јапан уједно објавио рат Сједињеним Америчким Државама и Великој Британији, на дан 9. децембра 1941. Кина формално објавити рат Јапану, али и Немачкој, очигледно јер је тиме добивала два моћна савезника.

Слично томе, Иран и Ирак су прекинули дипломатске односе тек 1987. мада је оружани сукоб међу њима, у коме је употребљавано и хемијско оружје, трајао већ седам година. Највећи војни сукоб после 2. светског рата, 2. вијетнамски рат, у коме су се на једној страни налазили Јужни Вијетнам и Сједињене Америчке Државе, а на другој Северни Вијетнам, Камбоџа, Лаос и јужновијетнамски партизани, уопште није био објављен, иако је окончан формалним уговором о миру.

Изузетно је сложено и питање правних граница војних репресалија. Извесни угледни теоретичари сматрају да право на репресалије своју основну границу налази у забрани ратних злочина и нељудских поступака; (в.: G. Dahm, Völkerrecht, II, Stuttgart 1961, 433). Дакако да, под нормалним условима, то гледиште изражава једно важеће правило

понашања. Оно, ипак, не мора одговарати истини у извесним абнормалним ситуацијама које се јављају особито у рату. Једна армија која врши ратне злочине над цивилним становништвом, нема право да буде заштићена и од најсуровијих репресалија. У прилог тога говори стицај двају темељних етичко-правних начела. Прво је „*Nemo auditur propriam turpitudinem alegans*“, које каже да нико не може захтевати ни получити правну заштиту уколико је те заштите морално недостојан. Друго је „*Volenti non fit injuria*“, сагласно коме оштећени који је преузео на себе ризик наступања штете, губи право на обештећење уколико је та штета наступила. С тим у вези, један стари маестро деликтне одговорности, R. Savatier (*Traité de la Responsabilité civile en Droit français civil, administratif, professionnel, procedural, I, 2-e ed., Paris 1951, 242*), пише: „Најпре ваља приметити да жртва, будући и сама у кривици што се придружила злу, очигледно не може да од другогa получи интегралну накнаду штете. Али, треба ићи и даље – жртва која се сагласила са кривицом у начелу губи свако право на накнаду за последице неморалнога или недопуштенога акта којим је умрљала руке.“ И после 2. светског рата, међународни судови су искључивали одговорност за такве поступке као што је такозвано „просторно бомбардовање“ (*bombing of target areas*), које је првенствено било усмерено против цивилнога становништва, и неограничени подморнички рат, пошто им је прибегавала и противничка страна; (в.: A. Verdross/B. Sima, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, Berlin 1976, 293*).

Велики партизански рат који је данас још увек у току, је рат у Авганистану, у коме партизанску страну чине присталице свргнутога режима Талибана, док се на антипартизанској страни углавном налазе западни завојевачи. Но, квалитетну особеност у односу на раније партизанске ратове чини то, што су овде партизани искључиво исламски фундаменталисти, који своју борбу сматрају исламским светим ратом, „џихадом“. (О „џихаду“ в: М. Јевтић, *Савремени џихад као рат*, Београд 1989, *passim*.) Концептуализације тога рата губе, међутим, из вида да исламски фундаментализам подразумева један посве другачији тип државе, непојмљив важећем међународном праву. Та држава, ако овде о „држави“ уопште може бити речи, јавља се као заједница религије, пра-

ва и нације, то јест као консензус верника који не познаје никакве територијалне границе, па зато и рат који та држава води губи везу са сваком одређеном територијом, то јест, његово легитимно поприште може да буде свако место где има исламских фундаменталиста. Тип државе као консензуса открио је и појмовно развио још Oswald Spengler (*Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte, II: Welthistorische Perspektiven, Erste bis fünfzehnte Aufl., München 1922, 295 sqq.*). Само, Spengler нипошто не каже да је „ислам“ у ужем смислу, којег је утемељио у 7. веку пророк Мухамед, колевка државе као консензуса. По том изузетном филозофу историје, творац те државе је Диоклецијан, Константин Велики први њен остваритељ, док је њена теорија „Држава Божја“ (*Civitas Dei*) Августина Хипонскога (354-430). Зато је држава консензус уједно и ренесанса касноантичке и ранохришћанске идеје државе те с тога можда и „пети елемент“ теорије партизана.

Prof. Milan Petrović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

REPRISALS AND THE PROBLEM OF INTERNATIONAL LAW SUBJECTS

Summary

Among the definitions of international law we choose the original, classic one stating that "International law is common law for a number of states or nations, well-known even to the old Romans as "ius gentium", or "ius naturale." This common law may be expanded, to some extent modified or repealed by individual states either by international treaties or international legal customs; in its essence, it is a product of religions and cultures rather than a result of the rulers' autocracy.

In the contemporary international law theory, states are perceived as the primary subjects of international rights and obligations. An individual might be entitled to those rights and subject to obligations only by means of international agreements. However, two great legal theoreticians – Léon Duguit and Hans Kelsen – albeit using different arguments, quite the reverse, see the individuals as the basic subjects of international law. The author of this paper joins that standpoint. Starting from that point of view, the author also elaborates on the issue of reprisal, an important form of physical force and coercion used against the perpetrators of international offences. The author concludes that the use of reprisals cannot be the monopoly of states and international organizations. This right must also be recognized to other individuals and legal persons, providing that they have a practical possibility of its exercise. It is interesting though that, in this way, the institution of reprisal draws closer to the old institution related to the right to resist tyranny (oppression).

Key words: state, partisan, armed conflict, reprisals

ПРИБЛИЖАВАЊЕ ПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ СРБИЈЕ ПРАВНОЈ ПОЛИТИЦИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт:

Под правном политиком разумемо, за ову прилику, упутства за стварање одговарајућег права. Суштину правне политике чини стално трагање за таквим правним облицима, структурама и квалитетима који ће најбоље служити заштити темељних друштвених вредности и остваривању друштвених политика које се остварују правом.

Правна политика постаје предмет посебне и сталне пажње у оквиру Европске уније током деведесетих година прошлог века. Од тада је усвојен већи број докумената којима је дефинисана правна политика Европске уније.

Свеобухватна реформа прописа у Србији јесте извесно, свакако не довољно, приближавање правне политике Србије правној политици Уније.

Кључне речи:

acquis communautaire, право Србије, правна политика, реформа

Установљавање правне политике Европске уније

Мало је текстова који су за предмет имали правну политику Европске уније.¹ Циљ овог текста је да укаже на елементе на којима се заснива правна политика Европске уније као и на извесно усклађивање правне политике Републике Србије са правном политиком Уније. Под правном политиком разумемо, у овом тексту, упутства за стварање одговарајућег права. Какво је то одговарајуће право и за кога право треба да буде одговарајуће?

Полазећи од тога да се модерна држава темељи на начелу да је дужна једнако да се стара о интересима свих својих грађана, одговарајуће право је оно које својим садржајем уважава једнако интересе оних у чије интересе дира и које је својим обликом прилагођено правној публици којој је намењено. Следећа карактеристика одговарајућег права је извешан квалитет комуникативности. Да би било демократско право, у процесу креирања новог правног прописа треба да се чују и уваже гласови оних на које ће се тај пропис примењивати. Пропис треба да буде такав да обавести оне на које ће се примењивати и оне који ће га примењивати сасвим јасно без остављања било каквих недоумица у погледу свог дејства. Ако није комуникативан у том смислу, правна сигурност је угрожена. Дакле, под одговарајућим правом мислимо на оно право којим се обезбеђује успешна заштита темељних социјалних вредности, у које свакако спадају начела једнакости, слободе, демократије, владавине права и правне сигурности и успешно спровођење одређених социјалних политика. Обезбеђивање стварања права које ће по свом облику, структури и квалитетима задовољавати ове циљеве јесте

¹ B. van der Esch, Legal policy in an Enlarged European Community, *Common Market Law Review*, 1973. vol. 10, no.1, 56. G. Sandström, Knocking EU Law into Shape, *Guest Editorial, Common Market Law Review*, 2003, vol. 40, no.6, 1307. W. Robinson, Drafting of EU Acts: A View from the European Commission, *European Journal of Law Reform*, 2008, vol. X, no. 2, 151. A. Kellermann, Guidelines of Quality of EU Legislation and its Impact on Albania, *European Journal of Law Reform*, 2008, vol. X, no. 2, 183. J.-C. Piris, The Legal Orders of the European Union and the Member States: Peculiarities and Influence in Drafting, *European Journal of Law Reform*, 2006, vol. VI, no.1/2, 1. C.B. Swiss, Language Problems in the European Union: Accommodation for Twenty-Five Countries and Twenty Official Languages, *European Journal of Law Reform*, 2006, vol. VI, no.1/2, 87.

задатак правне политике. Правна политика је усмерена, дакле, на обезбеђивање одређених квалитета који се тичу облика, структуре и језика права али, такође, у извесној мери и садржаја права.

Деведесетих година прошлог века државе чланице, Европски савет, Европски парламент, Савет и Комисија почињу да усвајају документе којима обликују правну политику Европске уније.

Усвајајући Амстердамски уговор 1997. године, Конференција, коју су тада чинили петнаест држава чланица, придодала је овом Уговору Декларацију бр. 39 о квалитету нацрта легислативних аката Заједнице.²

Европски савет на састанцима у Бирмингему и Единбургу 1992. године, у Лисабону у 2000. години, у Штокхолму у 2001. години, у Гетеборгу у 2001. години, у Севиљи у 2002. године и у Бриселу 2003. године се бавио питањем квалитета права Заједнице.

Поступајући по закључцима Европског савета, одржаног 2000. године у Лисабону, министри за државну управу држава чланица ЕУ су се састали 6. и 7. новембра 2000. године у Стразбуру и усвојили Резолуцију о побољшавању квалитета регулативе у оквиру Европске уније. Сагласно овој Резолуцији, основана је у децембру 2000. године саветодавна група на високом нивоу, састављена од експерата за регулаторни рад из држава чланица и Комисије која је била задужена за припрему стратегије за бољу регулативу. Група је добила име по свом председнику М. Манделкерну. Коначан извештај Манделкернове групе за бољу регулативу поднет је у новембру 2001. године.

Европски парламент, Савет и Комисија су закључили више споразума ради унапређивања квалитета права Заједнице: Међуинституционални споразум о унапређивању радног метода службене кодификације легислативних текстова од 20. децембра 1994. године,³ Међуинституционални споразум о заједничким смерницама за квалитет израде нацрта легислативних аката Заједнице од 22. децембра 1998. године,⁴ Међуинституционални споразум о бољем коришћењу технике прео-

² СЛ С 340, 10/11/1997 стр. 139.

³ СЛ С 102, 04/04/1996 стр. 2.

⁴ СЛ С 73, 17.3.1999, стр. 1.

бликовања (енг. Recasting) правних аката од 28. новембра 2001. године⁵ и Међуинституционални споразум о бољој изради права из 2003. године.⁶ Европски парламент, Савет и Комисија су усвојиле, такође, Заједничко практично упутство (Common Practical Guide) за лица која су укључена у израду нацрта легислативних аката у оквиру институција Заједнице у 2000. години. Свака од институција је усвојила релевантне интерне акте. Комисија је припремила више документа које је упутила Европском парламенту и Савету.

Упутства упућена онима који учествују у стварању правних аката, а која су утврђена поменутиим и другим документима, усмерена су на два суштинска питања: опсежност права Уније и квалитет права Уније.⁷ Оба питања су веома сложена и веома важна.

Опсежност права Уније

На сајту “Openeurope“ изнет је податак да трошкови бизниса, узроковани комунитарном регулацијом унутрашњег тржишта премашују два пута корист која се стиче захваљујући унутрашњем тржишту.⁸ Аутори сајта се позивају на изјаве садашњег и бившег члана Комисије, Гинтера Ферхојгена и Питера Менделсона као и на анкету 1000 британских водећих менаџера. Нису дате информације шта се разуме под трошковима које бизнис има на основу комунитарне регулације. Нити су дати подаци шта се сматра добитком који је генерисан унутрашњим тржиштем. Аутори сајта су, највероватније, заговорници енглеског либералног тржишног концепта и потпуне дерегулације бизниса.

Комисија је 5. децембра 2001. године упутила Допис о поједностављивању и побољшавању комунитарне регулативе, односно како Комисија каже, регулаторног окружења.⁹ Један од разлог који Комисија

⁵ СЛ С 77, 28.3.2002, *стр.* 1.

⁶ СЛ С 321, 31/12/2003 *стр.* 1.

⁷ J.-C. Piris, *op. cit.* 1.

⁸ <http://www.openeurope.org.uk/research/acquis.pdf>. Сајт посећен 6. маја 2009.

⁹ Communication from the Commission, Simplifying and improving the regulatory environment, COM (2001) 726 final, Brussels, 5.12.2001.

наводи, као оправдање за предложене мере за поједноствљивање и побољшавање комунитарног регулативног окружења, је то што економски и социјални развој ЕУ захтева јасан и ефикасан регулаторни оквир како би се заштитили интереси народа и конкурентности бизниса, путем јачања правне сигурности и смањивањем трошкова лошег регулаторног рада. Тада, 2001. године Комисија констатује у овом Допису да је *acquis communautaire* изложен на око 80.000 страница, што га чини гломазним и тешким како за економске делатнике тако и за обичне људе. Зато је поједностаљивање и смањивање обима текстова од суштинског значаја. Комисија је предложила да се, методом кодификације или поновног формулисања и обједињавања сукцесивних аката који су повезани заједничким предметом (recasting), обим *acquis communautaire* смањи за 25% до краја 2005. године.

Теза са сајта “Орепеуроре“ и теза из поменутог Дописа Комисије су сагласне у тврдњи да је *acquis communautaire* прегломазан те да лоша регулатива изазива непотребне трошкове. Питање је, међутим, докле сеже ова сагласност. Аутори сајта “Орепеуроре“ су склони концепту веће дерегулације. Комисија се залаже више за техничко сажимање и унапређивање квалитета правних текстова него за радикалну дерегулацију.

Претерана регулатива ограничава слободу, спутава појединце, привредне делатнике и шкоди друштву. Међутим, недовољна регулатива производи сличне ефекте. Правним правилима је могуће, са једне стране, ограничавати слободу појединаца, предузећа и других субјеката а, са друге стране, могуће је штитити слободу. Дакле, одређивање праве мере правне регулативе је од нарочитог значаја. Обим правне регулативе је одређен одговорима на два кључна питања: шта треба уредити правом и како то уредити правом.

Одговор на прво питање је да се правом уређује само оно што је неопходно нужно да се уреди правом. Шта је то што је неопходно нужно да се регулише правом је, међутим, веома сложено питање и одговор на њега је условљен бројним чиниоцима. Темељне вредности друшта, концепт социјалне правде те циљеви неке заједнице чине једну од основних одредница. Што је тих циљева више, разумљиво је да је потребно више правних инструмената за њихово остваривање. Техноло-

шки и социјални напредак те међународно повезивање захтевају експанзију правне регулативе. Постојања и дејство алтернативних регулативних система као што су морални или религијски је, такође, од примарног значаја, као и постојање или непостојање одређених традиција, обичаја итд. Одговор на постављено питање одређен је, према томе, конкретним околностима једног друштва. Једна мера која би одговарала једном друштву не мора, нужно, да одговара другом друштву.

Одговор на друго питање – како нешто уредити правом – повезано је са одговором на прво питање. Ширење правне регулативе о областима технолошког развоја захтева конкретније право које је, дакле, и опсежније. Овде треба имати у виду и урођену, универзалну карактеристику државне администрације да расте и да тај раст укључује и нормативну експанзију.

Заједница настоји да контролише обим свог права на више начина. Она укида непотребна правила. Настоји да реafirмише начела субсидијарности и пропорционалности те да обезбеди строго поштовање ових начела. Настоји да сажме постојеће право користећи технике кодификација, преобликовања и консолидовања права и да користи алтернативне методе регулисања.

Питање опсежности комунитарног права је постављено у светлу поделе легислативних овлашћења између Заједнице и држава чланица. Проблем чине области које не спадају у искључиву надлежност Заједнице, дакле области у којима могу легислативно да делују Заједница и државе чланице. Подела легислативних овлашћења између Заједнице и држава чланица у овим областима уређена је начелом субсидијарности. Сагласно овом начелу, које је дефинисано ставом 2. члана 5. Уговора којим је установљена Европска заједница, да би Заједница могла да дела у овим областима, потребно је да, због обима или дејстава предложене акције, циљеви ове акције не би могли у довољној мери да се остваре посебним акцијама држава чланица. Следеће начело које треба да има рестриктивни ефект на регулаторне активности Заједнице јесте начело пропорционалности, које је изражено ставом 3. члана 5. Уговора: акција Заједнице неће ићи преко оног што је нужно за постизање циљева утврђених Уговором.

Уз Амстердамски уговор је придодат Протокол бр. 30 о примени начела субсидијарности и пропорционалности.¹⁰ Протоколом је наглашено да је субсидијарност динамичан концепт. Он дозвољава експанзију активности Заједнице када околности то захтевају, односно смањивање и прекидање активности Заједнице када околности не оправдавају даље активности Заједнице. У образложењу легислативног акта који је донет у области у којој се преклапа надлежност Заједнице и надлежност држава чланица треба да буду наведени разлози због којих се циљ тог легислативног акта не може довољно добро постићи посебним акцијама држава чланица, односно разлози због којих се тај циљ може боље остварити актом Заједнице. Ови разлози треба да укључе, колико је то могуће, квалитативне и квантитативне критерије. Да би акција Заједнице била оправдана нужно је да се испуне неки услови. Ствар која је предмет акта треба да има транснационалне аспекте. Појединачним акцијама држава чланица се не би остварили неки захтеви Уговора, као што су оне о конкуренцији, прикривеним препрекама за слободну трговину или о економској и социјалној кохезији или би на други начин штетили интересима држава чланица. С обзиром на обим и ефекте активности, боље је да се оне предузму на нивоу Заједница. Међуинституционалним споразумом из 2003. године о бољем стварању права од Комисија је тражено, да пре но што предложи легислативни акт из области преклапања надлежности Заједнице и држава чланица, обави широке консултације о томе да ли јој начело субсидијарности дозвољава да дела у конкретној ситуацији и да објави документе проистекле из ових консултација. У образложењу који припрема за сваки предлог легислативног акта, Комисија је дужна да образложи оправданост доношења акта у светлу начела субсидијарности и пропорционалности.¹¹

Поменути Међуинституционалним споразумом из 2003. године, три институције, тражећи праву границу између комунитарне и националне легислативе, реafirмишу значај директива и задужују Комисију да, предлажући директиве, обезбеди праву равнотежу између општих начела и детаљних прописа, на начин којим би се избегле прекомерне мере имплементације које би доносила Заједница.

¹⁰ СЛ С 321 Е/308, 29.12.2006.

¹¹ СЛ С 321 , 31/12/2003 стр. 1.

Питање нивоа конкретности прописа садржаних у директивама није постављено, наравно, први пут 2003. године. Својом Резолуцијом од 7. маја 1985. године Савет је установио нови приступ техничкој хармонизацији и стандардима.¹² Новим приступом хармонизација је ограничена на суштинске захтеве које производ мора да задовољи а који се тичу ствари као што су здравствена безбедност људи, животиња и биљака, општа безбедност или заштита околине. Специјализованим телима у оквиру Заједнице је остављено да, на основу захтева које производ треба да задовољи сагласно директиви, хармонизује одговарајуће техничке стандарде. Произвођачи нису дужни да обезбеде да њихови производи удовољавају хармонизованим техничким стандардима. Они могу другим техничким спецификацијама да обезбеде да производи удовоље суштинским захтевима у погледу безбедности, околине и сл. Међутим, претпоставка је да производи изграђени сагласно хармонизованим техничким стандардима удовољавају суштинским захтевима те се њихова циркулација на унутрашњем тржишту не може спречити због разлога безбедности, околине и сл.

Горе је поменуто да је Комисија предложила да се, методом кодификације или поновног формулисања и обједињавања сукцесивних аката који су повезани заједничким предметом (*recasting*), смањи обим *acquis communautaire*.

Међуинституционалним споразумом из 1994. године је предвиђено успостављање убрзаног радног метода за службену кодификацију легислативних текстова Заједнице (*Accelerated working method for official codification of legislative texts*). Под службеном кодификацијом овде се разуме поступак укидања аката који се кодификују и замењује једним актом који не садржи материјалне промене прописа, садржаних у укинутим актима. Овим Споразумом три институције успостављена је консултативна радна група коју чине правне службе Европског парламента, Савета и Комисије и која треба да размотри предлоге Комисије за кодификацију те да потврди да је реч заиста о правој кодификацији, дакле да нема материјалних промена. Споразум предвиђа, даље, разма-

¹² СЛ С 136, 04/06/1985 стр. 1.

трање овако усаглашеног предлога Комисије по убрзаној процедури у Европском парламенту (где један комитет треба да проучи предлог који треба да буде потврђен по упрошћеној процедури) и Савету, где га разматра једна радна група и где се усваја по упрошћеној процедури. (I/A items` Корепер-Савет.) Уколико се покаже потребним да се изађе ван оквира пуке кодификације и да се учине материјалне измене у прописима, Комисија предлаже ове измене.

Усвајајући Амстердамски уговор, Конференција петнаест држава чланица му је 2. октобра 1997. године придодала Декларацију бр. 39 о квалитету нацрта легислативних аката Заједнице.¹³ Овом Декларацијом Конференција је позвала Европски парламент, Савет и Комисију да, заједничким споразумом, убрзају кодификацију легислативних текстова.

Конкретан план рада на кодификацији Комисија је предложила Савету својим Дописом из 2001. године о кодификацији комунитарног права. Упркос свим настојањима није се далеко одмакло са кодификацијом. Кодификована је, на пример, комунитарна царинска легислација Уредбом (ЕЕЗ) бр. 2913/92 којом је установљен царински законик Заједнице.¹⁴ Царински прописи из великог броја уредби и директива су сакупљени у царински кодекс. Ова кодификација се није, међутим, ограничила само на техничко репродуковање постојеће царинске регулативе. Учињене су одређене измене са циљем да се царинска легислација учини конзистентном, једноставнијом те да се исправе неки пропусти и попуне празнине.¹⁵ Овај кодекс је касније мењан и допуњаван више пута.¹⁶ Израда царинског законика је завршена пре усвајања Ме-

¹³ СЛ С 340, 10/11/1997 стр. 139.

¹⁴ СЛ L 302, 19.10.1992, стр. 1.

¹⁵ Мишљење општег правобраниоца Трстењака од 13. марта 2008. у предмету С-204/07 Р, С.А.С. SpA v Commission of the European Communities.

¹⁶ Уредба (ЕЗ) бр. 82/97 Европског парламента и Савета од 19. децембра 1996. СЛ L 17, 21.1.1997, стр.1,

Уредба (ЕЗ) бр. 955/1999 Европског парламента и Савета од 13. априла 1999. СЛ L 119, 7.5.1999, стр.1,

Уредба (ЕЗ) бр. 2700/2000 Европског парламента и Савета од 16. новембра 2000, СЛ L 31, 17.12.2000, стр.1, Уредба (ЕЗ) бр. 648/2005 Европског парламента и Савета од 13. априла 2005, СЛ L 117, 4.5.2005, стр. 13, Уредба Савета (ЕЗ) бр. 1791/2006 од 20. новембра 2006, СЛ L 363, 20.12.2006, стр. 1.

ђуинституционалног споразума из 1994. године, којим је предвиђено успостављање убрзаног радног метода за службену кодификацију легислативних текстова Заједнице. У доктрини се поступак израде законика описује као кодификација. Међутим, коришћени поступак одступа од дефиниције службене кодификације, како је она дата у Међуинституционалном споразуму из 1994. године. У белешци 1. на страни 8. материјала Комисије под именом „Водич за имплементацију директива заснованих на новом приступу и на глобалном приступу“ стоји: „Директива 98/34/ЕЗ је кодификација Директиве 83/189/ЕЕЗ и њених измена. Директива 98/34/ЕЗ је измењена Директивом 98/48/ЕЗ.“ Ове директиве се односе на прибављање информација у области техничких стандарда и прописа. У алинеји 1. Преамбуле Директиве 98/34/ЕЗ стоји: „Будући да је Директива Савета 83/189/ЕЕЗна различите начине и суштински мењана; будући да би због разлога јасноће и рационалности поменута Директива требало да се консолидује...“ Дакле, сама директива не каже да се њом кодификује претходна директива и њене измене, већ говори о консолидацији.

Комисија је предложила, такође, коришћење методе recasting – а, дакле поновног формулисања и обједињавања сукцесивних аката који су повезани заједничким предметом. Применом овог метода сачињена је, на пример, Директива 2006/54/ЕЗ Европског парламента и Савета од 5. јула 2006. о имплементацији начела једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у стварима запошљавања и професионалног рада.¹⁷ Том Директивом замењене су претходне директиве 75/117/ЕЕЗ, 76/207/ЕЕЗ, 86/378/ЕЕЗ и 97/80/ЕЗ којима су уређена поједина питања у вези једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у погледу запошљавања и професионалног рада, као што су усаглашавање закона држава чланица у погледу примене начела једнаког плаћања за мушкарце и жене, имплементација начела једнаког третмана мушкараца и жена у погледу приступа запошљавању, стручној обуци, напредовању и радним условима, имплементација начела једнаког третмана мушкараца и жена у системима радног социјалног

¹⁷ СЛ L 204, 26.7.2006, стр. 23–36.

осигурања или о терету доказивања полне дискриминације. Поменуте директиве су више пута мењане и допуњаване а, затим, су њихови прописи, поново промењени и допуњени, обједињени у једну директиву. Како се ово одразило на обим текста? Четири директиве, које су укинуте су биле изложене на 13 страница помоћу 5891 речи. Нова директива којом су укинуте поменуте четири директиве изложена је на 19 страна помоћу 8646 речи. Није се, дакле, ништа добило на смањивању обима текста. Напротив, обим се повећао.

Оба ова метода, дакле кодификација и recasting су легислативни методи, дакле, они подразумевају да легислативне институције, Европски парламент и Савет, на предлог Комисије, усвоје нови легислативни акт којим се мењају или укидају ранији акти те којим се материја систематизује, чини прегледнијом и доступнијом.

Трећи метод је метод консолидовања правних текстова. То није правно креативни метод. Њиме се не мења ништа у постојећем праву већ се оно једино чини прегледнијим. Консолидацијом се врши спајање основних инструмената комунитарне легислације, њихови амандмани и исправке у један, дакле, пречишћен али не службени акт. Сачињене су, тако, консолидоване верзије Уговора о Европској унији и Уговора којим се установљава Европска заједница, које обухватају све измене и допуне које су учињене у овим уговорима претходним уговорима о изменама и допунама, дакле, Јединственим европским актом те уговорима из Мастрихта, Амстердама и Нице. Иако консолидоване верзије не чине нове правне акте, они се објављују у службеном листу Уније, обично оном под ознаком „С“ (латинично слово „Ц“), дакле у службеном листу у коме се не објављују легислативни акти.¹⁸

Комунитарне институције иду даље у трагању за начинима растерећења *acquis communautaire*. Три институције су Међуинституционалним споразумом о бољој легислацији из 2003. године¹⁹ указале на могућност алтернативних метода регулација. Оне су подсетиле на обавезу Заједнице да доноси регулаторне акте једино када је то нужно, са-

¹⁸ Поменути консолидовани уговори су објављени и СЛ С 321, 29. 12. 2006, стр. 1.

¹⁹ СЛ С 321, 31/12/2003 стр. 1.

гласно Протоколу о примени начела субсидијарности и пропорционалности. Оне, дакле, признају потребу да, у погодним случајевима или где Уговор изрично не тражи коришћење неког правног инструмента, користе алтернативне регулаторне механизме. Комисија је позвана да обезбеди да заједничко регулисање или аутономно регулисање буде сагласно са правом Заједнице и да оно задовољава критерије транспарентности и репрезентативности укључених страна. Ови механизми се неће примењивати када су у питању основна права или важне политичке опције или када правила треба да буду примењена униформно у свим државама чланицама. Они треба да обезбеде брзу и флексибилну легислацију која не погађа начела конкуренције и јединства унутрашњег тржишта.

Механизам заједничког регулисања укључује Заједницу и субјекте, признате у некој области, као што су економски делатници, социјални партнери, невладине организације или асоцијације. У оквиру овог механизма Заједница својим легислативним актом одређује извесне циљеве те остваривање ових циљева поверава поменути недржавним субјектима. Легислативним актом Заједница може да одреди и критерије на основу којих ће други субјекти усвојити своја правила. Циљ овог механизма је да правила буду боље прилагођена проблемима и заинтересованим секторима, да се смањи легислативни терет Заједнице тако што ће се она концентрисати само на суштинске аспекте те да се користи искуство заинтересованих недржавних субјеката. Комисија је дужна да у образложењу предлога акта објасни надлежној легислативној власти разлоге за коришћење овог механизма. У оквиру утврђеном основним легислативним актом заинтересоване стране могу да закључе споразуме којима ће успоставити практичне аранжмане за постизање циљева утврђених легислативним актом. Заинтересовани субјекти нацрте ових споразума достављају Комисији а она их доставља надлежним легислативним властима, дакле Европском парламенту и Савету. Комисија проверава да ли је нацрт споразума у сагласности са основним легислативним актом и са правом Заједнице уопште. На захтев Европског парламента или Савета, основни легислативни акт може, од случаја до случаја, у зависности од предмета, да садржи одредбу

која оставља могућност Европском парламенту и Савету, да у року од два месеца од нотификације нацрта споразума, предложи амандмане на нацрт или да се супротставе ступању предложеног споразума на снагу и да позову Комисију да, уместо предложеног споразума, предложи легислативни акт. Основни легислативни акт треба да садржи мере праћења остваривања споразума, мере за случај да нека од страна не поштује споразум или да споразум не успе. Ове мере могу да обухвате обавезу Комисије да обавештава о примени споразума или да предложи промену основног легислативног акта или друге легислативне мере.

Механизам аутономног регулисања омогућава да недржавни актери, дакле економски делатници, социјални партнери, невладине организације или удружења усвоје међу собом и за себе заједничке смернице на европском нивоу, нарочито кодексе праксе или секторске кодексе. Начелно, овај механизам не захтева да институције усвоје неки став, нарочито ако се аутономно регулисање предузима у области која није покривена оснивачким уговором или ако у тој области Заједница није донела своје прописе. На Комисији остаје обавеза контроле усаглашености аутономне регулативне праксе са Уговором којим је установљена Европска заједница. Ова пракса треба да доприноси остваривању циљева поменутог Уговора те да задовољи критериј репрезентивности заинтересованих субјеката у секторском и географском смислу. Комисија обавештава Европски парламент и Савет о овој пракси. Као алтернативна могућност остаје увек легислативни акт заједнице, који Комисија предлаже када сматра да аутономна регулативна пракса не задовољава поменуте критерије или када надлежна легислативна власт, дакле, Европски парламент или Савет то траже.

Метод кодификације, *recasting*-а и консолидовања, како су до сада примењиване, су више служиле бољој систематизацији права Заједнице, бољој прегледности, већој конзистентности и лакшој доступности правног текста а мање смањивању обима текста. Комисијин предлог из 2001. године да се, методом кодификације или *recasting*-а обим *acquis communautaire* смањи за 25% до краја 2005. године није реализован. У међувремену се обим *acquis communautaire* значајно повећао. У фебруару 2003. године, *acquis communautaire* се протезао на

97.000 страница.²⁰ Аутори сајта “Орепнеурге” тврде да је обим *acquis communautaire* достигао 170.000 страница. Од тог броја 100.000 страна је настало у последњих десет година. Ако се раст настави овим темпом, аутори сајта предвиђају да ће обим *acquis communautaire* достићи 351.000 страна у 2020. години. Ове тврдње се разликују од тврдњи Комисије, која је 2001. године изнела податак да се обим *acquis communautaire* повећава годишње за 2.500 страна.²¹

Правна политика Европске уније разликује технике кодификовања, преобликовања (*recasting*) и консолидовања. Прве две технике резултирају у новим службеним легислативним актима, док се трећом стиже до неслужбеног акта. Кодификација и преобликовање се разликују по томе што се првом техником преузимају прописи из аката који се укидају без материјалних промена тих прописа док техника преобликовања дозвољава и материјалне промене преузетих прописа. Техника консолидовања је једнака кодификацији али се обавља мимо формалне процедуре одлучивања надлежних институција те, зато, завршава неслужбеним актом. Видели смо, међутим, да се у пракси и доктрини термину кодификација придају различита значења која обухватају и преобликовање. Пошто је Међуинституционалним споразумом из 1994. године термин „службена кодификација“ веома уско дефинисан, било је потребно да се он прошири те је уведен нови појам преобликовања правних текстова. Ово је пример који показује какав значај имају дефиниције термина у праву и какве последице производе. Питање је да ли је нужно да се у комунитарном праву дефинише сваки термин који се користи. Зар термин „кодификација“ нема универзално правно значење? Чак иако то универзално правно значење није једнако у свим правним културама, да ли је потребно да се оно прецизно одреди у комунитарном праву? Шта је проистекло из овог конкретног одређења, које је, очигледно, било веома уско? Проистекла је нова техника

²⁰ W. Robinson, *op. cit.* 160.

²¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Codification of the *Acquis communautaire* /* COM/2001/0645 final */ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0645:EN:HTML>, Сајт посећен 13. маја 2009.

преобликовања, која није шире позната у свету права, односно која је обично део технике кодификације. У међународном праву ми би смо рекли део технике „кодификације и прогресивног развоја.“ Изгледа да се тиме ствар непотребно компликовала. Озбиљнији проблем од ове терминолошке компликације је, вероватно, ограничени капацитет легислативног одлучивања институција Заједнице. Поступци сарадње и нарочито саодлучивања су сложени и захтевају значајно време и ангажовање Европског парламента, Савета и Комисије. Добра страна сложености ових поступака јесте да она смањује капацитет легислативног одлучивања. Висока динамичност социјалних процеса у оквиру Европске уније је објективна чињеница која се нужно манифестује у расту обима комунитарног права. Горе смо видели да и правни документи који су кодификовани подлежу каснијим изменама и допунама. Дакле, свакако постоји велики притисак за доношењем нове легислативе. У таквим околностима, остаје, вероватно мало расположивог легислативног капацитета за кодификације и преобликовање комунитарног права. Како би се тај проблем ублажио приступило се кодификацији мимо легислативног процеса одлучивања, дакле неслужбеној кодификацији која је названа консолидација.

Регистар комунитарне регулативе од 1. маја 2009. године садржи 17.114 аката.²² Он открива да је највећи број аката – 3128 усвојен у области спољних односа. Следи област пољопривреде са 3064 акта. Затим, индустријска политика и унутрашње тржиште са 1394 акта. Четврта по реду је област конкуренције са 1650 аката. Следи област које се односи на опште, финансијске и институционалне ствари са 1128 аката и одмах за њом је област заштите животне средине, потрошача и здравља са 1126 аката. Област са великим бројем аката је и област царинске уније и слободног кретања робе са 860 аката. Остале области садрже мањи број аката. У области спољних односа највише аката чине билатерални споразуми Заједница са државама нечланицама – 1771. У области пољопривреде највећи број аката се односи на приближавање закона држава чланица и здравствене мере. У области индустријске поли-

²² <http://eur-lex.europa.eu/en/legis/20090501/index.htm> Сајт посећен 19. маја 2009.

тике највећи број аката се односи на приближавање закона држава чланица о моторним возилима (208), пољопривредним и шумским тракторима (38), метрологији (16), електричним уређајима (10), намирницама (177) итд.

Ако се структура *acquis communautaire* покаже на овај начин, тада, констатација Комисије из 2001. године да је *acquis communautaire* изложен на око 80.000 страница, што га чини гломазним и тешким како за економске делатнике тако и за обичне људе делује мање забрињавајуће. Није, наиме, реално очекивати да сваки од готово 500 милиона грађана Уније има једнак интерес за сваки комунитарни пропис те да би желео или да је потребно да познаје све прописе Уније. Важније од тога јесте да је комунитарно право по свом обиму и квалитету саображено публици којој је намењено. Разликујемо, дакле, правне акте који су намењени свима и правне акте који су намењени посебној публици, на пример произвођачима пољопривредних и шумских трактора. Јер, немају сви исти правни капацитет савладавања правних аката. Правни акти који су намењени свима, свако од 500 милиона грађана Уније треба да буду такви да свако може лако да дође до њих и да их без тешкоћа разуме. Устав за Европу из 2004. године, који није прихваћен на референдумима у Француској и Холандији је критикован, између осталог, да је био прегломазан и тешко разумљив документ за обичне грађане. Када је у питању техничко право, обим тог права није без значаја. Важније од обима је, међутим, да се тим правом не праве непотребне тешкоће онима којима је то право упућено.

Квалитет комунитарног права

Питање квалитета комунитарног права укључује питање демократског легитимитета права Заједнице и питање нормативно-техничког квалитета тог права. Демократски легитимитет права Заједнице укључује питање демократске процедуре изградње права Заједнице као и питање усклађености овог права са демократским тековинама. Правно-технички квалитети чине карактеристике као што су јасан, једноставан, конзистентан и сажет текст и сл.

Познато је да су немачки судови седамдесетих година прошлог века оспоравали супрематију комунитарног права у односу на начела немачког Основног закона, дакле устава којим су се штитила људска права, између осталог, због демократског дефицита тадашњег комунитарног права. У случају *Solange I* Савезни уставни суд примећује да процес интеграције није достигао ниво на коме би Заједница имала кодификовани каталог људских права, усвојен од стране парламента.²³ Заиста, у првом периоду развоја Заједнице до 1987. године, Европски парламент је имао маргиналну, консултативну улогу у креирању права. Европским јединственим актом, који је ступио на снагу 1987. године уводи се процедура сарадње, која даје нови значај Европском парламенту у доношењу прописа, а 1993. године ступа на снагу Уговор о Европској унији којим се уводе процедуре саодлучивања и сагласности, дакле процедуре у којима се без пристанка Европског парламента не може донети правни акт. Данас се највећи број правних аката доноси по процедури саодлучивања. Дакле, позиција Европског парламента је еволуирала од консултативног органа до легислативне власти која се изједначила, готово у потпуности, са Саветом. Овај развој иде у прилог афирмацији демократског легитимитета права Заједнице. Лисабонски уговор иде у том правцу даље. Он даје право на легислативну иницијативу непосредно грађанима Уније. Сагласно ставу 4. члану 11. Лисабонског уговора, милион грађана Уније који су држављани значајног броја држава чланица могу да позову Комисију да предложи легислативни акт који је потребан за имплементацију Уговора. Поред тога, институције су обавезне да пруже могућност грађанима и репрезентативним удружењима да јавно испоље и размене мишљења у свим области активности Уније. Оне су дужне да одржавају отворен, транспарентан и редован дијалог са репрезентативним удружењима и цивилним сектором.

Напори у овом правцу су чињени и пре Лисабонског уговора. Са обзиром да Комисија припрема предлоге легислативних аката Заједнице, на њој је одговорност да обезбеди демократичност у фази при-

²³ *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Decision of the Federal Constitutional Court of 29 May 1974, BVerfGE 37, 271;

преме предлога. Својим Дописом од 5. децембра 2001. године о поједностављивању и побољшавању регулаторног окружења,²⁴ Комисија обавештава да користи разне инструменте за консултације у припреми предлога аката. Она објављује основне елементе предлога у облику тзв. зелених папира, у којима излаже проблеме и позива заинтересоване да доставе предлоге, или у облику белих папира, у којима излаже основне идеје будућег акта²⁵ те користи различите форуме као и интерактиван процес консултација заснован на интернету. Она се консултује са широким кругом тела као што су експертске групе или саветодавни комитети. Комисија узима у обзир, где је то могуће, мишљења Економског и социјалног комитета као и Комитета региона. Комисија је тада обавестила да намерава да интензивира ове консултације, укључујући представнике цивилног друштва и развијајући приступ јавности својим датотекама тако да охрабри online консултације.

Лисабонски уговор захтева да процес одлучивања буде отворен, транспарентан и што ближи грађанима. И ово питање је већ раније покренуто Међуинституционалним споразумом Европског парламента, Савета и Комисије о бољој легислацији.²⁶ Како би повећале транспарентност и доступност легислативног процеса три институције су се договориле да се јавне дебате на политичком нивоу преносе што је могуће шире коришћењем нових комуникационих технологија, као што су сателитска телевизија или интернет видео пренос. Оне су се договориле, такође, да обезбеде публици већи приступ EUR-Lex-у. Три институције ће држати заједничке прес конференције како би обзнаниле успешан исход легислативног процеса у процедури саодлучивања.

Други елемент демократског легитимитета чини усаглашеност права Заједнице са демократским тековинама. Горе је поменуто да су немачки судови седамдесетих година прошлог века оспоравали супрематију комунитарног права у односу на начела немачког Основног закона јер комунитарно право није садржало кодекс људских права. У

²⁴ Communication from the Commission, Simplifying and improving the regulatory environment, COM (2001) 726 final, Brussels, 5.12.2001.

²⁵ W. Robinson, *op. cit.* 151.

²⁶ Interinstitutional agreement on better law-making, СЛ C 321, 31/12/2003 *стр.* 1.

међувремену се ситуација потпуно променила. Суд Европских заједница је признао да људска права чине део комунитарног права као општа правна начела. Европски парламент, Савет и Комисија су заједничком свечаном изјавом прихватиле Повељу Европске уније о основним правима у Ници 7. децембра 2000. године. Иако је то политички документ, свеједно он рефлектује већ постојећа људска права у праву Уније, призната као општа правна начела. Лисабонски уговор признаје, међутим, Повељи квалитет оснивачког уговора, дакле даје јој правну снагу највишег правног акта у правном систему Уније. У марту 2001. године Комисија је одлучила да проверава сагласност сваког предложеног легислативног акта са Повељом Европске уније о људским правима.²⁷ Одлучила је да у легислативне акте од посебног значаја за људска права унесе формалну изјаву о сагласности. Тако, на пример, у члан 8. Преамбуле Директиве Савета 2005/85/ЕЗ од 1. децембра 2005. о минималним процедуралним стандардима за давање или повлачење статуса избеглице стоји: „Ова Директива поштује основна права и уважава начела призната Повељом Европске уније о основним правима.“ У априлу 2005. године Комисија упућује Допис у коме изражава намеру да побољша усаглашеност својих легислативних предлога са Повељом Европске уније о људским правима.²⁸ У јуну исте године Комисија усваја нови сет смерница којим обезбеђује вршење процене утицаја предлога легислативних аката и којим се посвећује много већа пажња ефектима различитих опција на људска права.²⁹ Контролисање усаглашености нацрта регулаторних аката са људским правима, како су она гарантована Повељом Европске уније о људским правима, постало је једна од основних смерница за регулативну делатност Комисије. Уосталом, то је постало нужност права Уније. Јер, уколико би судови Заједнице нашли да је неки акт супротан захтевима људских права, они би поништили такав акт.

²⁷ SEC(2001) 380/3.

²⁸ Communication from the Commission, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals. Methodology for systematic and rigorous monitoring, COM(2005) 172 final of 27.4.2005.

²⁹ SEC(2005)791, 15.6.2005.

Сличне смернице налазимо и у оснивачким уговорима. Ставом 2. члана 3. Уговора којим је установљена Европска заједница је предвиђено да ће Заједница, у свим својим активностима наведеним у ставу 1. истог члана, настојати да елиминише неједнакост и да унапреди једнакост између мушкараца и жена. Ставом 1. члана 3. су одређене области у којима је Заједница овлашћена да предузима активности. У члану 10 Уговора о Европској унији у Лисабонској верзији стоји: „У дефинисању и остваривању својих политика и активности, Унија ће се борити против дискриминације засноване на полу, раси или етничком пореклу, религији или веровању, инвалидности, старосном добу или сексуалној оријентацији.“ Реч је о општим, правно обавезујућим упутствима која су свакако релевантна за регулаторну активност Уније.

Питања нормативно-техничких карактеристика аката нису најмање важна питања, иако се овде последња излажу. Напротив, она су од суштинског значаја. Председништво Европског Савета усвојило је Резолуцију о квалитету нацрта легислативних аката Заједнице од 8. јуна 1993. године.³⁰ Овом Резолуцијом је утврђено десет смерница за бољи квалитет нацрта легислативних аката. Суштина десет смерница је следећа. Текст акта треба да буде јасан, једноставан, концизан и прецизан. Непотребне скраћенице, комунитарни жаргон и сувише дуге реченице треба избегавати. Треба избегавати непрецизна упућивања на друге текстове као и бројна упућивања унутар текста која чине текст тешко разумљивим. Различити прописи акта треба да буду међусобно конзистентни. Исти термин треба да изражава исто значење. Права и обавезе оних на које се акт примењује треба да буду јасно одређена. Структура акта треба да буде стандардна и обухвата главе, одељке, чланове и ставове. Преамбула треба да садржи објашњење за доношење акта, дато на једноставан начин. Политичке изјаве, изражавање жеља, дакле прописе који немају легислативни карактер треба избегавати. Треба избегавати неконзистентности са постојећом легислацијом као и безразложно понављање постојећих прописа. Акт, којим се мења други акт, не треба да садржи аутономне материјалне прописе већ једино

³⁰ СЛ С 166, 17/06/ 1993, стр. 1.

прописе које треба директно инкорпорирати у акт који се мења. Датум ступања акта на снагу као и прелазни прописи, који могу да буду нужни, треба да буду јасно изражени. Смернице су упућене свим телима у оквиру Савета која раде на нацртима легислативних аката, дакле и Комитету сталних представника и Правној служби.

Ове смернице су даље развијене Међуинституционалним споразумом Европског парламента, Савета и Комисије о заједничким смерницама за квалитет нацрта легислативних аката Заједнице од 22. децембра 1998. године.³¹ У преамбули Споразума три институције констатују да су јасни, једноставни и лако разумљиви нацрти легислативних аката Заједнице од суштинског значаја за транспарентност и лако разумљивост ових аката у јавности и од стране економских делатника. То је предуслов, речено је у преамбули, за правилну имплементацију и униформну примену легислативних аката Заједнице у државама чланицама. Три институције, упућују, такође, у преамбули на начело правне сигурности те констатују да је ово начело, сагласно пракси Суда Европских заједница, део правног поретка Заједнице те да се њиме захтева да легислативни акти Заједнице морају да буду јасни, прецизни те да њихова дејства буду предвидљива за појединце. Ово је нарочито важно за акте који имају финансијске последице и којима се намећу обавезе појединцима. Смернице су упућене како самим институцијама тако и свима који се у оквиру институција баве изградом нацрта легислативних аката, изменама и допунама нацрта као и усвајањем аката. Посебно је наглашено да треба ојачати улогу правних служби институција, укључив правно/лингвистичке експерте.

Споразум садржи 22 смернице. Првих шест смерница су општег карактера. Прва, основна и општа смерница захтева да легислативни акти буду сачињени јасно, једноставно и прецизно. Друга смерница полази од чињенице да се право Заједнице појављује у различитим правним облицима те оно налаже да израда аката Заједнице одговора типу акта, и нарочито, чињеници да ли је акт обавезујући или не. Заиста, имајући у виду разлике које постоје између уредбе, директиве, одлуке,

³¹ СЛ С 73, 17.3.1999, стр.1.

препорука и других аката, њихови прописи не могу да буду формулисани на исти начин. Следећа смерница захтева да се при изради аката води рачуна о томе коме су акти намењени, ко ће да их примењује и на кога ће се примењивати са циљем да им се омогући да идентификују своја права на несумњив начин. Четвртом смерницом се захтева да прописи буду концизни а садржај хомоген. Превише дуге чланове и реченице, непотребно компликовани текст и претерано коришћење скраћеница треба избегавати. Пета смерница се осврће на вишејезичну природу права Заједнице. Она не помиње изрично али имплицира и вишекултурну природу права Заједнице. Њом се, дакле, захтева да се, приликом припрема нацрта легислативних аката, избора термина и структура реченица има у виду мултијезичка природа права Заједнице. Налаже се, такође, да се концепти и терминологија који су специфични за један национални правни систем користе пажљиво.³² Шестом смерницом се захтева да термини треба да се користе доследно и да им се придаје исто значење како унутар самог акта тако и у односу на акте већ на снази, нарочито у истој области. Идентични концепти треба да буду изражени истим терминима, колико је то могуће без одступања од значења које имају у обичном, правном или техничком језику.

Следећих девет смерница, дакле од шесте до петнаесте, се односи на структурирање правних аката Заједнице. Стандардна структура аката Заједнице, који имају општу примену, је преамбула, оперативни део и, евентуално, анекси. Наслов акта треба да изражава, на језгровит начин, предмет акта. Због практичних разлога каснијег позивања на акт, могуће је да се пуном, дужем наслову акта придода краћи наслов. Сврха позивања на друге акте је да се установи правни основ акта и основне процедуралне фазе које су претходиле усвајању тог акта. Сврха алинеје у преамбули је да укаже кратко на разлоге главних прописа тог акта, без њиховог репродуковања или парафразирања. Оне не треба да садрже ненормативне прописе или политичке савете. Свака алинеја треба да има број. Оперативни део акта не треба да садржи прописе ко-

³² Види о проблемима који су узроковани различитим правним традицијама држава чланица у J.-C. Piris, *op. cit.* 2.

ји нису нормативне природе, као што су жеље или политичке декларације, или оне који понављају или парафразирају прописе из уговора или правне прописе већ на снази. Оперативни део, када је то одговарајуће, почиње члановима којима се дефинише предмет акта и област његове примене. Уколико термини који се користе у акту нису довољно јасни, њихово значење треба да буде дефинисано у једном члану, на почетку оперативног дела. Стандардну структуру оперативног дела чине, дакле, предмет и област примене акта, дефиниције термина, одређивање права и обавеза, прописи којима се преносе овлашћења за имплементацију, процедурални прописи, мере за имплементацију и прелазни и завршни прописи. Оперативни део је структуриран у чланове и, у зависности од дужине, у наслове, главе и одељке.

Следеће две смернице, шестанеста и седамнаеста, се односе на упућивање. Упућивање на друге правне акте треба да се користи што је могуће мање. Када се користи, њиме треба да се тачно означи акт на који се упућује. Кружно упућивање, дакле упућивање на неки акт или члан који, такође, упућује на иницијални пропис као и ланчано упућивање, дакле упућивање на неки пропис који, опет, упућује на други пропис, треба избегавати. Уколико пропис из оперативног дела неког акта упућује на неки акт који није правно обавезан, овим упућивањем тај акт не постаје правно обавезан. Уколико се жели да се део или цео необавезујући акт учини обавезним, тај део или цео акт треба да буде инкорпориран у обавезујући акт.

Осамнаеста и деветнаеста смерница чини инструкције за измену аката. Измене треба да имају форму текста који ће се унети у акт који се мења. Пожељно је да се мења цео пропис, дакле члан или алинеје члана а не да се умећу или изостављају поједине реченице, фразе или речи. Акт којим се чине промене неће садржати аутономне материјалне прописе који се не уносе у акт који се мења. Акт, чија примарна сврха није да мења други акт али чије доношење захтева измену других аката, може на крају да садржи ове измене. Међутим, ако се ради о суштинским изменама другог акта, оне треба да се учине посебним актом.

Последње три смернице се тичу завршних прописа, престанка и анекса. Смерницом двадесет се захтева да се рокови, изузетци, déroga-

ције и проширења, прелазни прописи, нарочито они који се односе на дејство акта на постојеће ситуације и завршни прописи о ступању на снагу, року за транспозицију и привремену примену акта, одреде јасно и прецизно. Застарели акти и прописи треба да буду изрично укинута. Нови акт којим се неки ранији акт или пропис у ранијем акту чини непримењивим и сувишним треба изрично да укине тај ранији акт или пропис. Оперативни прописи упућују на техничке спецификације, које се излажу у анексима. Анекси не треба да садрже прописе о правима или обавезама која нису установљена оперативним прописима.

Међуинституционални споразум о заједничким смерницама за квалитет нацрта легислативних аката Заједнице из 1998. године, садржи, такође, мере за имплементацију горе изложених смерница. Начелно, свака институција ће предузети интерне организационе мере потребне за имплементацију смерница. Правне службе у свакој од институција су дужне да усвоје заједничко упутство за праксу лица која су укључена у израду нацрта легислативних аката. Једна од мера имплементације је и практична обука лица која учествују у изради нацрта. У пракси, Правна служба Комисије, пошто размотри нацрт акта који јој је достављен из неког генералног директоријата, даће негативно мишљење о нацрту због мањкавости у погледу нормативно-техничког квалитета нацрта само изузетно.³³

У Допису од 5. децембра 2001. године, о поједностављивању и побољшавању регулаторног окружења,³⁴ Комисија је констатовала да је право Заједница стално критиковано због наводно неодговарајућих решења која предлаже Комисија а која, касније, прихвата Европски парламент и Савет. Сматрајући да је одговорна за стално подизање квалитета права Заједнице, Комисија је предложила одређене мере у вези консултација у припреми акта и претходне анализе процене дејства планираног акта. Комисија већ користи разне инструменте за консултације у припреми предлога аката. Она објављује основне елементе предлога у облику тзв. зелених папира или белих папира, користи раз-

³³ W. Robinson, *op. cit.* 154.

³⁴ Communication from the Commission, Simplifying and improving the regulatory environment, COM (2001) 726 final, Brussels, 5.12.2001.

личите форуме као и интерактиван процес консултација заснован на интернету. Она се консултује са широким кругом тела као што су експертске групе или саветодавни комитети. Комисија узима у обзир, где је то могуће, мишљења Економског и социјалног комитета као и Комитета региона. Комисија је у овом Допису изразила намеру да интензивира ове консултације, укључујући представнике цивилног друштва и развијајући приступ јавности својим датотекама тако да охрабри online консултације. Комисија је и раније практиковала да чини претходну анализу могућих дејстава аката, чије усвајање је намеравала да предложи. Она је желела да то побољша тако што би до краја 2002. године установила кохерентан метод анализе могућег утицаја планираног акта у погледу његових економских и социјалних последица као и у погледу животне средине.

Упркос свим напорима који су учињени, тешко би било констатовати да се квалитет комунитарног права видно поправља у последњим годинама, односно да су текстови правних акта постали јаснији, једноставнији и разумљивији. Треба имати у виду објективне тешкоће које проистичу из чињенице да су легислативне процедуре Заједнице у основи међународне процедуре одлучивања са већим бројем учесника, да се кроз њих рефлектују различити интереси које, понекад, треба помирити усвојеним текстом, што је околност која иде против веће јасности текста.

Свеобухватна реформа прописа у Србији

Влада Републике Србије усвојила је документ под насловом „Стратегија регулаторне реформе у Републици Србији за период од 2008. године до 2011. године.“³⁵ У овој „Стратегији“ Влада полази од две кључне констатације. Прва гласи: „Ефикасна регулатива је један од предуслова привредног развоја и социјалног просперитета.“ И, друга полазна констатација гласи: „Студије које су протеклих година израђене од стране међународних институција указују на регулаторно окру-

³⁵ http://www.srp.gov.rs/srp/doc/Strategija_Reg_Ref.pdf Сајт посећен 17. маја 2009.

жење као на једну од главних препрека за дугорочни и одрживи привредни развој Републике Србије, те да се велики степен неконзистентности у припреми прописа и велика дискрециона права државне управе приликом доношења одлука појављују као кључни фактори који негативно утичу на привредно окружење.“ Овде се мисли на студије Светске банке, ЕУ и ОЕЦД.³⁶

Задатак Стратегије је успостављање регулаторног система којим се постижу следећи циљеви: „1) промовише привредни развој и социјални просперитет; 2) подржава национална конкурентност, уз истовремену заштиту јавног интереса; 3) административни трошкови пословања смањују најмање за 25% до 2011. године; 4) убрзавају и редукују административне процедуре и уводи „једношалтерски систем“ и принцип да „ћутање администрације“ представља одобравање, где год је то могуће; 5) побољшава међународни рејтинг Републике Србије у погледу квалитета пословног окружења, посебно у студијама „Doing Business“ Светске банке и Светског економског форума за минимално 20 позиција.“

Мере које Стратегија предвиђа за постизање наведених циљева су груписане на следећи начин: 1) успостављање начела добре регулаторне праксе; 2) једнократно стављање ван снаге или измена неефикасних прописа – свеобухватна реформа прописа; и 3) унапређење постојећег система анализе ефеката прописа приликом њихове припреме и усвајања. У Стратегији су наведена следећа начела, као начела добре регулаторне праксе: неопходност, ефективност, економичност, пропорционалност, конзистентност, одговорност и транспарентност.

Начелом неопходности се захтева да се доносе само неопходни прописи, дакле да се регулатива сведе на најмању могућу меру, да се избегну све непотребне процедуре. У вези овог начела је предвиђено да се примена прописа у пракси прати и анализира континуирано са становишта његове потребности те да се, ако се покаже непотребним, стави ван снаге.

³⁶ „Стратегија“ упућује на следеће документе: World Bank „Serbia - Investment Climate Assessment”, Washington, D.C.: World Bank (2004), European Commission Directorate General for Enterprise and Industry and the OECD Investment Compact for South East Europe „Report on the Implementation of the European Charter for Small Enterprises in the Western Balkans” (2007), World Bank „Attracting Investment to South East Europe” Washington, D.C.: World Bank, (2007).“

Начело ефективитета подразумева да прописи треба да буду усмерени на решавање конкретних проблема. Пропис треба да буде такав да је примењив. Он треба да јасно дефинише улогу државних органа, организација или установа. Ово начело налаже, такође, да пропис садржи прецизна овлашћења надлежних тела да контролишу примену прописа. Коначно, пропис треба да буде такав да су адресати прописа заиста у могућности да примењују пропис.

Начелом економичности се захтева да пропис доноси, на нивоу друштва, већу корист него трошкове. Пропис треба да буде такав да остварује циљеве уз најниже трошкове, при чему треба узети у обзир алтернативе регулативи и различите облике регулативе.

Начелом пропорционалности се тражи да оптерећење које пропис намеће адресату буде сврсисходно и оправдано. Приликом израде прописа треба да се користи сврсисходан ниво анализе ефеката прописа.

Начелом конзистентности се захтева конзистентност прописа са другим прописима те да се тим прописом доприноси правној сигурности и предвидљивости.

Начело одговорности подразумева да пропис јасно дефинише одговорност адресата прописа као и органа који пропис примењује, укључујући органе надлежне за вођење поступка регулисаних прописом као и органе који су надлежни за контролу и евалуацију спровођења прописа.

Начело транспарентности је задовољено ако се јавности пруже све потребне информације о питањима која су предмет регулисања, о разматраним алтернативама и о разлозима за усвајање прописа, ако је о нацрту прописа спроведена одговарајућа расправа и консултације, ако је пропис разумљив и доступан јавности и ако је рад државних органа, организација и установа у вези са применом прописа транспарентан.

Ради једнократног стављања ван снаге или измена неефикасних прописа, Стратегијом је предвиђено да Влада Републике Србије оснује повремено радно тело – Јединицу за спровођење свеобухватне реформе прописа. Задатак ове Јединице јесте да припреми свеобухватну реформу прописа „што укључује попис и преиспитивање важећих прописа, са циљем идентификовања нормативних и административних баријера

за пословање у Републици Србији и припрема Предлога програма реализације Стратегије у делу који се односи на стављање ван снаге или измену прописа.“ Дугорочни циљ Стратегије јесте установљавање електронског регистра прописа. Стратегија обавештава да је Република Србија већ увела обавезну анализу ефеката прописа приликом израде нових прописа.

Пословником Владе³⁷ је предвиђено да образложење нацрта закона и предлога уредбе или одлуке Владе мора да садржи *„разлоге за доношење акта, а у оквиру њих посебно: проблеме које акт треба да реши, циљеве који се актом постижу, разматране могућности да се проблем реши и без доношења акта и одговор на питање зашто је доношење акта најбољи начин за решавање проблема“* (члан 39. став 1. тачка 2). Посебно, ставом 2. члана 40. Пословника Владе наложено је да предлагач прописа као прилог уз нацрт закона доставља и анализу ефеката закона, која садржи следећа објашњења: *„на кога ће и како ће највероватније утицати предложена решења у закону, какве трошкове ће примена закона створити грађанима и привреди (нарочито малим и средњим предузећима), да ли су позитивне последице доношења закона такве да оправдавају трошкове које ће он створити, да ли се законом подржава стварање нових привредних субјеката на тржишту и тржишна конкуренција, да ли су све заинтересоване стране имале прилику да се изјасне о закону, и које ће се мере током примене закона предузети да би се остварило оно што се доношењем закона намерава.“* Влада је образовала Савет за регулаторну реформу³⁸ са задатком да, између осталог, даје претходна мишљења надлежним одборима Владе о томе да ли уз образложења нацрта закона, других прописа и општих аката и предлога аката које доноси Влада треба придодати анализу ефеката и, ако треба, да ли анализа ефеката садржи сва потребна објашњења. Стратегија обавештава, даље, да је Влада, како би обезбедила уважавање мишљења које издаје Савет, именовала за председника овог Савета лице са великим ауторитетом у Влади а да су остали чланови Савета представници регулаторних тела на што је могуће вишем нивоу. „Из тог разлога може се

³⁷ Сл. Г. РС, бр. 61/06, пречишћен текст у Сл. Г. Бр. 69/08.

³⁸ Сл. Г. РС, бр. 41/03 и 113/04.

констатовати да је Савет образован пре свега као политичко тело.“ Савет је доставио мишљења на преко 100 текстова нацрта закона о анализи ефеката тих нацрта закона од новембра 2004. године, дакле од увођења обавезе вршења анализе ефеката прописа. Стратегија запажа извесне недостатке постојећег система анализе ефеката прописа и садржи предлоге за унапређење тог система. Тако, „није на детаљан начин прописан формат у коме се извештај о анализи ефеката доставља Савету на мишљење, што представља ограничавајући фактор у потпунијем сагледавању тих ефеката.“ Такође, нису одређени критерији за разграничење питања када се спроводи детаљна, а када основна анализа ефеката прописа те који је обухват тих анализа. Запажа се да би квалитетнија контрола анализа ефеката прописа била обезбеђена трансформацијом Савета као повремених Владиног тела у посебну организацију. Предложено је да се у циљу унапређивања овог система у периоду 2008. до 2011. године настави са следећим започетим активностима: 1) обуком државних службеника за вршење анализе ефеката прописа; 2) детаљном анализом ефеката прописа на најмање два прописа годишње; 3) успостављањем интернет стране на којој ће јавности бити доступне све информације о извршеним анализама ефеката прописа и мишљењима Савета о тим извештајима.

У оквиру ове Стратегије, Влада Републике Србије је почела кампању стављана ван снаге и/или измене прописа који компликују пословање и успоравају развој привреде. Она је поставила сајт на интернету под насловом „Свеобухватна реформа прописа“³⁹ и позвала је привредне субјекте и грађане да предложе стављање ван снаге и/или измене прописа који компликују пословање и успоравају развој привреде. Позив је упућен и преко јавних средстава информисања. Рок одређен за достављање предлога је од 31. марта до 15. јуна 2009. године. Према неким информацијама у Србији је усвојено чак 15.000 различитих прописа током протеклих година, од којих би једна трећина требало да буде укинута до краја 2009. године, те се процењује да би тиме пословање привреде појевтило за чак 25%.⁴⁰

³⁹ <http://www.srp.gov.rs/srp/> Сајт посећен 15. маја 2009.

⁴⁰ http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm=03&dd=28&nav_category=206&nav_id=352534 Сајт посећен 18. маја 2009.

Приближавања правне политике Србије правној политици Европске уније

Усвајање Стратегије регулаторне реформе у Републици Србији за период од 2008. године до 2011. године је хвале вредна чињеница. Мере које су Стратегијом предложене су сврсисходне и у сагласности са смерницама правне политике Европске уније. Посебно је значајно настојање да се обезбеди транспарентност ове реформе те да се у предлагање конкретних мера укључе заинтересовани субјекти. Свакако, у доградњи и реализацији Стратегије могуће је ићи даље у приближавању смерницама правне политике Европске уније.

Поједина начела заслужују извесну доградњу и прецизирање. Стратегијом је утврђено да начело ефективитета подразумева да прописи треба да буду усмерени на решавање конкретних проблема те да пропис треба да буде такав да је примењив и сл. Оно што је важно за ефикасно уживање права јесте да субјекат има на располагању правно средство којим може, у разумном року, да оствари своје право или, у случају да не може да оствари своје право у разумном року, да надокнади претрпљену штету. Постојање оваквог правног средства је захтевано универзалним људским правом на правни лек. Налази Европског суда за људска права потврђују акутност овог проблема у Србији. Дакле, када се припрема доношење неког прописа потребно је размотрити да ли постоји правно средство којим се права, која се установљавају тим прописом, могу остварити. Ако такво правно средство не постоји, потребно га је установити, иначе ће пропис, ма како да је добро формулисан, остати недостатан у погледу свог ефективитета.

Стратегијом је утврђено, такође, да се начелом пропорционалности тражи да оптерећење које пропис намеће адресату буде сврсисходно и оправдано. У провери да ли је ово начело поштовано при припреми нацрта прописа треба размотрити и питање да ли се циљ, на који је усмерен тај пропис, може остварити на начин који захтева мање оптерећење. Ако је то могуће, треба размотрити да ли постоје неки разлози који оправдавају избор начина који узрокује веће оптерећење. Ако такви разлози не постоје, начело је повређено.

Претходна анализа ефеката прописа чије доношење се припрема је од нарочитог значаја. Видели смо да се у Унији анализирају будући ефекти прописа на привреду, социјалну сферу, посебно људска права и забрану дискриминације по одређеним основама и на животну средину. Нема разлога да то у Србији буде другачије. Правна политика служи и да се њом остварују циљеви који су нарочито актуелни у неком времену. У деведесетим годинама прошлог века и на почетку овог века људска права постају нарочито актуелно питање у Унији, а у оквиру овог, посебно питање заштите од дискриминације. Видели смо да је Комисија увела, као елеменат своје правне политике, контролу усаглашености нацрта аката које предлаже са Повељом Европске уније о основним правима као и претходну анализу дејства предложеног акта у погледу људских права. Са обзиром да је корупција акутан проблем у Србији, било би разумно да се при доношењу нових прописа анализирају њихова могућа дејства у погледу корупције, дакле да се траже таква решења која ће искључити могућност корупције или ову могућност свести на минимум.

Стратегија укључује елеменат транспарентности и комуникацију са јавношћу. Ипак, Влада би могла да успостави бољу комуникацију са јавношћу у поступку припреме прописа. Комуникација би била нарочито корисна са стручном јавношћу и са заинтересованим групама. Доношење Закона о забрани дискриминације показује да изостанак претходних консултација са свим заинтересованим може да узрокује извесне проблеме.

Стратегија наглашава, с правом, значај начела конзистентности. Оно треба да укључи, између осталог, да се једном правном термину даје увек исто значење, у целокупном правном систему који укључује национално и међународно право. Хроничан недостатак нашег права у том погледу јесте лоше превођење правних термина са страних језика на српски језик.⁴¹ Ово је случај, такође, када је у питању *acquis communautaire*. Тако, на пример, у члану 18. Закона о потврђивању Споразума

⁴¹ Проблем није, наравно, специфичан само за право Србије. Види С.В. Swiss, *op. cit.* 87.

о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, термин “regulation” је преведен термином “уредба”.⁴² Међутим, на Сајту Владе Републике Србије се може видети Изјава о усклађености нацрта прописа са *acquis communautaire*-ом. У овој Изјави је термин “regulation” преведен термином „правилник”.⁴³ Неусклађеност је очигледна. Поред тога, оба превода, и уредба и правилник су проблематични. У нашем праву они означавају подзаконске акте, дакле акте мање снаге, што није случај са “regulation” у праву Уније. Ако се у енглеском или француском језику користи термин латинског порекла не видимо зашто то не би могло да се учини у српском језику. У Лексикону страних речи и израза М. Вујаклије наилазимо на термине „регулатив” и „регулатива”. Дакле, ови изрази су већ усвојени у српском језику и они, као најсличнији, били би најпогоднији.⁴⁴ Они би најбоље изразили *sui generis* правну природу и функције “regulation” у праву Заједнице.

На почетку овог текста суштина правне политике је одређена као стално трагање за таквим правним облицима и правним квалитетима који ће најбоље служити остваривању друштвених политика које се остварују правом. Реч је, дакле, о континуираним активностима. Кампање могу да буду добре ради постизања неких тренутних актуелних циљева али правна политика не сме да буде сведена на кампање.

⁴² http://www.parlament.sr.gov.yu/content/cir/akta/akta_detalji.asp?Id=477&t=Z. Сајт посећен 1. априла 2009.

⁴³ http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=5177. Сајт посећен 1. априла 2009.

⁴⁴ М. Вујаклија, Лексикон страних речи и израза, Просвета, Београд, 1974, стр. 812.

Prof. Rodoljub Etinski, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Novi Sad

BRINGING THE SERBIAN LEGAL POLICY CLOSER TO THE LEGAL POLICY OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The purpose of this text is to outline legal policy of the EU and to refer to certain approximation of legal policy of Serbia to legal policy of the EU. Legal policy is defined, for the purpose of this text, as a number of guidelines for creating the proper law. The substance of the policy is a continuing search for legal forms, structures and qualities which will serve in the best way the protection of social values and the performance of social policies.

*The legal policy of the EU is focused to reduction of the volume of the *acquis communautaire* and to improvements of its qualities. In 2001, the Commission warned that “the *acquis communautaire* extends to more than 80 000 pages, making it clearly cumbersome for economic operators and the man in the street alike” and proposed that institutions together formulate an integrated programme for simplifying the *acquis communautaire* which might have resulted in its reduction for 25% until 2005. The reduction of the *acquis communautaire* is an extremely difficult task, which remains unfinished.*

*Efforts for improvement of the *acquis communautaire* go in two directions: to make progress in compliance with general principles such as democratic legitimacy, subsidiarity and proportionality, and legal certainty and to promote simplicity, clarity and consistency. Improvement of qualities of the *acquis communautaire* is, also, very demanding obligation which should be constant element of any legislative activity of the Union.*

In 2008, the Government of the Republic of Serbia adopted the Strategy for the Regulatory Reform in Serbia for the period from 2008 to 2011. The World Bank, the EU and the OECD reported that the regulatory environment in Serbia makes one of the biggest obstacles for economic and social progress. Wishing to overcome this obstacle, the Government adopted the Strategy. Two main goals of the Strategy are: re-

duction of the regulatory environment, making in this way business easier and cheaper, and improvement of the quality of the law.

Goals and certain guidelines are close to those from the legal policy of the EU. However, there are plenty of possibilities and needs for further improvement of the Strategy.

Key words: *acquis communautaire, Serbian legislation, legal policy, reform*

AUTONOMY OF UNIVERSITIES IN A EUROPEAN PERSPECTIVE: THREATS AND OBLIGATIONS

Abstract:

The push towards greater autonomy of universities is one of the main trends in Higher Education in Europe. Nevertheless, autonomy is by its very nature an ambiguous term and in dealing with the question of autonomy of Higher Education, one has to be aware of the diversity in the Higher Education sector – a diversity of national traditions, legal frameworks, institutional missions, profiles and so on. Considering this diversity, a unified concept of autonomy is not only improper; it could even generate wrong conclusions and lead university policy in the wrong direction.

The relevant counterpart of the university system in many European countries has been and still is the state, especially if we look at the Central and South-Eastern countries. Universities were or still are dependent state institutions, more or less integrated in the state administration and both regulated and financed by the state. In this context, the modern concept of the autonomous university goes beyond the traditional self-governing community of scholars. It seems that there are four cornerstones on which an autonomous university is founded: the possibility to shape its own organizational structure, to decide on the distribution of financial means on the basis of a lump sum budget, comprehensive decision-making power in all educational affairs and full responsibility in personnel matters. State regulation should be restricted to general requirements which must be the exception, leaving ample room for self-regulation in educational, financial, personnel and administrative matters.

Under conditions of restricted public funding a trend towards privatisation of higher education is nearly unavoidable, as we can see in many states, not only, but also in Central and South-Eastern countries. That means that Universities need a certain degree of autonomy against the state but also autonomy against the forces of the market. The lack of sufficient public funding is a real obstacle for Central and South-East European universities on their way into the European Higher Education and Research Area. Autonomy of universities has, therefore, to be founded on adequate public funding; otherwise it would be wishful thinking or, even worse, a threat for universities.

Keywords:

academic freedom, autonomy, Bologna Process, education policy, European Higher Education Area, Higher Education institutions, financial crisis, self-administration, state funding, university governance, private universities, public universities

I.

When I had the pleasure of visiting the Faculty of Nis University for the first time, the Bologna process was still at its outset. Now, some years later, we have proceeded quite a bit towards a common European Higher Education Area, both in Austria and in Serbia. The year 2010 is near, when – according to the initial road map – the European Higher Education Area should be fully realized. Now the question “Bologna beyond 2010” is raised, which indicates that not all of the objectives of the Bologna process have been completely achieved and that the full implementation of these objectives will require increased momentum and commitment beyond 2010.

Bologna deals with the structure of studies, with quality assurance, with mobility of students and teachers and some other teaching-related issues. But Bologna has also impacts on Higher Education institutions as such. Nobody who is familiar with recent policy developments in Higher Education can ignore the fact, that Bologna has not only changed curricula

and grades, but also our conception of what a modern European University should be, and the main trend in this field is the push towards greater autonomy of universities. Autonomy of universities is considered to be a precondition for an effective response to the changing needs of a knowledge society, a means to achieve excellence and a signpost on the way into the European Higher Education and Research Area. Autonomy is the buzz word of our debate on the future of strong universities in Europe.

Many European documents and declarations confirm this statement. In the London declaration of 2007, for instance, the European Education Ministers addressed the European Higher Education Area as being based “on institutional autonomy, academic freedom, equal opportunities and democratic principles”. And in its more recent Prague declaration from April 2009 the European University Association held, that one of the crucial success factors for universities in Europe would be – also against the background of the present financial crisis - to shape, reinforce and implement autonomy of universities.

Autonomy is, therefore, a prominent concept for Higher Education and there is even something like “rhetoric of university autonomy”.¹ In such cases we have to make sure that we know what we are talking about. Speaking about autonomy, I am always tempted to think of a passage in *Aldous Huxley's* novel “Eyeless in Gaza”. Here, *Huxley* considers the meaning of “freedom”: “Freedom's a marvellous name. That's why you're so anxious to make use of it. You think that, if you call imprisonment true freedom, people will be attracted to the prison. And the worst of it is you're quite right”.² Freedom has – and *Huxley* makes this quite clear – a strong emotive undertone, which enables the speaker to use this notion in the manner of a persuasive definition. If you want someone to do something, you just have to clarify that his freedom lies in doing precisely this thing. Couldn't that be true for autonomy too? Doesn't autonomy also open the possibility to be used in the way of a persuasive definition, when politicians or rectors want

¹ Cf. on the ambiguity and ambivalence of the notion “autonomy” *W. Berka*, The Legal and Philosophical Meaning of Autonomy in Education, in: *W. Berka/J. De Groof/H. Pennean* (Eds.), *Autonomy in Education*, The Hague – London – Boston 2000, p. 1.

² *A. Huxley*, *Eyeless in Gaza*, London 1955, p. 123.

to push universities in a certain direction? Is autonomy not often used as a kind of camouflage, when the state wants to cut down the budget of universities? I think we have to be careful when using the word “autonomy”, and in my paper for this conference I address some of the reasons why. This paper is based, at least partly, on experiences and data collected during a research project at the University of Graz, where under the headline “Institutions of Higher Education in Central and South East Europe” developments, perspectives and problems of Higher Education Institutions in Central and South-East Europe on their way into the European Higher Education and Research Area were analyzed.

In the following text I would like to address the notion of university autonomy by pointing out five statements.

II.

1. Firstly, in dealing with the question of autonomy, one has to be aware of the diversity in the Higher Education sector in Europe – a diversity of national traditions, legal frameworks, institutional missions, profiles and so on. Considering this diversity and the ambiguity of the notion of autonomy and the significant differences with respect to specific conditions of realizing this principle, it is anything but clear that there is already something like a European concept on university autonomy. And even if there is a certain legal concept of autonomy, it can mean very different things. The Austrian Constitution, for instance, was amended last year with a new constitutional provision, declaring that public universities are granted full autonomy.³ But it would need a very thorough legal analysis to answer the question, whether this notion of autonomy has the same legal meaning as the autonomy, the Serbian Law on Higher Education declares to be one of its fundamental principles. As lawyers we are well aware, that sometimes the same words can have very different meanings.

³ Cf. *Walter Berka*, *Autonomie und Freiheit der Universität: Ein neuer Verfassungsartikel (Art 81 c B-VG) für die öffentlichen Universitäten*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 63 (2008) p. 293.

2. Having said this, what can we say about autonomy of universities in a European perspective at all? Putting aside some more or less useless “rhetoric of university autonomy”, there is at least one significant aspect that is a shift from individual autonomy to institutional autonomy. Let me briefly explain in my second remark what I mean.

Putting aside former powers like the church, the relevant counterpart of the university system in many European countries has been and still is the state, not only, but especially in Central and South-East European countries. Universities were or still are dependent state agencies, more or less integrated in the state administration and both regulated and financed by the state. Of course, the influence of the state could and can be reduced to a certain degree. Different forms of self-administration have always left more or less room for autonomous decision-making-power with respect to academic affairs at university level, for instance to take decisions on the content of curricula or the appointment of professors. And one has treated these traditional forms of self-administration under the notion of autonomy, too. But, what we see now is, all over Europe, a shift from different forms of corporative self-administration to institutional autonomy: That is the autonomy of the university as an institution and as a self-governing entity.

3. If this shift toward institutional autonomy is the most significant aspect when talking about university autonomy in Europe, one has to ask further: What are the conditions and requirements of institutional autonomy? According to all experience, there are four cornerstones, on which an autonomous university is founded: the possibility to shape its own organizational structure, to decide on the distribution of financial means on the basis of a lump sum budget, comprehensive decision making-power in all educational affairs and full responsibilities in personnel matters. As *Lesley Wilson* (General Secretary of EUA) said, when the Lisbon declaration was presented to the European Education Ministers at the Bologna Meeting in London in May 2007: “If we can’t decide who to employ, and what to spend our money on, we are never going to be able to change.” It is institutional autonomy in this sense which is meant, when universities claim autonomy by themselves or when education policy in Europe demands universities to move in this direction.

Because of the different traditions in our systems of Higher Education, this movement is anything else but uniform. Public universities in Central and South-East Europe have, for instance, to overcome the after-effects of a former system, in which universities were under the strict control of the state bureaucracy and under influence of the political forces. Moving towards more autonomy is therefore an ongoing process in many countries, as the research project I mentioned has shown. It is not only a difficult task; this move itself is not undisputed, although it lies within the mainstream of European development. As so often in policy questions, there is a reverse side to a positive statement, and although I do consider autonomy of universities as positive, we have to consider the flip side too. This leads to my final remarks.

4. One problem of university autonomy has something to do with economy. Public universities depend on state funding. In many European countries, the concept of university autonomy was introduced, when financial restrictions ended in decisions upon cuts also in university budgets. Politicians and the bureaucracy had no interest “in being engaged in the ugly details of executing cuts and became (therefore) quite sympathetic to the arguments for increasing the autonomy of Higher Education institutions”. This was the reason that, even in wealthy states, “distributing public poverty” was often used as a synonym for university autonomy.⁴

And there is no doubt: Organisational reforms of the university system will not per se produce more money for excellent research and quality in education. This is true in any case, but constitutes a substantial factor if the overall state budget for Higher Education is already at a low level. The lack of sufficient public funds is a real obstacle especially for universities of Central and South Eastern countries on their way in the European Higher Education and Research Area and could even be used as an argument against autonomy.

5. What are the consequences? Under conditions of restricted public funding a trend towards privatisation of Higher Education is nearly un-

⁴ Cf. on the Austrian development *H. Pechar*, University Autonomy in Austria. HOFO Working Paper Series 05.001 Vienna, IFF (Faculty for Interdisciplinary Studies); http://www.iff.ac.at/hof/WP/IFF_hof.5.001_pechar_autonomy.pdf.

avoidable, as we can see in many states. Public universities will introduce general tuition fees or offer different types of study programs, some of which are free and others which are not. Private universities will emerge, if this is possible under the respective state legislation and if there are students willing to pay the full costs of Higher Education. Both developments will result in a situation, in which market forces and economic factors gain more weight and will influence the performance of universities. This certainly can have positive effects on the system. But it can also spawn new forms of restrictions, thus reconfirming the historical experience that a claim for autonomy might be successful in one relation but can lead to other forms of dependency in another. It is, therefore, quite clear that autonomy of universities in terms of reducing the influence of governmental control can increase the influence of the economic system, which means more competition and market control, but can have some other adverse effects as well. Therefore, autonomy of universities has to be founded on adequate public funding; otherwise it would be wishful thinking or, even worse, a threat for universities.

There is another danger. If the market oriented influence on a Higher Education system gains too much weight, governments are sometimes tempted to maintain a strict state control over public universities. Policy makers could argue that this is necessary to secure the responsibilities of public universities and protect them against commercialisation. Autonomy might be neglected under these circumstances. I doubt whether this is a good policy decision. We know from experience, that when market dynamics are introduced into systems of which the constituent parts enjoy little autonomy, the effects tend to cause a very strict split into elite, mid-range and sub-standards institutions. Thus, the outcome could be that public universities might lose their standing and reputation and fall behind the private sector. To give public universities the possibility to be responsive to new challenges, the state should, therefore, on the contrary widen their autonomous responsibilities. Over-bureaucratic systems are always counter-productive to the mission of universities, but it seems, that they are more detrimental if a Higher Education system has already opened itself to some kind of competition and market influence.

III.

Patterns of university governance are changing all over Europe and the concept of institutional autonomy is a driving force in this process. It is anything but a magic formula. I tried to point out that education policy has to tackle difficult problems which ask for balanced solutions, a balance between state and market influences or a balance between autonomous decision-making power and state regulations. I did not deal with the tensions between institutional autonomy, which go hand in hand with new management structures, and individual academic freedom, which obviously ask for some kind of balance too. Considering these observations, the notion of autonomy is not a clear-cut solution; it is rather a program which has to be wisely implemented. But, despite of all problems, especially for countries facing major social and economic challenges, I would like to end with an optimistic remark. If we can learn one lesson from the long history of the European University it would be the lesson that universities have always been successful in assuming new tasks and providing solutions to current problems, at least in the long run.

Prof. Walter Berka, LL.D.

Универзитет у Салицбургу,

члан аустријског Научног савета

ЕВРОПСКА ПЕРСПЕКТИВА АУТОНОМИЈЕ УНИВЕРЗИТЕТА: претње и обавезе

Резиме:

1. Тежња ка већој аутономији универзитета је један од главних трендова развоја високошколског образовања у Европи. На Болоњском скупу одржаном маја 2007. године у Лондону, приликом представљања Лисабонске декларације министрима за образовања европских земаља могло се чути следеће: „Ако не можемо да донесемо одлуку о томе кога треба запослити и на шта треба трошити новац, никада нећемо моћи да се променимо“. Међутим, аутономија је по својој природи прилично неодређен појам тако да приликом третирања питања аутономије високог образовања треба да постоји свест о различитостима у области високог образовања, које се огледају у различитим националним традицијама, правним оквирима, институционалним задацима, профилима образовања, итд. Имајући у виду те различитости, јединствен концепт аутономије универзитета не само да је неприкладан већ би могао довести до извођења погрешних закључака и одвести развојну политику универзитета у погрешном правцу.

2. У многих европским земљама, држава је била или је још увек важан чинилац у систему високог образовања, нарочито у државама Централне и Југоисточне Европе. универзитети су били или су још увек државне институције, у мањој или већој мери интегрисане у систем државне администрације, чије функционисање регулише и финансира држава. У том контексту, савремени концепт аутономије универзитета превазилази традиционално схватање самоуправе (аутономије) академске заједнице. Аутономност универзитета је изгледа заснована на четири основна постулата: могућности да се обликује сопствена организациона структура, могућности да се одлучује о расподели финансијских средстава на основу укупног буџета, широким овлашћењима у процесима одлучивања о свим стварима која се односе на

образовање, као и пуној одговорности у персоналном избору кадрова. Државну регулативу би требало ограничити само на опште одредбе, које би морале садржати право на изузетак, и које остављају довољно простора за самостално регулисање свих образовних, финансијских, персоналних и административних ствари.

3. У условима рестриктивног јавног финансирања, постојећи тренд ка приватизацији високог школства је скоро неизбеган, што се може уочити у многим државама укључујући и земље Централне и Југоисточне Европе. То значи да је универзитетима потребан одређен степен аутономије не само у односу на државу већ и у односу на тржишна кретања. Недостак буџетских средстава је реална препрека за универзитете у Централној и Југоисточној Европи на путу у Европски простор високог образовања и научног истраживања. Аутономија универзитета, дакле, треба да почива на адекватном јавном финансирању. У супротном, неадекватним финансирањем би аутономија била сведена на пусте жеље или, што је још горе, то би представљало реалну претњу по опстанак универзитета.

4. Расправа о аутономности универзитета, у сваком случају укључује и питање њихове одговорности. Неопходно је, дакле, успоставити адекватан институционални оквир и концепцију управљања универзитетом којим би се успоставила потребна равнотежа између аутономних одговорности сваког универзитета понаособ, опште државне регулативе и адекватне контроле.

Кључне речи: академска слобода, аутономија универзитета, Болоњски процес, развојна политика образовања, Европски простор високог образовања, институције високог образовања, финансијска криза, самостално управа, финансирање од стране државе, управљање универзитетом, државни универзитети

Prof. dr. Marianne Roth
Doctor iuris, LL.M. (Harvard),
Vice-Dean and Professor of Law, School of Law,
Paris Lodron University Salzburg

UDK: 347.925(4-672EU)

THE EU MEDIATION DIRECTIVE

Abstract:

In this paper, the author provides an analysis of the EU directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters of 21 May 2008. By facilitating access to mediation proceedings and by setting a common legal framework for cross-border mediations within Europe, the directive seeks to put mediation on an equal footing with judicial proceedings and thereby to increase public confidence in this alternative method of dispute resolution.

Key words:

alternative dispute resolution, mediation, the EU directive on mediation, mediation law, cross-border disputes, international disputes, EU member states, domestic disputes, enforcement of settlements, confidentiality, suspension of limitation periods, statute of limitations

I. General

1. Legal Framework for Mediation

The recourse to mediation as an alternative to judicial or arbitral proceedings has been the subject of intense debate in Europe, but does not seem to have gained the practical importance which mediation plays in other parts of the world, such as in the United States and Australia.¹ Recent legal developments in the European Union, however, suggest that this situation is about to change: the EU directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters of May 21, 2008² deals with one of the most important obstacles to mediation, namely the lack of a legal framework for mediation which leads to uncertainties, particularly with regard to the legal consequences of mediation. While such uncertainties may be of minor relevance in domestic cases where parties are familiar with their own legal system, they can be crucial in cross-border disputes and induce parties to opt for standard judicial proceedings with all their difficulties in the international arena. The EU mediation directive is an attempt to redress these uncertainties by providing a common legal framework for mediation in cross-border disputes and thereby to make mediation a more attractive dispute resolution method within the European Union.³ Member states are called to comply with the provisions of the directive within three years, i.e. before May 21, 2011 (Article 12 of the directive).⁴

¹ Eckardt, *Mediation in Australien*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 177 (1988); Huber & Trachte-Huber, *International ADR in the 1990s: The Top Ten Developments*, 1 HOUS. BUS. & TAX L.J. 184, 220-21 (2001); Baker, *International Mediation: A Better Alternative for the Resolution of Commercial Disputes: Guidelines for a U.S. Negotiator Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans*, 19 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 1, 7 (1996). *But see* Hensler, *Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology*, J. DISP. RESOL. 81 (2002).

² Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Official Journal L 136, 24/05/2008. *See* Roth & Egger, *Die EU-Mediationsrichtlinie*, *ecolex*, 538-541 (2009).

³ Clifford Chance (ed), *The EU Directive on Mediation 2008 – Will mediation finally establish itself in Europe?*, (2008), <http://www.cliffordchance.com>.

⁴ Information on national execution measures communicated by EU member states may be found at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0052:DE:NOT#FIELD_FR.

The EU mediation directive has been discussed and negotiated for several years: after having issued a Green Paper in 2002⁵, the EU Commission drew up a first draft in 2004.⁶ Following consultations in the European Parliament, the Council of Justice Ministers passed the final draft on November 9, 2007, and the European Parliament formally approved this draft directive, without amendments, at its second reading on April 23, 2008.⁷

Due to this ongoing discussion, the 2008 mediation directive differs in some regards from the 2004 proposal of a mediation directive. Hence, many national mediation laws which have been issued during the last years should be revised in view of the new EU mediation directive. This is true for the Austrian Mediation Act of 2004⁸ - which at that time was the first comprehensive mediation law in Europe⁹ -, and similarly for mediation legislation in Hungary¹⁰, Poland¹¹, and Romania¹². Germany does not explicitly

⁵ Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law of 19.04.2002, COM (2002) 0196 final.

⁶ Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial disputes of 22.10.2004; 2004/0251 (COD); COM (2004) 718 final, http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0718en01.pdf. For a discussion of the proposed directive in comparison with the Austrian Mediation Act see Roth, *Promoting Mediation at European and National Level*, in Legal System of the Republic of Serbia – Harmonization with the EU Law, 206-227 (2005).

⁷ Clifford Chance (ed), *The EU Directive on Mediation 2008 – Will mediation finally establish itself in Europe?*, (2008), <http://www.cliffordchance.com>.

⁸ See Federal Act on Mediation in Civil Matters (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*) 2004, Federal Law Gazette (*Bundesgesetzblatt*, abbreviated *BGBL.*) I 2003/29, in force May 1, 2004, <http://www.ris.bka.gv.at>; Section VI of the Mediation Act concerning educational establishments and mediation courses went already into effect on January 1, 2004.

⁹ See Roth & Markowetz, *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen - Ein Überblick über die neuen Bestimmungen*, 126 *Juristische Blätter*, 296-302 (2004); Roth, *The Proposal for an EU Directive on Certain Aspects of Mediation in Comparison with the Austrian Mediation Law*, *Journal of International Dispute Resolution*, 114-122 (2005).

¹⁰ Revesz, *Mediation without Trust: Critique of the Hungarian Mediation Law* (2005), <http://www.mediate.com/articles/reveszJ1.cfm#1>.

¹¹ The Law of July 28, 2005 (Polish Mediation Law) introduced mediation as a separate part of Poland's Civil Procedure Code, 3; it entered into force on Dec. 10, 2005. See Pieckowski, Sylwester, *How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation*, *Dispute Resolution Journal* (August-October 2006), http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200608/ai_n16779628/.

deal with mediation in a separate act; however, most of the issues regulated under the directive are already contained in the general provisions of German civil law. In all these jurisdictions minor adjustments, if at all, will suffice. Considerably major amendments will be necessary in Dutch law, which does not deal with all aspects regulated in the directive, as well as in England and Wales, and in Slovakia where the opening of the mediation procedure does not interrupt any limitation periods.¹³ Incidentally, this corresponds with the legal situation in Serbia¹⁴. On the other hand, there are already countries which fully comply with the new mediation directive, namely Belgium¹⁵, Italy¹⁶, Slovenia¹⁷, France¹⁸, and Portugal¹⁹.

¹² Law no. 192/2006 (Romania's Mediation Law), <http://www.ibls.com/ibls-internet-law-doc.aspx?d=2845>.

¹³ For the suspension of legal periods *see* beneath IV.3.

¹⁴ Art 11 of the Law on Mediation (Serbian Mediation Law), Official Gazette of the Republic of Serbia 18/2005, <http://www.seemf.eu/index.php?type=1&a=countries&id=7&pageid=49#>.

¹⁵ Demeyere, The Belgian Law on Mediation: An Early Overview, *Dispute Resolution Journal* (Nov 2006-Jan 2007), <http://www.allbusiness.com/legal/mediation/4058340-1.html>.

¹⁶ On June 19 2009 the Italian Parliament enacted Law 69/2009, introducing various amendments to the Code of Civil Procedure. The law entered into force on July 4 2009. Article 60 empowers the government to issue statutory instruments on mediation and conciliation in civil and commercial matters and thereby to implement the EU Mediation Directive (2008/52/EC). The new law invites the government to adopt the relevant statutory provisions within six months, i.e. before December 19, 2009.

¹⁷ The Law on Civil and Commercial Mediation, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 56/2008, <http://www.uradni-list.si/1/index?edition=200856>. *See also* <http://www.seemf.eu/index.php?type=1&a=countries&id=8&pageid=50>; http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/slike/drugo/2008/foto/081215_nagovor_ministra.pdf.

¹⁸ Loi no 2008-561 du 17 juin 2008 portant réformede la prescription en matière civile (1), *Journal Officiel de la République Française (JORF)*, Publication date: 18/06/2008, Entry into force: 19/06/2008; Reference: (MNE(2008)56413), <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019013696&dateTexte=>.

¹⁹ Assembleia da República Aprova o Regime Jurídico do Processo de Inventário e altera o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código do Registo Predial e o Código do Registo Civil, no cumprimento das medidas de descongestionamento dos tribunais previstas na Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007, de 6 de Novembro, o Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas, procede à transposição da Directiva n.º 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de Março, e altera o Decreto-Lei n.º

2. Notion of Mediation

Under the EU directive, mediation is an out-of-court dispute resolution process in which a neutral person - the mediator - supports two or more parties in their endeavor to voluntarily settle their dispute through negotiations. Even though the negotiations must take place on a voluntary basis, the directive explicitly states that the process may not only be initiated by the parties, but it may also be suggested or ordered by a court or even prescribed by the law of a member state (Article 3 lit a para 1 of the directive). Hence, the directive does not exclude the possibility for member states to make mediation compulsory. However, the directive is also explicit about the requirement that the member states must not impede the parties' rights to access to the judicial system (Article 5 para 2 of the directive).

Explicitly excluded from the notion of mediation are attempts at settlement made by the judge who is seized to decide the dispute in judicial proceedings, since for that situation most of the provisions of the directive would not be fitting. On the other hand, court-annexed mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question, are covered by the mediation directive (Article 3 lit a para 2 of the directive).

3. Better Access to Justice

One of the EU's pivotal objectives in the field of judicial cooperation in civil matters is to facilitate access to justice which is a fundamental element in the proper functioning of the internal market. In this context, the following characteristics of mediation may turn out as pivotal benefits, particularly in cross-border situations:

- The notion of party autonomy allows parties to tailor mediation proceedings to fit their particular needs.²⁰
- Mediation can provide a quick and cost effective resolution of a dispute.²¹

594/74, de 7 de Novembro, Legal act: Lei, number: 29/2009; Official Journal: Diaro da Republica I, number: 123, Publication date: 29/06/2009, Page: 04192-04208; Reference: (MNE(2009)52956), <http://dre.pt/pdf1sdip/2009/06/12300/0419204208.pdf>.

²⁰ Hoffmann, *Der aktuelle Beitrag – Mediation*, österreichisches Anwaltsblatt, 361 (2001).

- Mediation always seeks a resolution of the conflict that allows both parties to emerge as winners.²²
- Hence, mediation proceedings are more likely to preserve an amicable and sustainable relationship between the parties than judicial proceedings.²³
- Mediation shows an extraordinarily high success rate: on average 75% of all mediation proceedings end with an amicable agreement.²⁴
- Since both parties are involved in the search for a resolution of the dispute and in the creation of an amicable agreement, such agreements reached via mediation are more likely to be fulfilled voluntarily than authoritative decisions rendered after an adjudicatory process.²⁵

For all these distinct features, mediation is perfectly suited to provide an actual relief to overburdened courts. Hence, a common legal framework for mediation that aims at increasing the public acceptance of this alternative dispute resolution method definitely helps to ensure better access to justice.

II Scope and Structure

1. Scope of Application

The EU directive shall apply, in cross-border disputes, to civil and commercial matters except as regards rights and obligations which are not

²¹ Grünberger, *Die Regelung der Mediation im Eherechtsänderungsgesetz*, Österreichische Juristenzeitung, 50 (2000).

²² Van Ginkel, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. A Critical Appraisal*, 21 JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 1, 1 (2004). *But see* Hensler, *Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology*, J. DISP. RESOL. 81 (2002).

²³ Fritz, *Konfliktprophylaxe und Streitbeilegung in Personengesellschaften*, Der Gesellschafter - GesRZ, 90 (2003).

²⁴ Grilli, *Vom Anwalt zum Schlichter*, deutsches Anwaltsblatt, 533 (1997); Steinbrück, *Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung - Chancen für Unternehmen, Anwälte und Gerichte*, deutsches Anwaltsblatt, 578 (1999).

²⁵ Breidenbach, *Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, 4 (1995).

at the parties' disposal. Explicitly excluded are revenue, customs and administrative matters as well as state liability for acts or omissions in the exercise of state authority, so-called *acta iure imperii* (Article 1 para 2 of the directive).

The EU mediation directive only covers cross-border disputes, since the EU lacks the competence for regulating the resolution of domestic disputes.²⁶ This restriction to cross-border disputes is new compared to the 2004 proposal of the mediation directive, which included domestic mediations.²⁷ Notwithstanding this limitation, member states are free to extend the content of the mediation directive also to domestic disputes. Only recently this has been done by Italy.²⁸

Article 2 of the directive defines the notion of cross-border disputes. A cross-border dispute shall be one in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a member state other than that of any other party on the date on which (a) the parties agree to use mediation after the dispute has arisen, (b) mediation is ordered by a court, (c) an obligation to use mediation arises under national law, or (d) a court invites the parties to use mediation according to Article 5 of the EU mediation directive (Article 2 para 1 of the directive).

2. Structure of the Directive

In order to enhance access to mediation and justice in general, the EU mediation directive contains two types of provisions: first, provisions which oblige the member states to actively promote the use of mediation (Articles 4, 5, and 9 of the directive), and secondly, procedural rules which ensure a balanced relationship between mediation and judicial proceedings (Articles 6, 7, and 8 of the directive).

²⁶ See Art 61c and Art 67 para 5 EC Treaty; Roth & Egger, *Die EU-Mediationsrichtlinie*, *ecolex*, 538 (2009); Eidenmüller, *Establishing a Legal Framework for Mediation in Europe: The Proposal for an EC Mediation Directive*, *Zeitschrift für Schiedsverfahren - SchiedsVZ* 125 (2005).

²⁷ See SEC (2004) 718 final, 2; Roth, *The Proposal for an EU Directive on Certain Aspects of Mediation in Comparison with the Austrian Mediation Law*, *Journal of International Dispute Resolution*, 115-116 (2005).

²⁸ Italian Law 69/2009; see fn 16 supra.

According to Art 4 of the directive, member states should put in place effective quality control mechanisms concerning the provision of mediation services and the training of mediators. As a direct measure to promote mediation the directive requires national courts to suggest mediation to the parties, when appropriate (Art 5 of the directive).

The procedural rules concern the enforcement of settlement agreements reached via mediation (Art 6 of the directive), the protection of confidentiality of information disclosed during mediation (Art 7 of the directive), and the effect of mediation on limitation and prescription periods so that parties are not prevented from initiating litigation or arbitration proceedings if their mediation attempt fails (Art 8 of the directive).

III Encouragement to Mediation

1. Quality Control

In order to ensure the quality of mediation, member states shall provide effective quality control mechanisms concerning the provision of mediation services. In particular they shall encourage the development of, and adherence to, voluntary codes of conduct by mediators and organizations providing mediation services (Article 4 para 1 of the directive). Further, member states shall encourage the initial and ongoing training of mediators in order to ensure that the mediation is conducted in an effective, impartial and competent way in relation to the parties (Article 4 para 2 of the directive).

These quality control mechanisms aim at preserving the autonomy of the parties and the flexibility of the mediation process. To this end, the directive primarily encourages self-regulatory measures at Community as well as at national level through, for example, the development of voluntary codes of conduct. Indeed, in 2004 already, the European Commission presented a European Code of Conduct for Mediators²⁹ addressing key aspects

²⁹ The European Code of Conduct for Mediators was presented by the European Commission on 2 July 2004; http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_

of the mediation process, such as the competence and appointment of mediators, their independence and impartiality, the fairness of the process, the mediation agreement, and the question of fees.³⁰

Even though Article 4 of the directive puts emphasis on the promotion of self-regulation, the mediation directive leaves a large degree of freedom to the member states as to how the required quality of the mediation services should be ensured.

2. Suggestion by Courts

A court before which an action is brought may, when appropriate and having regard to all the circumstances of the case, invite the parties to use mediation in order to settle the dispute. The court may also invite the parties to attend an information session on the use of mediation if such sessions are held and are easily available (Article 5 para 1 of the directive).

This provision ensures that the parties at least consider the possibility of using mediation for solving their dispute. For this purpose the court may even oblige the parties to attend an information session on what mediation is all about. Such an information session seems particularly suitable in cases where it appears that the parties reject this possibility only due to a lack of knowledge of mediation. In any event, the parties retain the right to decide whether to actually have recourse to mediation or not, unless the use of mediation has been made compulsory under the applicable national law. Such legislation would not be in violation of the directive, since it explicitly states that the directive is without prejudice to national legislation making the use of mediation compulsory or subject to incentives or sanctions, whether before or after judicial proceedings have started, provided that such legislation does not prevent the parties from exercising their right of access to the judicial system (Article 5, para. 2 of the directive).

conduct_en.pdf. For its drafting history see Mähler & Kerntke, *Initiativen der EU - Verhaltenskodex und Richtlinienentwurf*, 7 ZEITSCHRIFT FÜR KONFLIKTMANAGEMENT 151 (2004).

³⁰ For a discussion of the European Code of Conduct's provisions in comparison with the Austrian Mediation Act see Pitkowitz, *Die neuen Mediationsregeln der EU - Ist Österreich noch Wegbereiter?*, 3 ZEITSCHRIFT FÜR SCHIEDSVERFAHREN - GERMAN ARBITRATION JOURNAL 81, 88-90 (2005).

3. Information for the General Public

Parties to a dispute must know where to find appropriate mediation services, in order to make use of them. Hence, the directive requires member states to encourage the availability of information for the general public on how to contact mediators and organizations providing mediation services. Such information shall in particular be available on the Internet (Article 9 of the directive).

IV. Key Rules of Civil Procedure

1. Enforcement of Settlements

In order to avoid lawsuits, possibly in foreign courts, parties have an interest that settlement agreements reached via mediation are enforceable under national as well as European law. Hence, member states are required to endow parties with the option to request a public authority to render the content of a written agreement resulting from mediation enforceable. Such procedure may only be denied, if the content is contrary to the law of the member state or is not enforceable under the law of the member state (Article 6 para 1 and 2 of the directive).

Settlement agreements which have been made enforceable through such a procedure may easily be enforced under the EU Regulation creating a European Enforcement Order for uncontested claims of April 21, 2004.³¹

2. Protection of Confidentiality

Parties have an interest that information disclosed in a mediation is kept confidential, particularly in subsequent proceedings. Under Article 7 of the directive, member states shall ensure that persons involved in the mediation must not be compelled to give evidence in subsequent judicial or arbitration proceedings regarding information in connection with a mediation process, e.g. regarding a party's admissions or willingness to accept a

³¹ See Roth, *Europäisches Zivilprozessrecht*, in Dolinar/Holzhammer (eds), *Zivilprozessrecht*, 9. Auflage, 363-423 (2007).

settlement proposal during a mediation. Exceptions exist where this is necessary for overriding considerations of public policy, e.g. where the protection of children or the prevention of physical or psychological harm requires disclosure of information or where disclosure is necessary for the implementation or the enforcement of the settlement agreements or when parties have agreed to disclose information.

Thereby the directive provides a minimum standard and member states may enact stricter measures to protect the confidentiality of a mediation. In Austria, e.g., the inadmissibility of evidence related to a mediation also extends to criminal proceedings.³²

3. Effect on Legal Periods

Should mediation fail, parties might wish to file claims in court or initiate arbitration proceedings. Thus, there is a need for the suspension of limitation and prescription periods during the mediation process in order not to put parties under time pressure. Accordingly, Article 8 of the directive requires member states to ensure that parties to a mediation are not subsequently prevented from initiating judicial or arbitral proceedings in relation to that dispute, should mediation turn out not to be successful.

In contrast to the 2004 proposal of the directive, member states have broad discretion in transposing this provision. Usually this is done by providing for a suspension of limitation and prescription periods from the commencement until the end of mediation, see e.g. Section 22 of the Austrian Mediation Act.³³

With regard to the effect of a mediation on legal periods the 2004 proposal of a mediation directive was much more detailed and thereby

³² See Kollros, *Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, *ecolex*, 746 (2003); Roth & Markowetz, *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen - Ein Überblick über die neuen Bestimmungen*, 126 *Juristische Blätter*, 296-302 (2004).

³³ For a detailed discussion of the Austrian provisions on the suspension of limitation periods see Roth & Markowetz, *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen - Ein Überblick über die neuen Bestimmungen*, 126 *Juristische Blätter*, 296-302 (2004).

stricter than the 2008 directive.³⁴ The present provision leaves a great deal of discretion to the member states in which way and to what extent they will ensure that parties are not prevented from bringing claims in court after an unsuccessful mediation.³⁵

V. Final Remarks

There is no doubt that the new mediation directive provides a predictable legal framework for cross-border mediation and thereby promotes the use of mediation within the EU. However, in order to have legal effect, the directive needs to be implemented into the national laws of the member states. For this transition the directive grants a period of three years. Hence, parties to a dispute and drafters of a mediation clause should verify whether the applicable procedural law is already in line with the directive, the more so as it is not unusual that member states fail to implement European directives in time. In case of need, issues such as the suspension of limitation periods or confidentiality have to be expressly agreed upon.

In this context, one should note that the option to choose the procedural law to be applied to a mediation, remains of pivotal importance. This is true even once the directive has been implemented in all member states. As outlined above, member states have a certain degree of leeway in implementing the directive, in particular with regard to the effect of mediation on legal periods. This means that despite the harmonization induced by the EU directive, national mediation laws will continue to differ to some extent and therefore mediation agreements, particularly in an international context, should still be drafted carefully.³⁶

³⁴ See Roth, *The Proposal for an EU Directive on Certain Aspects of Mediation in Comparison with the Austrian Mediation Law*, *Journal of International Dispute Resolution*, 114-122 (2005).

³⁵ See Roth & Egger, *Die EU-Mediationsrichtlinie*, *ecolex*, 538-541 (2009).

³⁶ Clifford Chance (ed), *The EU Directive on Mediation 2008 – Will mediation finally establish itself in Europe?*, (2008), <http://www.cliffordchance.com>.

Prof. Marianne Roth, LL.D.

Продекан Правног Факултета,
Универзитет „Парис Лодрон“ у Салцбургу

ДИРЕКТИВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О МЕДИЈАЦИЈИ

Резиме:

1. Директива Европске уније о неким аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима усвојена је 21. маја 2008. По први пут у Европи, она поставља јединствене минималне стандарде за одређени број кључних питања која се односе на прекограничну медијацију – решавање прекограничних спорова путем медијације. Притом, ова директивима има за циљ да подстакне приступ алтернативним методама решавања спорова и да постави темеље здравог односа између медијације и судског поступка. Државе чланице се обавезују да ускладе своју регулативе са овом Директивом у року од три године, тј. најкасније до 21. маја 2011. године.

2. Трошкови судских поступака у прекограничним споровима су често несразмерни у односу на укупан износ који је предмет спора. Отуда постоји потреба за медијацијом која је позната као економичан и брз вансудски процес, уобличен према специфичним потребама странака у спору. С обзиром да решавање конфликта путем медијације омогућава обема странама да изађу из спора као победници, медијација има изузетно високу стопу успешности. У просеку, 75% случајева медијације завршава се пријатељским договором. Споразуми о поравнању који се постижу путем медијације имају веће изгледе за извршење на потпуно добровољној бази, у циљу очувања одрживог однос између странака, него судске одлуке изречене након судског процеса. Из тога заправо произлази да медијација доноси реално растерећење, ионако преоптерећених судова и административних органа.

3. Да би се олакшао приступ алтернативним методама решавања спорова, ова Директива садржи две врсте одредби: прво, одредбе које обавезују државе чланице да активно подстичу употребу медијације; и друго, кључна правила грађанског поступка која обезбеђују здрав однос између медијације и судског поступка. Као директна мера за промовисање медијације, Директива

налаже домаћим судовима да странкама предлажу медијацију као начин решавања спорова, када је то прикладно. Поред тога, државе чланице треба да успоставе ефикасне механизме контроле који се односе на службе за медијацију и обуку медијатора. Прописана процесна правила односе се на укидање рокова тако да је странкама омогућено да уђу у судски поступак или приступе арбитражи уколико се покушај медијације завршио неуспешно, као и на заштиту поверљивости процеса медијације у каснијем судском поступку и извршење споразума о поравнању који је постигнут путем медијације.

4. Постављањем овог јединственог правног оквира за решавање прекограничних спорова путем медијације унутар Европске уније, ова Директива настоји да постави медијацију у исти ранг са судским поступком и тиме повећа поверење јавности у погледу ове алтернативне методе решавања спорова. Пресудни фактор приликом доношења одлуке о избору одговарајуће методе за решавање одређеног спора би првенствено требало да буде правна основност самог предмета, али и предвиђени трошкови, одлагања и изгледи за успешно решавање одређеног спора.

Кључне речи: алтернативне методе решавања спорова, медијација, Директива Европске Уније о медијацији, законодавство у области медијације, прекогранични спорови, међународни спорови, државе чланице ЕУ, национални спорови, извршење споразума о поравнању, поверљивост процеса медијације, прекид рокова, законски рок

Др Свитлана Васиљивна Бобровник
професор и проректор Киевског универзитета права, Украјина

UDK: 340.137(4-672EU)

НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО И ЗАКОНОДАВСТВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт:

Хармонизација националног законодавства са правом ЕУ један је од битних услова продубљивања сарадње европских држава са европским организацијама за интеграцију и државама ЕУ као њеним члановима. Она ствара неопходне услове за прелазак на следећу етапу интеграције, укључујући и учлањење одређене државе у Европску Унију. Без усклађености међународног и унутрашњег права не могу бити решени основни задаци у међународним односима уопште. Заједничка сарадња и дејство двају правних система могући су само при постојању обостраног утицаја. Широка примена хармонизације законодавстава трећих држава са правом ЕУ одсликава посебну блискост тих држава са државама ЕУ и Европском Унијом у целини.

Кључне речи:

Европска унија, хармонизација, интеграција, асоцијација, споразум о асоцијацији и придруживању

**Национальное законодательство и законодательство ЕС:
некоторые проблемы соотношения, гармонизации
и нахождения компромисса**

Гармонизация национального законодательства с правом Евросоюза есть, по нашему мнению, одним из важных условий углублений содружества европейских стран с европейскими интеграционными организациями та их государствами – членами. Она создает необходимые условия для перехода по следующим стадиям интеграции, включая членство страны в ЕС.

Однако, исследование практики гармонизации национального права правовой системы ЕС вызывает значительное количество проблем не только практического (процессуального) характера, но и требует анализа отдельных теоретико-правовых проблем, одной из которых есть обоснование соответствующей дефиниции, которая бы отражала процесс сближения законодательства отдельного европейского государства к соответствующим европейским системам. Вряд ли вызывает возражение тезис о том, что анализ и исследование институциональных понятий категорий, которые отражают процесс сближения отдельных правовых систем есть единственно возможным с научной точки зрения по средствам исследования и характеристики самого этого процесса. Исследование сущности понятий «гармонизация», «унификация», «адаптация», «нахождение компромисса», по нашему мнению, предоставляет возможность исследовать тенденции соотношения национального права в правовой системе Евросоюза.

Исследование соотношения природы национальной и международной правовых систем (в том числе и правовой системы ЕС) основывается на характеристике основных признаков национальной правовой системы. В этом отношении следует поддержать идею Усенко Е.Т., которая обосновывает четыре основных признака такой системы. А именно:

а) правовые системы создаются и действуют как результат реализации суверенитета государств, которые используют и защищают свое право в собственных целях;

б) правовые системы создаются с целью отражения и регулирования специфических, политических и социально-экономических задач государства;

в) правовые системы функционируют с учетом оригинальных отраслей институтов права;

г) правовые системы отражают особенности национального правосознания и культуры, а также правопонимания.¹

По нашему мнению эти признаки могут быть дополнены следующими:

- наличие оригинальных источников права, которые предоставляют возможность определить принадлежность национальной правовой системы к определенной правовой семье;

- степень отражения в правовой системе международных принципов и стандартов гуманистической направленности;

- возможности правовой системы в сфере нахождения компромисса как внутренне государственных, так и международных интересов.

Без согласования международного и внутренне государственного права не могут быть решены основные задачи в международных отношениях. Взаимодействие двух правовых систем возможно только при обоюдном влиянии друг на друга. При этом важно понимать, что одна система не должна отменять, поглощать, изменять и сливаться с другой, а влиять на ее функционирование при этом ощущая то же самое с ее стороны. На этой особенности международного права акцентировал внимание Г. Трипель еще в начале XX века. Обосновав необходимость международного права опираться на внутренне право.

Для правильного понимания природы соотношения международно-правовой системы с национально-правовой, а также отдельными ее сферами (отраслями) необходимо проанализировать особенности становления процесса осмысления этой проблематики.

Проблема соотношения двух правовых систем начала формироваться уже на ранних стадиях развития международного сообщества. По этому поводу В.Г. Буткевич пишет, что отчет данной проблематике необходимо производить, начиная уже с эпохи рабовладельчества и феодализма. В то же время ученые акцентируют внимание на том, что современная юридическая наука не исследовала соотношения двух правовых систем в те эпохи.²

Поддерживая позицию, В.Г. Буткевича Д.Б. Левин утверждает, что взаимодействие норм международного и внутригосударственного права есть неотъемлемой чертой правового регулирования международных отношений на протяжении их многовековой истории.³

В общем плане, в XIX веке утверждается принцип суверенного равенства и происходит разграничение внутригосударственного права с международным правом. Именно в XIX веке был заложен фундамент и основа проблемы соотношения двух правовых систем.

По нашему мнению, возможно, акцентировать на доминирующем факторе формирования определенной теоретической позиции касательно соотношения внутреннего и международного права временного фактора. Именно поэтому природу и особенности, понимая этой проблематике невозможно исследовать без учета исторических процессов, которые составили основу исследования этих вопросов. Наибольшее доктринальное признание получила дуалистическая концепция, сторонники которой считают, что формально международное и национальное право как системы никогда не могут вступить в конфликт. Могут иметь место конфликт обязательств или неспособность государства основывать свою деятельность в соответствии с принятыми ее международными обязательствами.

Таким образом, международная (в том числе европейская и национальная правовые системы) не могут рассматриваться как принципиально тождественные феномены в соответствии с главными их институциональными особенностями. Однако, интенсификация международно-правовой коммуникации, процессы глобализации и

другие факторы обуславливают необходимость сближения национально-правовых систем в соответствующей системе международного права. В современных условиях эти факторы усиливаются из-за провозглашенной государствами цели вступления в Евросоюз. При этом необходимо акцентировать внимание на том, что в отечественной украинской теоретико-правовой мысли сам процесс согласования обозначается разными терминами. Отдельные авторы отдают предпочтение термину «трансформация», другие – «национально-правовая имплементация», «гармонизация» и др.

По нашему мнению, для того чтобы правило, которое есть нормой международного права, приобрело юридическое значения в рамках действия национального права, оно должно приобрести силу национально-правовой нормы. А это возможно только при условии наличия воли территориального суверенна на издание соответствующего – национально-правового акта. Именно поэтому Е.Т. Усенко различает генеральную и специальную трансформацию. Сущность генеральной состоит в установлении государством в рамках национального права общей нормы, которая обеспечивает придание международно-правовым нормам внутригосударственного значения, а специальная – у предоставлении государством конкретным нормам международного права внутригосударственной силы посредством их текстуального закрепления в законе или же путем законодательного определения согласия на их применение другим способом.⁴ С.В. Черниченко обосновывает более общую характеристику трансформации. По способу осуществления ее подразделяют на автоматическую и неавтоматическую. В первом случае норма международного договора трансформируется автоматически в случае, если в законодательстве государства содержится положение, предусматривающие правило «все международные договоры, в которых берет участие государство, есть частью ее внутреннего права». В случае принятия специального парламентского акта, который имеет юридическую силу закона, имеет места неавтоматическая трансформация, в рамках которой каждая отдельная международная норма подлежит специальной трансформации.⁵

Таким образом основной чертой теории трансформации есть то, что для применения норм международного права в отдельном государстве необходимо создание права страны возможности исполнения этим государством этих международных обязательств. Однако необходимо помнить и то, что в процессе трансформации нормы международного права остаются таковыми и не превращаются в нормы права национального. А.С. Гавердовский считает, что процесс реализации норм международного права внутри страны необходимо позначить термином имплементация определяя ее как организационно-правовую деятельность государства которое имеет целенаправленный характер и осуществляется индивидуально или коллективно в рамках международных организаций с целью реализации принятых ими в соответствии с нормами международного права обязательств.⁶

Сравнивая представленные выше термины, возможно заметить их общую черту эти понятия касаются одного и того же процесса – механизма осуществления норм международного права. Однако, отдельные авторы обосновывают и другую позицию В.В. Гаврилов считает эти термины разными и говорит, что различные авторы спорят не столько по поводу понятий, сколько а разным видении содержания процесса осуществления норм международного права в рамках внутригосударственного правопорядка.⁷

Не ставя целью проанализировать все недостатки этих понятий необходимо акцентировать внимание на том, что в целом они отражают процесс сближения национальной международного права, который может быть очерчен термином трансформация. С этой позиции соглашаются авторы учебника международное право⁸. Касательно способов согласования, то в юридической доктрине отсутствует единство их понимания. Большинство авторов употребляет термины «отсылка», а также «имплементация». Реже исследователи применяют термины «рецепция», «легитимация». А.С. Гавердовский считает, что в процессе имплементации возможны следующие способы согласования «рецепция», «инкорпорация», «ссылка». Р.А. Мюлерсон признает преимущество ссылки и

инкорпорации, а С.В. Черниченко данную процедуру характеризует как инкорпорация, легитимацию и ссылку.

Больше всего дискуссий среди исследователей вызывает такой способ согласований как ссылка. При этом большинство авторов отмечают общую возможность ссылки как для сторонников национально-правовой имплементации, так и для сторонников трансформации. Значение этого термина состоит в том, что ссылка санкционирует применение норм международного права в стране.

Иследуя данный вопрос, по нашему, мнению необходимо исследовать некоторые особенности соотношения правовой системы Украины к праву ЕС. В этом отношении следует согласиться украинским ученым В. Муравйов, который предлагает характеризовать процесс создания гомогенной правовой среды в рамках европейских интеграционных организаций термином, предложенным институтами ЕС – «гармонизация»⁹.

Особенности гармонизации национального (украинского права) в правовой системе ЕС возможно рассматривать сквозь призму трех позиций:

- в контексте механизма гармонизации, конституированного в ЕС;
- как нормативно-правовую практику, принятую у взаимоотношениях между ЕС и государствами - ассоциированными членами этого сообщества;
- как правовое сотрудничество ЕС с государствами, которые не имеют членства в ЕС.

Как Договор о создании ЕС, так и Договор о ЕС необходимость гармонизации национального законодательства с правом ЕС, а также определяет ее отрасли и механизмы. Однако, ст. 29 Договора о ЕС предусматривает гармонизацию только в сфере уголовного права.¹⁰ А в соответствии ст.34 2/6 Договора основными правовыми формами гармонизации национальных законов и подзаконных актов в сфере уголовного права есть рамковые решения, которые в отличие от директив, принимаемых в рамках Договора о Сообществе, не могут иметь прямого действия.

Правовые основы гармонизации законодательства в рамках ЕС определены в статьях 4/ж,94-97 Договора о Создании ЕС в решениях Суда ЕС, а также в актах института Сообщества. В этих документах используются различные термины для определения процесса приведения в соответствие национального законодательства с правом ЕС. Самыми используемыми терминами в этих документах есть «сближение» и «гармонизация».

Гармонизация законодательства не требует от государств-членов принятия одинаковых правовых актов. Идетя, прежде всего о том, чтобы эти государства применяли похожие нормативные акты. В связи с этим важным есть вопрос подхода к моделированию актов из гармонизации. В рамках ЕС преимущество было отдано третьей из предложенных выше моделей. Поэтому не случайно основными правовыми актами, при помощи которых осуществляется гармонизация ЕС, есть директивы. Рассматривая гармонизацию внутреннего права ассоциированных стран с правом ЕС, необходимо ее рассматривать как этап в процессе постепенной унификации правовых норм европейских интеграционных организаций и государств - не членов, которые сотрудничают с ними. Именно благодаря гармонизации национальное право стран - не членов пополняется нормами права ЕС, что и создает правовые основы к привлечению этих стран к процессу европейской интеграции.

Существование различных типов ассоциации стран – не членов с европейскими сообществами в определенной степени влияет на интенсивность процессов гармонизации в отношении сторон, а также на подходы по определению способов гармонизации. Тесное сотрудничество в рамках ассоциации предусмотрено Договором о создании Европейского экономического пространства, который фактически воссоздает основные положения Договора о Сообществе, предусматривая признание *acquis communautaire* у соответствующих сферах, охваченных общим результатом Сообщества. Акцент делается на включение в национальное право государств – участниц ЕЭП целых блоков норм права Евросоюза как путем воссоздания положений Договора о Сообществе в Договоре о создании ЕЭП., так и путем

отсылки к постановлениям Сообщества, которые предусмотрены в дополнениях к Договору и положения которых становятся частью национальных правовых порядков ассоциированных государств.

Гармонизация национального права ассоциированных стран с правом Евросоюза в рамках Договора о ЕЭП содействует и деятельности институтов ассоциации. Так на стадии подготовки институтом Евросоюза всех проектов постановлений, которые регламентируют вопросы, предусмотренные Договором о ЕЭП, эксперты из ассоциированных стран принимают участие с правом предоставления консультаций в деятельности рабочих групп при Комитет постоянных представителей. Следует также отметить, что Договор о ЕЭП не предусматривает никакой финансовой или экспертной помощи со стороны ЕС ассоциированным странам в сфере осуществления гармонизации национального законодательства с правом ЕС.

В целом, опираясь на исследования отечественных ученых, по нашему мнению необходимо заметить, что в сотрудничестве ассоциированных стран с Евросоюзом, возможно, обосновать такие основные способы сближения национального права этих государств с правом ЕС:

Первый способ предусматривает разработку и принятие национальных правовых актов, которые в определенной степени учитывают положения права ЕС.

Второй способ предусматривает присоединение страны, которая не есть членом ЕС в международном соглашении, которые обязывают европейское сообщество и государства – члены этого объединения привести национальное законодательство в соответствии с нормами права ЕС.

Третьим способом есть инкорпорация в национальное право правовых актов ЕС путем гармонизации.

Четвертым способом есть взаимное признание сторонами каждой из них стандартов.

В пятых, как способ гармонизации может использоваться параллельные принятия ассоциированными странами нормативных

актов, которые есть идентичными или похожими по своему содержанию с актами Евросоюза.

По нашему мнению, широкое применение гармонизации законодательства третьих стран с право ЕС отражает особенно тесных характер сотрудничества, существующий в рамках ассоциации. Как подчеркнул Суд ЕС, договор об ассоциации создают специальные привилегированные отношения между ЕС и страной – не членом, которая благодаря этому должна принимать участие в системе Сообщества. Однако, это не значит, что в случае заключения соглашения о ассоциации с ЕС третья страна присоединяется к Евросоюзу. Характеристика гармонизационного механизма, имеющегося в отношениях между ЕС и ассоциированными государствами позволяет достаточно четко выделить и оригинальные черты соответствующих процессов касательно украинской правовой системе, при этом необходимо еще раз акцентировать внимание на том, что процессуальные черты гармонизации правовой системы Украины к праву ЕС обуславливаются не только принятой европейской практикой, но и историко-правовым опытом и общественно-политическими реалиями современной Украины.

Prof. S.V. Bobrovnik, LL.D.

Vice-Rector,

Kiev University of Law University, Ukraine

THE NATIONAL LEGISLATION OF UKRAINE AND THE LEGISLATION OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The harmonization of national legislations with the EU law is one of the crucial requirements for furthering the cooperation between different European countries and the European integration organizations as well as the EU member states. The harmonization is aimed at creating the necessary conditions for moving onto the next stage of the integration process, including the membership of a state into the European Union. The harmonization of the internal law in compliance with the international law will help in solving critical issues in the international relations on the whole. The joint cooperation and the mutual effect of the two legal systems are possible only providing that there is a mutual two-way impact. The extensive harmonization of the third countries' legislations with the EU law also reflects a special kind of close relationship those countries have developed with the EU member states and the European Union as a whole.

Key words: *European Union, harmonization, integration, association, Association and Accession Agreement*

¹ Усенко Е.Т. Соотношение взаимодействие международного и национального права и Российская Конституция // Московский журнал международного права. 1995.- №2- 11-22 с.

² Буткевич В.Г. Соотношение внутреннегосударственного и международного права.К., 1981.- 311 с.

³ Левин Д.Б. Проблема соотношения междунардного и внутреннегосударственного права // Советское государство и право. 1964. №77

⁴ Усенко Е.Т. – Там же.- с.17

⁵ Черниченко С.В. Теория международного права в 2 томах. Т.1: Современные теоретические проблемы.-М.: Изд. «НИМП», 1999.- 377с.

⁶ Гавердовский А.С. Имплементация норм международного права. К. 1980. - с.62-63

⁷ Гаврилов В.В. Теории трансформации имплементации норм международного права в отечественной правовой доктрине // Московский журнал международного права. 2001. №2 – с.57

⁸ Международное право: учебник (Талалев А.Н., Шестаков Л.Н. и др.). М. 1999. - с.141

⁹ Муравйов В. Гармонизация законодательства как феномен европейской интеграции // Украинский правовой часопис. 2003. №2 (7). - с.3-9

¹⁰ Европейский Союз: новый этап интеграции: Проблемно-тематический сб./РАН; Институт научной информации по общественным наукам. - М. 1996.

Др Тодор Каламатиев, редовни професор UDK: 349.2:340.137(497.7:4-672EU)
Правни факултет „Јустинијан Први”
Универзитет „Св. Кирил и Методиј”, Скопје

ЗАКОН О РАДНИМ ОДНОСИМА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ – ДОПРИНОС ПРОЦЕСУ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ РАДНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт:

Радно законодавство Републике Македоније пролази кроз две фазе свог развоја. Прва фаза почиње доношењем Закона о радним односима из 1993. године и овим Законом уводи се нови систем радних односа. Доношењем овог закона дерогирана је примена закона из области рада бивше заједничке државе.

Закон о радним односима из 2005. године означава почетак друге фазе развоја радног законодавства у Републици Македонији. У време доношења, овај закон био је најављиван као револуционаран и решење у свему у складу са стандардима Европске уније, спремно да одговори актуелним потребама тржишта рада.

Процес приближавања законодавства Републике Македоније, а самим тим и радног законодавства, са регулативом Европске уније започиње Споразумом о стабилизацији и асоцијацији који је Република Македонија потписала са Европском унијом 9. априла 2001. године у Луксембургу. Реализација конкретног споразума предвиђена је Програмом Владе Републике Македоније од јуна 2002. године. Овим програмом, у ствари, утврђује се обавеза приближавања националног законодавства законодавству Европске уније. Сам Програм, такође, има две фазе.

У првој фази, приоритет представља обавеза да се у радно законодавство инкорпорира неколико директива. То су, пре свега: Директива Савета бр. 75 о приближавању закона земље чланице у приме-

ни принципа једнаких плата мушкараца и жена, Директива Савета бр. 76 о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у процесу запошљавања, обуке и унапређења радних услова, Директива Савета бр. 79 о прогресивној примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у области социјалне безбедности.

У другој фази програма инкорпорисане су две директиве, и то: Директива бр. 80 о безбедности здравља радника, Директива Савета бр. 97 о обавези доказивања у случају полне дискриминације и Директива бр. 92 о мерама за побољшање здравља бременитих жена и жене које доје. Ове Директиве су постале, у претежном делу, део радног законодавства путем измене и допуне Закона о радним односима из 1993. године.

Последње измене Закона о радним односима из 2005. године, такође, произлазе из потребе усаглашавања националног законодавства са одређеним одредбама Европске социјалне повеље и две директиве, које се односе на питања недискриминације у процесу запошљавања и то: Директивом бр. 88 Европског парламента и Савета из 2003. године, која се односи на извесне аспекте организовања радног времена и Директивом бр. 54 из 2006. године о имплементацији принципа једнаке могућности и истог третмана мушкараца и жена у погледу запошљавања и радног ангажовања.

Кључне речи:

Закон о радним односима Републике Македоније, европско законодавство, процес хармонизације

Наместо вовед

Современиот развој на работното законодавство на Република Македонија го одбележуваат две фази.

Првата фаза отпочнува со донесувањето на Законот за работните односи од 1993 година. Овој закон воведува нов систем во уредувањето на работните односи, и при тоа, основни постулати на кои почива се: слободата на пазарот и претприемништвото, организирањето на трудот и капиталот и политичкиот плурализам.

Законот за работни односи од 2005 година¹ означува почеток на втората фаза во развојот на работното законодавство во Република Македонија. Во Законот за работни односи треба да препознаеме кодекс на трудот на Република Македонија, со кој се систематизираат и класифицираат сите или најголемиот дел одредби, прописи, институти и институции од сферата на работните односи.

Во времето на неговото донесување, Законот за работните односи се најавуваше како револуционерно и европски синхронизирано решение, кое ќе одговара на актуелните потреби на пазарот на трудот и современите состојби присутни во европските работни законодавства.

Република Македонија има обврска за хармонизација на своето законодавство со законодавството на Европската унија во сите сфери, па и во областа на работните односи. Директивите на ЕУ се задолжителни правни акти, што мора да се имплементираат во националните законодавства.²

Самиот процес на приближување на законодавството на Република Македонија, а со тоа и на работното законодавство со регулативите на Европската Унија започнува со склучување на Спогодбата за стабилизација и асоцијација помеѓу Европската Унија и Република Македонија.³ Реализацијата на конкретната спогодба е предмет и на Програмата на Владата на Република Македонија⁴, со која се утврдува обврска за приближување на националното законодавство кон законодавството на Европската Унија. Во програмата, исто така, е утврдена и динамиката на усогласување на работното законодавството со директивите на Европската унија.

Во првата фаза, според Програмата на Владата, приоритетна обврска беше во работното законодавство да се инкорпорираат неколку

¹ Закон за работни односи “ Службен весник на Р.Македонија, бр. 62/2005.

² И покрај оваа карактеристика, Европскиот суд за правда заведе цврст став дека доколку директивата во определен рок не се имплементира во националното законодавство, таа има директно дејство. Со овој став, впрочем се продлабочува принципот на задолжителноста на Европското право и се зголемува ефикасноста на правниот систем на ЕУ.

³ Спогодбата е склучена во Луксембург на 9.04.2001 година.

⁴ Програма на Владата на Република Македонија од јуни 2006 година.

директиви. Тоа се: Директивата на Советот 75/117/ЕЕЗ од 10.02.1975 за примена на принципот на еднаква плата за мажите и жените, Директивата 76/207/ЕЕЗ од 09.02.1976 за примена на начелата на еднаков третман на мажот и жената во однос на пристапот на вработување, стручно оспособување и напредување и условите за работа, како и Директивата која претставува измена и дополнување на оваа Директива (2002/73) и Директивата 79/7/ЕЕЗ од 19.12.1978 година за прогресивна примена на принципот за еднаков третман на мажите и жените во областа на социјалната безбедност.

Покрај овие, во првата фаза на усогласување на работното законодавство, беа опфатени и следните директиви: Директивата 80/391/ЕЕЗ од 12.06.1989 - за безбедност и здравјето на работниците, Директивата 97/80/ЕЕЗ од 15.02.1997 - за обврски за докажување во случај на полово дискриминација и Директивата 92/58/ЕЕЗ - за мерки за подобрување на безбедноста и здравјето на бремените жени кои дојат.

Со нивното имплементирање во бројните Измени и дополнувања на Законот за работните односи⁵ од 1993 година, споменатите директиви станаа дел од работното законодавство на Република Македонија.

Следниот закон, Законот за работните односи од 2005 година ги презеде решенијата од претходниот закон, кои беа дел на тој закон, како резултат на веќе преземените Директиви на Европската Унија и продолжи со процесот на имплементирање на нови регулативи кои се дел од правниот систем на ЕУ во делот на работните односи. Впрочем и најавените последни Измени и дополнувања на законот се во насока да се имплементираат следните директиви: Директивата 88/2003, која се однесува на извесни аспекти на организирањето на работното време и Директивата 54/2006 за примена на принципот на еднакви можности и еднаков третман на мажи и жени во поглед на вработување и ангажирање.

⁵ Измени и дополнувања на Законот за работните односи, Службен весник на Република Македонија, бр. 25/2003; бр. 40/2003; бр. 50/2001 и бр. 3/2001.

Со аплицирањето за членство и добивањето статус на кандидат⁶, Република Македонија поинтезивно продолжи со активностите кои беа во насока да се хармонизира македонското законодавство со законодавството на Европската Унија, а во тој процес, посебно место зазема хармонизирањето на работното законодавство. Меѓутоа, мора да се истакне дека тој процес се уште трае. За успешно заокружување на истиот, Министерството за труд и социјална политика на Република Македонија отпочна со имплементација на посебен проект т.н. Твининг проект – “Преглед на националното трудово законодавство“, финансиран од Европската Унија, и при тоа, „ општата цел на проектот е да се даде поддршка на Земјата во јакнењето на пазарот на трудот и подготовката за прием во Европската Унија, како и да се помогне во прегледот и јакнењето на трудовото законодавство на Земјата во согласност со законодавството на ЕУ и со најдобрите практики на ЕУ.⁷

1. Конкретна усогласеност на Законот за работни односи со Директивите на Европската Унија

Законот за работните односи на Република Македонија е усогласен со следните директиви на Европската унија:

А) Директива за примена на принципот на еднаква плата за мажите и жените (75/117/ЕЕЗ од 1975 година)

Принципот според кој мажите и жените треба да примаат иста плата е содржан уште во Спогодбата за формирање на Европската економска заедница. Во неа е утврдено дека ”секоја држава-членка ја осигурува и практикува еднаквоста на заработувачката меѓу машките и женските работници за иста работа.”⁸ Еволуцијата на правото на Европската Унија во однос на прашањето на еднаквоста на половите има директни последици и во однос на прашањето за нивното награду-

⁶ Република Македонија доби статус на кандидат за членство во ЕУ на 11.10.2005.

⁷ Цељаљ Бајрами: Степенот на усогласеност на македонското законодавство со ЕУ Директивите во сферата на работните односи, „Правник“, бр. 200/08.

⁸ Спогодбата за формирање на Европската економска заедница од 25.03.1957, чл. 119.

вање. Прокламираното и општо утврдено начело на еднаква заработувачка, онака како што е нормирано во Договорот од Рим од 1957, претставува предмет на добработка на бројни акти донесени од меѓународните организации.⁹

Воспоставената норма (чл.119) од Спогодбата за формирање на Европската економска заедница, во третираната Директива, претставува интегрален дел во воспоставувањето и функционирањето на заедничкиот пазар, и при тоа, примарна одговорност на земјите членки е да обезбедат примена на овој принцип со помош на соодветни закони, регулативи и административни одредби.

Принципот за еднаква плата за мажите и жените подразбира дека наградувањето мора да се темели врз исти критериуми како за мажите така и за жените и да да ислучува секаков вид дискриминација за снована врз основа на полот.

Земјите членки на Заедницата, во своите национални законодавства, треба да внесат такви одредби кои што ќе овозможат на сите вработени, кои сметаат дека им е нанесена неправда при примена на принципот за еднаква плата, да ги остварат своите права преку покренување на соодветна судска постапка, на која и претходело обраќање до другите надлежни органи.

Понатаму, земјите членки треба да ги преземат сите неопходни мерки за заштита на вработените во постапката за престанок на работниот однос со отказ по волја на работодавачите, а по повод изјавена жалба за нарушување на принципот на еднаква плата.

Од земјите членки се бара, во согласност со своите национални услови и законски системи, да преземат неопходни мерки за обезбедување на примената на принципот на еднаквост на платата на мажите и жените. Тие, исто така, треба да обезбедат ефикасни средства за почитување на овој принцип.

⁹ За ова види:

- Конвенцијата бр.100 за “Еднакво наградување на машката и женската работна сила за работа од еднаква вредност,”
- Европската социјална повелба од 1961
- Декларацијата за отстранување на дискриминацијата спрема жените од 1976 год.

Што се однесува до поврзаноста на Директивата со нашето законодавство, во оваа пригода, можеме да констатираме дека нејзината содржина, во поголем дел, е имплементирана во Законот за работните односи, во другите посебни закони и во бројните колективни договори.

Од анализата на одредбите на Законот за работните односи со кои се имплементира споменатата Директива можеме да заклучиме дека тие не прават разлика во наградувањето меѓу мажите и жените-работници. Имено, Законот, во главата што се однесува на плаќањето на работата¹⁰ го употребува генеричкиот поим работник и воопшто не прави разлика по основ на полот. Како резултат на директната примена на споменатата Директива е и одредницата во законот, според која “работодавачот е должен за еднаква работа со еднакви барања на работното место да исплаќа еднаква плата на работниците без оглед на полот”¹¹. Понатаму, “одредбите на договорот за вработување, колективниот договор, односно општиот акт на работодавачот, кои се во спротивност со начелото на еднакво плаќање на мажи и жени, се ништовни”¹².

И на крајот, правната рамка е важен услов за обезбедување и примена на принципот за еднаква плата. Но, неговото обезбедување во практиката е посложен процес кој бара перманентно ангажирање и координирани активности на сите релевантни субјекти задолжени за спроведување на Законот и колективните договори.

Б. Директива за примена на начелата на еднаков третман на мажот и жената во однос на пристапот на вработување, стручно оспособување и напредување и условите за работа (76/207/ЕЕЗ од 1976), како и Директивата која претставува измена и дополнување на оваа Директива (2002/73)

Во Резолуцијата на Советот за социјалната акциона програма, оваа Директива е вклучена меѓу приоритетните акции со цел постигнување еднаквост на мажот и жената во однос на приодот кон вработување

¹⁰ За ова види: Закон за работните односи, глава VIII (Плаќање на работата), чл. 105–115.

¹¹ Закон за работните односи, чл. 108, ст. 1.

¹² За ова види: Закон за работните односи, чл. 108, ст. 2.

њето, обуката и напредувањето на работното место и работни услови, вклучувајќи ја и платата.

Почитувањето на принципот на еднаквост на мажот и жената во постапката за вработување, обука и напредување на работно место и други услови за работа претставува цел на Заедницата, во насока на хармонизирање на условите за живот и работа.

Со оваа Директива во земјите членки доследно и без исклучок треба да се спроведе принципот на еднаков третман на мажот и жената во постапката на вработувањето, вклучувајќи го и напредувањето и обуката на работното место.

Советот има усвоено одредби со кои се дефинира содржината, опфатот и начинот на примена на принципот за еднаков третман.

Принципот за еднаков третман значи дека е исклучен секаков вид дискриминација врз основа на пол, (директна ниту индиректна), и особено со оглед на брачниот или семеен статус.

Примената на принципот за еднаков третман значи дека нема да постои никаква дискриминација врз основа на пол, вклучувајќи ги и селективните критериуми, за пристап кон сите работни места или позиции, во било кој сектор или гранка на активност и кон сите нивоа на хиерархијата на занимања.

Принципот на еднаков третман се огледа и во условите за работа, вклучувајќи ги и условите при отпуштање од работа. Практичната реализација на овој принцип значи дека на мажот и жената им се гарантираат истите услови без дискриминација врз основа на полот.

Оваа Директива е имплементирана во повеќе одредби од Законот за работните односи. Директна последица од имплементацијата на оваа Директива е всушност одредбата во Законот за работните односи со која се забранува дискриминацијата. Имено, “работодавачот не смее барателот на вработување или работникот, да го става во нееднаква положба заради расата, бојата на кожата, полот, возраста, здравствената состојба, односно инвалидност, религиозното, политичко или друго убедување, членување во синдикатите, националното или социјалното потекло, статус на семејството, имотната состојба, половата насоченост или заради други лични околности”¹³.

¹³ Закон за работните односи, чл. 6, ст. 1.

Понатаму, “на жените и на мажите мораат да им бидат обезбедени еднакви можности и еднаков третман при вработувањето, напредувањето во работата, оспособувањето, образованието, преквалификацијата, платите, наградувањето, отсуството од работа, условите за работа, работното време и откажувањето на договорот за вработување”¹⁴.

И на крај, “дискриминацијата, во смисла на Законот за работните односи, е забранета во однос на:

- условите за вработување, вклучувајќи ги и критериумите и условите за избор на кандидати за вршење на определена работа, во која било гранка на дејности и на сите нивоа на професионална хиерархија;
- напредувањето во работата;
- пристапот до сите видови и степени на стручно оспособување, преквалификација и доквалификација;
- условите за работење и работа и сите права од работен однос и во врска со работниот однос, вклучувајќи и еднаквост на плати;
- откажувањето на договорот за работа и
- правата на членовите и дејствувањето во здруженијата на работниците и работодавачите или во која било друга професионална организација, вклучувајќи ги и повластиците кои произлегуваат од тоа членство”¹⁵.

Во насока на почитување на споменатата Директива, од Законот за работни односи го издвојуваме и членот со кој “ одредбите на колективните договори и договорите за вработување со кои се утврдува дискриминација на некој од основите утврдени со овој закон се ништовни.”¹⁶

В. Директива за прогресивна примена на принципот за еднаков третман на мажите и жените во областа на социјалната безбедност (79/7/ЕЕЗ од 1978 година)

Принципот на еднаков третман во сферата на социјалната безбедност треба да се примени во сите оние случаи кои што обезбедуваат

¹⁴ Закон за работните односи, чл. 6, ст. 2.

¹⁵ За ова види: Закон за работните односи, чл. 7, ст. 4.

¹⁶ За ова види: Закон за работните односи, чл. 7, ст. 5.

заштита од ризикот на болест, инвалидитет, старост, несреќа на работно место, професионални заболувања и невработеност и при социјална помош.

Во исто време, Директива предвидува прогресивна примена на полето на социјалното обезбедување и другите елементи на социјална заштита кои што ќе обезбедат примена на принципот за еднаков третман на мажите и жените во сферата на социјалното обезбедување, а особено во случај на:

- болест;
- инвалидитет;
- старост;
- несреќа на работа и професионални заболувања и
- невработеност.

Оваа Директива се однесува на работното население, вклучувајќи ги и самовработените лица, работниците и самовработените лица чија активност се прекинува поради болест, несреќа или недоброволно вработување и лицата кои бараат вработување, како и на пензионираниите или инвалидизираниите работници и самовработените лица

Оваа Директива нема предрасуди кон правото на земјата членка од својот опсег да го ислучи одредувањето на возраста за пензионирање со цел да се гарантира старосната и работната пензија и можните последици од неа, како и другите надоместоци. Истото се однесува и во однос на предноста на шемите за стекнување на старосната пензија што им се гарантираат на лицата кои одгледале деца и тн. Содржината на оваа Директива е поврзана со повеќе одредби од Законот за работните односи.

Г. Директива за сигурност и заштита на бремената работничка и работничка која се породила или дои (92/85/ЕЕЦ) и Директива за родителско право (96/34/ЕЦ од 1996 година)

Овие Директиви предвидуваат заштита на бремената работничка и на работничката која се породила или дои, како и заштита на родителското право. Правата предвидени со овие Директиви, во поголем дел, се имплементирани во постојниот Закон за работните односи.

Така, во Законот, во главата XII со наслов “посебната заштита”, среќаваме одредници со кои се регулира заштита на работниците поради бременост и родителство; забрана за вршење работа за време на бременост и по породувањето; посебна заштита за време на бременоста; отсуство од работа поради бременост, раѓање и родителство; користење на отсуство од работа за родителство од страна на татко или посвоител на дете и права на мајка доилка. Работниците поради бременост и родителство имаат право на посебна заштита во работниот однос. При тоа, работодавачот е должен на работниците да им овозможи полесно усогласување на семејните и професионалните обврски¹⁷. Понатаму, работничка за време на бременост, раѓање и родителство има право на платено отсуство од работа во траење од девет месеца непрекинато, а доколку роди повеќе деца одеднаш (близнаци, тројка и повеќе) една година¹⁸.

Новина во Законот, која произлегува од имплементацијата на Директивата за родителско право е одредбата, според која, доколку отсуството од работа за родителство утврдено со овој закон не го користи работничката, правото на отсуство од работа за родителство го користи таткото или посвоителот на детето¹⁹.

Имплементацијата на Директивата за сигурност и заштита на бремената работничка и работничка која се породила или дои во Законот за работни односи резултира со одредба со која се утврдува дека работничката која го дои детето и по изминувањето на отсуството поради бременост, раѓање и родителство, ќе започне да работи со полно работно време, има право на платена пауза во текот на работното време, во траење од еден ипол час дневно, во кое време се засметува и дневната пауза. Тоа право го има работничката до наполнета една година возраст на детето²⁰.

¹⁷ За ова види: Закон за работните односи, чл. 161, ст. 1 и 2.

¹⁸ За ова види: Закон за работните односи, чл. 165, ст. 1.

¹⁹ За ова види: Закон за работните односи, чл. 167.

²⁰ Закон за работните односи, чл. 171.

Резиме

Работното законодавство на Република Македонија минува низ две фази. Првата фаза отпочнува токму со донесувањето на првиот Законот за работните односи од 1993 година и трае до 2005 година. Законот за работните односи содржи норми со кои се гарантира слободата на пазарот и претприемништвото, и во кои плурализмот на сопственоста, организирањето на трудот и капиталот и политичкиот плурализам се негови основни карактеристики.

Законот за работни односи од 2005 година означува почеток на втората фаза во развојот на работното законодавство во Република Македонија и при тоа, во времето на неговото донесување се најавуваше како револуционерно и европски синхронизирано решение, кое ќе одговара на актуелните потреби на пазарот на трудот и современите текови во европските работни законодавства. Самиот процес на приближување на законодавството на Република Македонија, а со тоа и на работното законодавство со регулативите на Европската Унија започнува со склучување на Спогодбата за стабилизација и асоцијација помеѓу Европската Унија и Република Македонија. Реализацијата на конкретната спогодба е предмет и на Програмата на Владата на Република Македонија, со која се утврдува обврска за приближување на националното законодавство кон законодавството на Европската Унија.

Во првата фаза, според Програмата на Владата, приоритетна обврска беше во работното законодавство да се инкорпорираат неколку директиви. Тоа се: Директивата на Советот 75/117/ЕЕЗ од 10.02.1975, Директивата 76/207/ЕЕЗ од 09.02.1976 и Директивата 79/7/ЕЕЗ од 19.12.1978 година. Во програмата, исто така, е утврдена и динамиката на усогласување на работното законодавството со директивите на Европската унија.

Покрај овие, во првата фаза на усогласување на работното законодавство, беа опфатени и следните директиви: Директивата 80/391/ЕЕЗ од 12.06.1989 - за безбедност и здравјето на работниците, Директивата 97/80/ЕЕЗ од 15.02.1997 - за обврски за докажување во случај на полова дискриминација и Директивата 92/58/ЕЕЗ - за мерки за подобрување на безбедноста и здравјето на бремените жени кои дојат.

Најавените последни Измени и дополнувања на законот се во насока да се имплементираат следните директиви: Директивата 88/2003, која се однесува на извесни аспекти на организирањето на работното време и Директивата 54/2006 за примена на принципот на еднакви можности и еднаков третман на мажи и жени во поглед на вработување и ангажирање.

Prof. Todor Kalamatiev, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law “Justinian the First”

University “St. Cyril and Methodius“, Skopje

**LABOUR RELATIONS ACT OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA:
The Harmonization of Macedonian Labour Legislation with the EU law**

Summary

The labour legislation in the Republic of Macedonia has been going through two phases in its development. The first phase started by adopting the 1993 Labour Relations Act, which introduced a new system of labour relations and derogated the former legislation of SR Yugoslavia.

The 2005 Labour Relations Act marks the beginning of the second phase in the development of labour legislation in the Republic of Macedonia. At the time of adopting this act, it was announced as a revolutionary legal solution in full compliance with the EU standards, which could respond to the current needs of the labour market.

On 9th April 2001, the Republic of Macedonia and the European Union signed the Stabilization and Association Agreement in Luxembourg, which was another landmark in the process of drawing the Macedonian legislation (including the labour legislation) closer to the EU regulations. The implementation of the SA Agreement was presented in the Program laid down by the Government of the Republic of Macedonia in June 2002. This Program established the obligation of associating the national legislation with the EU legislation. The Program includes two phases.

In the first phase, the priority is the obligation to incorporate certain directives into the Macedonian labour legislation, including: the Council Directive no. 75 on the application of the principle of equal salaries for men and women; the Council Directive no. 76 on the application of the principle of equal treatment of men and women in the process of employment, professional training and improvement of working conditions; and the Council Directive no. 79 on the progressive application of the principle of equal treatment of men and women in the area of social security.

In the second phase of the Program incorporated three other directives: the Directive no. 80 on the workers' health and safety; the Council Directive no. 97 on the burden of providing evidence in case of discrimination based on sex; and Directive no. 92 on the measures for promoting safety and health of pregnant women and breastfeeding mothers. These Directives became a constituent part of the labour legislation by adopting the Amendments and Supplements to the 1993 Labour Relations Act.

The changes of the 2005 Labour Relations Act have also been a result of the need to improve the national legislation by incorporating some provisions of the European Social Charter and two other directives pertaining to the issues of non-discrimination in the process of employment. These are the Directive no. 88 of the European Parliament and the Council of 2003, on certain aspects of organizing the working time, and the Directive no. 54 of 2006 on the implementation of the principles of equal opportunity and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

Key words: *Labour Relations Act in the Republic of Macedonia, European legislation, harmonization process*

МОДЕЛ ИНФОРМАЦИОНО УМРЕЖЕНЕ УПРАВЕ

Апстракт:

Информатичка функција савремене државе доводи до схватања управног система, као "система обраде информација". Савремена сложена и динамичка друштвена стварност а с тим у вези продор информатичке технологије на готово свим пољима људске активности, намеће потребу за социјалном и технолошким иновацијом управе. Информатизација управе не значи само "технолошку трансформацију" управног система, већ она посредно доводи и до преображаја природе управе и њених концептуалних промена. Савремена информациона технологија захтева нови тзв. "информацијско-орјентисани" приступ јавној управи.

Да би задовољила друштвене потребе и задатке, савремена управа мора да буде иницијативна (покретач друштвених токова), висококвалификована, солидна, одговорна и ефикасна електронска мрежа јавних служби. Основна функција управе јесте заправо процесуирање и обрада информација. Од органа за принуду, чија је основна функција ауторитативно управљање путем власти и административних мера, савремена управа на глобалном плану функционише као информациона равнотежа снага ("informational balance of powers"), са циљем да обезбеди саветодавну и информациону макрокоординацију у сложеним друштвеним токовима.

Увођење е-Управе само је претходна фаза која указује на стварање новог модела јавне управе, који настаје након Веберовске бирократске управе и Новог јавног менаџмента (NPM) и назива се модел умрежене управе (Networking Governance).

Кључне речи:

информациона функција управе, е-Управа, Савремена мрежна управа

1. ЕЛЕКТРОНСКА ЈАВНА УПРАВА (E-Government)

1. Нове информационо комуникационе технологије, мобилни телефони, дигитална телевизија, нови медији и Интернет су феномени који мењају нашу свакодневну егзистенцију и истовремено трансформишу функционисање јавне управе као електронски систем умрежених управних служби. Коришћење компјутера и Интернета убрзано трансформише комуникацију (међусобне утицаје и односе) између грађана, приватног бизниса и Владе. ICT трансформише претходни модел јавне управе, који се означава као "Нови јавни менаџмент" у тзв. "Мрежну јавну управу" или модел умреженог управљања – "владања" (*Networking Governance*). Нови јавни менаџмент решио је проблем сарадње јавног и приватног сектора на принципима тржишта, конкуренције, квалитета услуга и ефикасности и грађана као клијената државе. Поларизација приватног и јавног управљања решена је Новим јавним менаџментом њиховом симбиозом али у корист економских неолибералних принципа приватног бизниса. Иако се у почетку чинило да се суштинска дилема западног ("капиталистичког") управног система решила путем удруживања јавне управе на објективним економским принципима, убрзо се показало да филозофија управљања има много сложенији проблем. Друштво се у међувремену толико променило захваљујући новој информационо комуникационој технологији да је управљање морало да се прилагоди комплексним проблемима новог електронски умреженог социјалног амбијента.

У умреженој управи ауторитет и извор информација извиру из констелације чворишта расутих по целом друштву, које се структурално манифестује као мрежа. Легитимитет управљања јавне власти базира се на успешности оптималне конфигурације тих чворишта да остваре јавну корист ("*Public Value*").

Наш позитиван став да их прихватимо и омогућимо да оне имају активну улогу, детерминисаће наш просперитет, посао, економију и квалитет живота. ИЦТ су средство на путу трансформације једног социјалног система – *service society*, у други – *information society*.¹ Елек-

¹ Н. Ј. Scholl, *E- Government: A Special Case of ICT-enabled Business Process Change*,

тронска влада је мост на путу тог процеса. Већина влада данас у свету дистрибуирају информације путем веб страна, изграђују своје дигиталне базе података и пружају одређене услуге он-лине путем. Е-управа замењује Интернетом све што је до сада било у папирној форми, од централизоване базе података, матичних књига до плаћања пореза, а што ће грађанима уштедети време и новац. Информационе технологије базиране на Интернету треба да омогуће грађанима приступ ка информацијама и управним службама али и за остварење других сврха. Задатак електронске – безпапирнате управе није да створи нови имиџ о себи или код својих корисника, већ да користи свима.²

Електронска управа (*electronic Government*) је социјално информациони управно правни систем који користи веб апликације засноване на Интернету³ и друге информационе технологије повезане са процедурама које омогућавају примену тих технологија, којима се олакшава приступ и испорука информација и управних служби грађанима ("*citizen-centric Government information and services*"), агенцијама и разним владиним органима. Симбиоза управе и ICT-а није проста информатизација управног система већ представља нешто квалитативно ново, трансформацију реалног управног апарата у виртуелни управни систем, што га чини економичним, ефикасним и ефективним сервисом.⁴

Електронска управа је концепција која се састоји у употреби *информационе и комуникационе технологије* (ICT) у свим активностима јавне и политичке управе. Тиме се јавна управа (*Public Administration*) трансформише (редефинише) у службу за потребе грађана (*Civil Service*) али у информационом (виртуелном) смислу. Информациона и комуникациона технологија (ICT) се екстензивно користи у процесу пружања

Proceedings of the 36th Hawaii International Conference on System Sciences, 2003.

² С. Лилић, М. Марковић, П. Димитријевић, *Наука о управљању са елементима правне информатике*, Београд, 2001.

³ Интернет долази од појма међумрежа ("*inter-networking*") где су више компјутерских мрежа повезане заједно. Преко Интернета се одвија бизнис арена, електронска пошта (*e-mail*), трансфер фајлова и чатовање (*chat rooms*), док се трговина и поуздани проток информација одвија посредством глобалне светске мреже (*World Wide Web - www*).

⁴ "E-Government Act of 2002" Public Law 107–347, 107th Congress. Dec. 17, 2002.

жања информација са циљем да се понуде јавне услуге на административном и политичком нивоу. ИЦТ је средство у процесирању информација електронским путем и то помоћу Интернет (*Hyperlink*) технологије. Она је неопходан услов за функционисање е-Владе, која је у служби грађана, економије и политике.

Електронска влада постоји у готово свим развијеним земљама широм света (САД, Канада, Јапан, Аустралија, Нови Зеланд, Финска, Немачка, Велика Британија, Аустрија итд.). Она може да има у свакој земљи (на федералном, државном и локалном нивоу) и посебне називе ("*Help*" *Government*, *Vienn@eGovernment*⁵), зависно од имена града, односно државе. Електронска влада је створена, у непрекидном је и веома брзом развоју⁶. У својој визији развоја електронске владе треба да буду повезане од локалних до државних и федералне а одатле, са е-Европом. Електронска влада треба да обезбеди ефикасан пут савремене државе и јавне управе у 21. век (*regulated state - service state - information state*). Због тога је е-Говернмент кључни део стратегије развоја савремених политичких система.

Стварање е-Владе састоји се у примени средстава савремене информационе и комуникационе технологије (ICT) у функционисању јавне управе у целини (државне и локалне управе и јавних служби) а тиме у њеној модернизацији, повећању ефикасности, поједностављењу управних процедура и иновативној примени Интернета ("глобалног" и "локалног") у јавној управи. Стварање Електронске владе је саставни део реформе јавне управе и редефинисања суштинске улоге савремене државе. Концепт е-Владе је тесно повезан са ширим концепцијама *New Public Management*, *Link Concept* итд, које треба да обезбеде нови квалитет у управљању сложеним социјалним окружењем, посебно економским процесима који избијају у први план.

ICT доводи до стварања *Window* Владе или кибернетске управе, засноване на Интернету и других информационих технологија, коју

⁵ Erwin Götzl, *City of Vienna, Vienn-eGovernment*, VAB International 2001.

⁶ Најопштије постоје две фазе у развоју е-Владе. Прва је да ICT омогућава корисницима само преглед (*overview*) поступака, процеса, информација итд. и друга је директан рад корисника у систему, посредством Интернета.

грађани користе појединачно купујући информације и услуге преко јавних позивних центара - терминала (*Single Window Government & One Stop Shopping*), затим информационог шеринга, моћне мреже (*Net*), електронске поште и електронских захтева за сва одељења, електронског складиштења (сторнирања) и понуде административних података, одржавања и ажурурања (база) података за административна одељења, непрекинутог радног тока (*work flow*), процесирања информација за новац, информационе компатибилности грађана и медија, логички повезиваног директног (*on line*) постављања питања и захтева, јавних терминала са дигиталном технологијом итд.

Информационе и комуникационе технологије добијају главну улогу у задовољавању потреба грађана. Грађани желе да уживају у једноставним, лаганим, модерним и сигурним (поузданим) службама. Они желе да буду добро информисани и да учествују, а не да се њима администрира.

Тиме се постиже један парадокс да јавна управа добија људски лик (*human face*) уз помоћ информационе технологије (ИТ) – вештачке интелигенције. На тај парадокс надовезује се реална чињеница да е-Влада функционише тако што се лични контакти своде на минимум, заправо гасе се електронском комуникацијом. Тако концепт е-Владе, са аспекта филозофије државе и права, јесте контрадикторни концепт, који као такав и може да опстане са циљем да се савлада ентропија и обезбеди ефикасан "*work flow*" у области администрације, економије и политике.

Врховни принципи е-Владе су: да информације и услуге морају бити доступне свима без личних привилегија с тим да информациона активност е-Владе подразумева и зоне заштићених информација, да је е-Влада информатичка интеракција корисника (грађана) и администрације и да се она налази под сталним надзором (пажњом) правних средстава.

Електронска управа представља коришћење погодности ИСТ-а, пре свега Интернета у циљу интегрисане доступности информација и услуга грађанима и бизнису али и другим корисницима од стране ад-

министрације.⁷ Е-управа допушта приступ високо квалитетним управним информацијама и сервисима путем мулти каналног приступа. Е-Говернемент води поједностављењу процедура и снижавању трошкова и државне управе и корисника њених услуга као и повећању ефикасности. Електронска управа је комплексан појам и данас се може се рашчланити на неке нове делове односно термине: *e-Procurement* (јавне набавке), *e-Organization* (интерни менаџмент администрације) и *e-Assistance/ e-Administration/ e-Democracy* (пружање информација и услуга корисницима).

2. Разлози (аргументи, циљеви) за увођење електронске владе су веома бројни. Главни стратешки циљеви е-Владе су задовољење потреба и очекивања грађана, пословног света и економска ефикасност.

Е-Управа значи употребу информационо комуникационих технологија, а нарочито употребу Интернета као инструмената за постизање "добре управе". Општи циљ е-Управе је "добра управа" као "добра пракса" за даљи развој. Добра управа треба да омогући лакшу, јефтинију, транспарентнију интеракцију између владе и грађана, владе и компанија, самих владиних агенција. Термин "добра управа"⁸ подразумева постизање *ефикасности* бирократије, односно оптимизовање рада управе на начин да се сачувају права грађана. Добра управа данас функционише преко умрежених правних база података, односно *аутоматизоване администрације* што представља суштину е-управе. Циљ боље управе унапређења пружања услуга грађанима, тако што ће грађани што више административних процедура убудуће обављати путем Интернета, што би искључило чекање и уштедело време. Постоји схватање да је "јавна корист" коначни циљ "око којег се конфигуришу мреже у умреженом облику владања".⁹

Из овог општег циља могу се извућу три основна циља: а) све интеракције између привреде и управе треба да се одвијају електрон-

⁷ Предраг Димитријевић, *Електронска влада*, Правни живот, Београд, бр. 9/2001, *Право информационе технологије*, Свен, Ниш, 2009.

⁸ Марко Давинић, *Појам лоше управе*, Правни живот, 10/2008, стр. 717.

⁹ G. Kelly, G. Mulgan, S. Muers, *Creating Public Value: an Analytical Framework for Public Service Reform*, Cabinet Office Strategy Unit, 2002.

ски, б) управе међусобно комуницирају и сарађују електронски и в) грађани имају могућност да електронским путем обаве све своје послове са управом.

Конкретни циљеви е-Владе су:

- ефикасност и ефективност рада али и безбедност система јавне управе на свим нивоима,
- јавни е-сервиси морају бити доступни свим грађанима без било какве дискриминације,
- информационо и комуникацион технологија као услов (*sine qua non*) економског развоја и конкурентности,
- смањење непосредних контаката управе са инвеститорима, привредом и грађанима, "ослобађање" економског развоја, олакшавање "бизниса" (економских послова),
- редефинисање улоге јавне управе у економском развоју али и у функцији заштите права и интереса грађана,
- квалитативне промене у пружању јавних услуга: смањење цена, подизање квалитета и брзине, "ослобађање" јавних услуга,
- брже и потпуније задовољење потреба грађана,
- прикупљање, ажурирање и достављање информација за потребе корисника помоћу ИСТ,
- енергизирање административних процедура за добијање разних дозвола, одобрења, сагласности, јавних исправа и др. (изузетно кратки рокови),
- стварно учествовање грађана у управној делатности и процесима одлучивања о јавним пословима за које су непосредно заинтересовани,
- приступачност управе корисницима,
- флексибилна и ефикаснија организација јавне управе, интеграција непотребних организационих нивоа, смањење организационих међустепена, стварање "холдинг структуре" јавне управе¹⁰, организовање јавне управе у функцији е-Владе и ИСТ,

¹⁰ Економска функција јавне управе постаје толико доминантна да она повратно

- смањење броја службеника јавне управе,
- контрола у управљању променама, људским (кадровима) и другим ресурсима,
- квалитет у процесу доношења и извршења аката управе и политичких одлука.

3. Анализа активности (функција) е-Управе показује да је она практична, транспарентна, са високим степеном убрзања, интерактивна за грађане и привредне субјекте а укључује економску и политичку функцију (е-демократија)¹¹. Постоје неколико нивоа интеракције е-управе и корисника, и то: најнижи ниво су информације, затим интеракције и трансакције. У оквиру нивоа информација е-управа пружа својим корисницима најпре опште, а затим посебне информације, у нивоу интеракције имамо е-маил и форум за дискусију и највиши ниво је трансакција, која обухвата трансакцију без помоћи са стране и индивидуалне трансакције.¹²

У функционалном смислу е-Управа је усмерена на три сфере: према грађанима (Г2Ц), према правним лицима и компанијама (Г2Б) и међусобна интеракција између самих државних органа (Г2Г).¹³

утиче на организацијону структуру јавне управе (нпр. увођење управних агенција започиње и доминира у оном делу јавне управе који је тесно повезан са економијом). У том смислу и постоји "холдинг оријентација" у структури јавне управе, захтев да се јавна управа организује по моделу мултинационалних компанија итд.

¹¹ Е-демократија садржи неколико могућности: гласање и избор, електронско потписивање референдума и грађанских иницијатива, политичке информације преко интернета и др. Позитивне стране е-гласања су: лакше учешће, могуће повећање учешћа грађана, могућност да се сазна више о разлозима за гласање. Негативне стране (ризици и изазови) су: негативан утицај на формирање мишљења због бржих процеса, повећање дигиталне поделе у вези са политичком партиципацијом, блокирање законодавних процеса због великог броја иницијатива и референдума, злоупотреба технологије. Тиме се отвара питање е-демократије и политичких права. **Дејан Вучетић**, *О савременој тенденцији информатичко-технолошке реформе изборног поступка*, Хуманитас - свеска за друштвене науке, 1-2/2003, стр. 58.

¹² **Велимир Сотировић-Бранислав Егић**, *Правна информатика*, Нови Сад, 2008, стр. 125.

¹³ **Драган Прља**, *Електронска управа као подручје примене правне информатике*, Правни факултет Универзитета у Београду, www.прља.инфо

Електронска јавна управа је пре свега у функцији убрзања *економског развоја* што је општи и заједнички интерес. Она опслужује економију. Бизнис постојање и функционисање е-Владе схвата као добитак (предност). Е-јавна управа се уважава, консултује и сама представља као професионални партнер према пословном свету (економији). Она је у стању да неопходне активности са своје стране у економским пословима предузме брзо и ефективно. Захтевани економски процеси одвијају се непрекидно и са минимумом ресурса (економично) јер е-Влада економске услуге пружа Интернет технологијом. Сервиси који се пружају правним лицима су: регистрација фирми и промене у фирмама, достављање статистичких података, порез на добит предузећа, социјални додаци за запослене, обрачун ПДВ-а, дозволе које се односе на животну средину, царинење и царинске декларације, е-Јавне набавке, јавни позиви за тендере.

Електронска Управа је са аспекта грађана "кориснички оријентисана" (*customer-oriented*). Она треба да обезбеди брже и потпуније *задовољење потреба грађана*. Интерактивне службе засноване на ICT, које пружајући информације помажу грађанима у свим областима живота.¹⁴ Информационе и комуникационе технологије (ICT) омогућавају грађанима и представницима пословног света лако и брзо добијање разних дозвола и праћење и учествовање у административним процедурама. За добијање разних информација грађани користе локални Интернет.

¹⁴ У свакодневне (*day to day*) информационе (комуникационе и интеракционе) активности Е-Владе спадају: локација адреси, кружни путеви, мапе, локације болница, слободно време, породица (пријављивање за обданишта и чување деце), образовање (пријављивање за "програме" вишег и високог образовање, нпр. музичке школе, модне колеџе), здравље, саобраћај и транспорт, економија (*electronic business*, трансакције), туризам, становање (контрола листе чекања за решавање стамбеног питања, агенције за становање, пријављивање за старачке домове), понуда посла-запослење, медији (поруџбине новина и часописа), култура (пријављивање за спортове, игре и фестивале), итд.

Информационе, (комуникационе и интеракционе) активности које се односе на *политичку партиципацију* су: разни програми и нацрти закона, буџет и завршни рачуни, годишња процена вредности услуга на локалном и централном нивоу, сатница политичких контаката (заказивање састанака са политичарима, пријављивање за гласачку карту, електронска пошта тзв. *e-mailing* са политичарима итд.), Интернет пренос уживо локалних седница скупштине, итд.

Електронска управа нуди грађанима модерне и компетентне службе које се користе на лаган и једноставан начин. Грађани ће осетити не само да су веома добро управљани, већ да су добро информисани и да учествују. Е-сервиси који се пружају грађанима: изводи из матичних књига рођених, венчаних, умрлих, пријава промене пребивалишта, лични документи, тражење запослења, пријаве годишњег пореза на доходак грађана, нађене и изгубљене ствари, накнаде социјалне заштите, регистрације возила и одјава возила, грађевинске дозволе, пријаве полицији, пореска пријава/захтев за продужење рока, услуге у здравству, уписи на високо образовање, јавне библиотеке, приступ законодавству, контакт, информације, преглед, итд.

Електронска јавна управа је *транспарентна*. Она даје комплетан преглед за своје кориснике. У том циљу постоји примена веб сервиса за потребе општинске самоуправе. Јавна управа није више "црна кутија" (*black box*). Ради се, практично, о некој врсти електронске писарнице, где се електронски прати кретање «предмета» и омогућује знатно ефикасније управљање.

Она омогућава да грађани и бизнисмени максимално сагледају унутрашњи ток административних процедура, да се појача поверење између грађана и локалне администрације и најзад грађани имају прилику да делимично преузму одговорност за контролу квалитета процедура с обзиром на услуге које им се пружају. То значи да се њене активности (функције) лакше контролишу и усавршавају.

Електронска јавна управа је интерно *интерактивна* (односи између федералне, државне, локалне управе и јавног сектора) а екстерно *отворена за комуникацију* са грађанима. Она је и екстерно интерактивна јер не само да пружа услуге грађанима већ и од њих захтева разне претходне и повратне информације и оцене (*feed back from the citizens*). Електронска управа подразумева размену докумената у електронској форми између органа државне управе. Циљ је да се смање трошкови папира и његовог складиштења и да се убрза функционисање државне управе.

Многи централни послови остају у самосталној одговорности/надлежности јавне управе. Неки задаци јавне управе могу бити

обављени од стране појединаца или приватних асоцијација (организација и удружења). Грађанима се *преносе и поверавају* послови и задаци управе. Грађани учествују у одлучивању и процесима планирања нарочито у сфери комуналних послова, при чему су они иницирани локалном управом или политичким странкама. То доводи до поделе одговорности између управе и њених грађана нарочито у области комуналних послова и до очувања ресурса у јавној управи (финансијска средстава).

Једна од идеја на којој се заснива концепт е-Владе је максимално задовољавање актуелних потреба грађана и њено директно укључивање у различите ситуације и проблеме са којима људи живе. Ова функције е-Владе се може означити као *пресецање солуција у индивидуалним животним ситуацијама (Solutions Cut to Individual Situations in Life)*, односно олакшавање избора грађанима. Грађанима се нуде солуције за индивидуалне и селективне животне ситуације као што су: пресељење или започињање сопственог бизниса, уз истовремено пружање информација о многим јавним и приватним службама посредницима (*services providers*) за склапање послова везаних за потребе грађана и могућношћу да се они и лично контактирају. Ову функцију е-Влада остварује помоћу ICT, односно локалног Интернета.

Према томе, основна мета у визији Е-Владе јесу селективне животне ситуације ("епизоде") и брига о корисницима (нпр. рођење, деца од 0 до 2 год., деца од 2 до 6 год., образовање и тренинг, брак, налажење стана и пресељење, породица-специјалне ситуације, жене-специјалне ситуације, финансијска помоћ, избори и директна демократија, јавни и приватни транспорт, возачке дозволе, пасоши, личне карте, бизнис и индустрија, здравствена заштита и лица са специјалним потребама (осигурање), старији грађани, слободно време и спортови, специјални пројекти).

Томе је прилагођено и радно време е-Владе од 7 до 24 уместо службеног радног времена које је временски ограничавало пружање административних услуга. За јавну управу не постоје више ограничења у простору, времену и организацији. Према томе, оно што нуди Е-упра-

ва су: информација, комуникација, интеракција, службени контакти¹⁵, политичка партиципација, а све то из дана у дан и засновано на ИСТ.

2. ИНФОРМАЦИОНА ФУНКЦИЈА УПРАВЕ

1. Информациона функција савремене државе доводи до схватања државног система управљања, као "система обраде информација".¹⁶ Наиме, савремени и ефикасни државни системи функцију управљања (социјалне регулације) сложеним друштвеним односима морају утемељити на познавању бројних и променљивих информација. Државно управљање, а то значи доношење адекватних одлука и старање о њиховим извршењу, мора бити засновано на све већем броју информација о циљевима (аксиолошке), о стварном стању (фактичке), о методама реализације циљева (методолошке), о правним оквирима и могућностима (нормативне), као и информација о стварним ефектима донетих одлука (повратне или корективне информације).

Најзад, без обзира на ниво и облик управног одлучивања (општа или конкретна одлука), свака управна одлука је релевантна информација за њене адресате, па је као такву треба унети у одговарајућу базу података. Целокупни процес информационе припреме управних одлука, њихово праћење и третирање као информација, поткрепљује идеју да се управа и управљање све више схватају као трајни процес непрекидног протока информација, као социјална "терапија" са могућим корекцијама, а у склопу функционисања глобалног друштвеног система.

Информатизација управе налази своју примену у две области. Најпре, ИСТ служи за прикупљање, чување, претраживање, обраду и дисеминацију различитих података (правних, чињеничних, методоло-

¹⁵ Комуникација и интеракционе активности које се односе на *службене контакте* обухватају: пријављивање кварова и незгода, захтеви за издржавање, регистрација дозвола за псе, заказивање састанака са градским службеницима, он лине регистар за жалбе, тужбе, приговоре, представке и друге захтеве и сугестије грађана које се односе на сва одељења, регистрација процедура грађевинских и трговачких дозвола, електронско плаћање (*e-Payment*) за услуге комуналних служби, регистрација пребивалишта и боравишта, итд.

¹⁶ **N. Luhmann**, *Teorija sistema – svrhovitosti i racionalnost*, Zagreb, 1981, стр. 82, 216.

шких). ИСТ припремањем релевантне информационе подлоге, функционише као помоћно средство, помажући управи у бржем, потпунијем и тачнијем одлучивању. Међутим, информатичка технологија омогућава да се учини "корак даље", односно да се на основу прикупљених података изврши њихова програмирана обрада, која резултира одговарајућом аутоматском одлуком.

Одлучивање се састоји било у "предлагању" акта у једнозначној или алтернативној форми, било у "самосталном" одлучивању. Реч је о "интелигентним" информационим системима, тзв. експертним системима.¹⁷ У многим земљама у потпуности је аутоматизован процес израде многих одлука у области јавне управе, нарочито у области финансијске администрације, фискалне делатности, и то при комплетној обради пореских пријава, израчунавању пореза и издавању решења, као и при ефикасној фискалној контроли пореских обвезника и глобалној буџетској контроли. Аутоматизација одлучивања присутна је и у другим областима (пензијско и друге врсте осигурања и ренти, аутоматизована обрада многих једноставнијих дисциплинских, прекршајних и управних ствари). Затим, аутоматско издавање бројних потврда, уверења, сертификата и других исправа из службених евиденција (персонални и катастарски регистри, стамбене банке и слично). Значајни резултати у информатизацији управе учињени су и у области статистике, судске администрације и канцеларијског пословања, што све указује на, практично, неограничене перспективе процеса информатизације управе.

С друге стране, рачунарима се може прикупити комплексни чињенични материјал на коме се темељи одлучивање (информације о друштвеним процесима и односима, статистички показатељи и предвиђања, мишљења извршних и других стручних управних тела и комисија, као и евентуалне примедбе управне теорије и праксе). Међутим, све операције које је могуће изводити помоћу рачунара имају претходну и припремну функцију.

При доношењу глобалних и апстрактних одлука рачунари нису у стању да обаве процес "одлучивања", већ само да га припреме. То исто

¹⁷ Д. Николић, *Право информација*, Нови Сад, 1990. стр. 101.

важи и када је у питању доношење многих конкретних одлука. Само у једноставним конкретним случајевима који се често понављају, у којима су присутне претежно калкулативне операције, где је чињенично стање опште познато, неспорно, где не постоје посебне олакшавајуће или отежавајуће околности, где нема потребе за тумачењем норми, или нема места дискреционом одлучивању, или, пак, где постоји објективна одговорност, рачунари би били у могућности да програмирано и одлучују.

Аутоматизација рутинских и репетитивних послова обавља се у масовним и типичним стварима, код којих нема потребе за креативном активношћу у њиховом свакодневном обављању. Информатизација и аутоматизација тако отвара перспективу ослобађања управе од претрпаности рутинским пословима (дописивање, књиговодство, архивирање, разне евиденције, издавање потврда и неких управних аката), а који се са сталним ширењем подручја управне делатности несразмерно увећавају. Реч је о процесу растеређивања људи од рутинских послова аутоматизацијом рутине.¹⁸ Истраживања су показала да је готово 50% свих административно канцеларијских послова могуће аутоматизовати, при чему се у појединим високоинформатизованим управним системима (на пример, јапанска локална управа) степен аутоматизације ових послова пење на 90%.

Савремена управа све више постаје један високотехницизирани систем. Да би повећала ефикасност и продуктивност своје хетерогене активности, управа се нужно мора ослањати на информациону и телекомуникациону технологију. Циљ ових процеса је да се рационалност и ефикасност управних система приближи ефикасности економских система, па се с тим у вези уочава тенденција "конвергенције" ових система.¹⁹ Информатизација омогућава потпунију оријентацију управе на своје битне функције, односно она иде у корист стручних, садржајних и сложених управних послова. Зато се с правом тврди да је управа увође-

¹⁸ **Е. Пушић**, *Управни системи I*, Zagreb, 1985, стр. 500.

¹⁹ **С. Лилић**, *Савремена управа, правна држава и информатичка технологија*, Општина, Београд, 9/12, 1989, стр. 36.

њем савремене технологије нашла своју природну методу рада без које она не може достићи своју пуну друштвену ефикасност.

Увођење савремене технологије у област управе, чији је циљ стварање ефикаснијих, рационалнијих и јефтинијих метода рада који ће одговорити захтевима модерног времена, доводи до промене досадашњег модела управе. Класични концепт управе садржан је у идеји да су власт и управа повезани по самој својој дефиницији. Управа је "кичмени стуб" државе, апарат власти који формално поступа на основу закона и прописа. Такво схватање своди управу на "правом регулисану принуду".²⁰

2. Савремена сложена и динамичка друштвена стварност и с тим у вези продор ИСТ на свим пољима људске активности намеће потребу за социјалном и технолошком иновацијом савремене управе. Сваки пројект структуралне трансформације управе мора поћи од модела услужно оријентисане јавне управе као своје концептуалне основе. Адаптирање управе у информатичком друштву пре свега значи увођење информационе и телекомуникационе технологије. Међутим, увођење ИСТ не мења само техничко - технолошке услове рада управе. Информатизација управе не значи само "технолошку трансформацију" управног система већ она посредно доводи до преображаја метода рада (виртуелна, *on line* комуникација, без ограничења радног времена, итд.), организације рада (без хијерархије, са директним бежичним приступом разним порталима, административним апликацијама и сл.), а тиме и физиономије јавне управе и њених концептуалних промена. ИСТ захтева нови тзв. "информацијско-оријентисани" приступ јавној управи као облик интеракције и узајамног прилагођавања како саме технологије, тако и јавне управе.²¹

Да би задовољила друштвене потребе и задатке, савремена управа мора да буде иницијативна (покретач друштвених токова), висококвалификована, солидна, одговорна и ефикасна "мрежа админи-

²⁰ А. И. Денисов, *Основи марксистичко-лењинистичке теорије државе и права*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1949, стр. 165.

²¹ G. Trpin, *Smeri razvoja sodobnih upravnih sistemov*, Vestnik Inštituta za Javno upravo, Ljubljana, 1-2/1989, str. 5.

стративних служби",²² која ће пружати информациону подршку и вршити саветодавну информациону функцију, како у контакту са грађанима, тако и у односу на државне и недржавне подсистеме. Једна од њених основних функција постаје активност "процесирања" података и информација. Од органа за принуду, чија је основна функција ауторитативно управљање путем власти, административних мера и реалне репресије, савремена управа на глобалном плану функционише као информациона равнотежа снага ("informational balance of powers"),²³ са циљем да обезбеди саветодавну и информациону макрокоординацију у сложеним друштвеним токовима²⁴ али и у сваком конкретном социјалном информационом систему.

Информатичка функција савремене државе доводи до схватања јавне управе, као "система обраде информација". Савремена управа постаје управа врхунских експерата са великим овлашћењима за управљање и координацију, али и за преображај сложених друштвених процеса и односа. Претпоставка савремене државе и економије постаје тзв. "проспективна управа", "нова јавна управа", "big service - undertaking" и слично.²⁵

Управа данас не служи за вршење политичке власти и социјалну репресију већ има нови приступ управљању социјалним процесима у виду тзв. социјалне регулације. "Социјална регулација не приступа управљању друштвеним процесима као 'владање људима', већ као комуникационом процесу легитимног интересног утицаја на понашање људи према унапред постављеним критеријумима, а са циљем неутралисања негативних ефеката неизвесности (контингентности) која про-

²² **Е. Пушић**, *Управни системи I*, Загреб, 1985, стр. 501.

²³ **С. Еберле**, *New Technologies in Public Administration - Legal and Organizational Framework in the Federal Republic of Germany, Proceedings of Conference on New Technologies in Public Administration: Socio-economic aspects from an Interdisciplinary Viewpoint*, Загреб, 1987, стр. 10.

²⁴ **С. Лилић**, *Ефикасна управа - претпоставка савремене економије и државе*, Марксистичка мисао, Београд, 6/1988, стр. 232.

²⁵ **Л. Сфец**, *L'administration prospective*, Paris, 1970, стр. 208, **Д. Валдо**, *The Enterprise of Public Administration*, Chandler, 1980, стр. 143.

изилази из могућег нелегитимног понашања других људи у друштвеној интеграцији".²⁶

Модел управе као "процес легитимног утицаја на понашање људи према унапред постављеним стандардима" није систем који се може увести одједном, нити једном за свагда, већ је својеврстан "идеал", коме се сталним настојањем и домишљаотошћу можемо једино приближити.²⁷ То је посао који је по свом значењу, Јерингова "Борба за право", чији је циљ јачање одговорности управе и ефикасно остваривање субјективних јавних права.

У технолошки развијеним земљама редизајниране су процедуре остваривања права и дужности грађана, тако да се сви ти сервиси могу добити са рачунара грађанина. То подразумева да грађани преко рачунара могу да затраже и добију: уверења и потврде које издају органи управе, плате порез, комуналне услуге или казне и прикупе све потребне информације од управе. Све ове апликације захтевају стално одржавање и усавршавање пројеката е-управе, сагласно новим захтевима и новијим техничким могућностима. Истовремено, у најразвијенијим земљама пројекат е-управе се наставља са развојем апликација за е-демократију која отвара грађанима могућности свакодневног комуницирања са представницима власти, консултовања, анкетирања, гласања и сл. Међутим, увођење е-Управе само је претходна фаза која указује на стварање новог модела јавне управе, који настаје након Веберовске бирократске управе и Новог јавног менаџмента (NPM) и назива се модел умрежене управе (*Networking Governance*).²⁸

²⁶ С. Лилић, *Социо-технолошки комплекс „управљање-владање“ и социјална регулација*, *Анали Правног факултета у Београду*, 2-3/1992, стр.79.

²⁷ Стеван Лилић, *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 19, *Управно право и управно процесно право*, Службени гласник, Београд, 2008.

²⁸ Велимир Сотировић-Бранислав Егић, *Правна информатика*, Нови Сад, 2008, стр. 111.

3. УМРЕЖЕНА ЈАВНА УПРАВА (*Networking Governance*)

Одавно је напуштен класични ауторитативни (наредбодавни) модел управе као апарат власти.²⁹ Савремена јавна управа је сервис, "служба" која сарађује са странкама у процесу корпоративног управљања. Управа све више води рачуна о ефикасности, рационалности и економичности свога рада и правичности поступања према грађанима ("административна правда"), чиме они од поданика постају њени "партнери". Уместо бирократизоване и хијерархијски организоване администрације, која је била затворена, окренута сама себи и орјентисана ка својој "унутрашњој динамици", на сцену ступа административна држава као ефикасан умрежени информациони систем, који у пружању различитих услуга и виртуелној комуникацији са грађанима, мора да обезбеди одређени квалитет услуга.³⁰ Савремена јавна управа има изразито екстерну димензију јер је усмерена ка спољним ефектима своје функције. Она у организационом смислу уместо *Weberovske* хијерархије или тржишта *New Public managementa*, као организациону форму успоставља или боље рећи идентификује "мрежу". Јавна управа свој рад заснива на мрежама као организационом облику а њено управљање има карактер умреженог владања у смислу управљања.³¹

Модел умрежене јавне управе одражава информатичку реалност а ова комплексност друштвених односа и процеса. Мреже управљања се осажују на постојеће мреже у друштву. Све то је имало за последицу промену организације управе. Хијерархијска организациона шема је фактички превазиђена и неупотребљива са аспекта ефикасног и рационалног управљања социјалним системом.

Мрежа као феномен се може дефинисати као мрежа комуникационих канала али не само канала већ и тачака, средишта одлучивања. Тако се комуникациона мрежа приближава појму кибернетског систе-

²⁹ С. Лилић, *Полазни основи структуралне трансформације управног система*, Правни живот, Београд, 1-2/1991, стр. 120.

³⁰ Г. Трпн, *Vpliv razvoj tehnologije na javno upravo*, Vestnik Inštituta za javno upravo, Ljubljana, 3-4/1987, стр. 149.

³¹ Велимир Сотировић-Бранислав Егић, *Правна информатика*, Нови Сад, 2008, стр. 111.

ма (модела) а овај се даље везује за управни систем (модел). Због тога многи аутори инсистирају да се под мрежом подразумева само мрежа комуникационих канала.³² Сами канали могу се поделити на вертикалне и хоризонталне канале али постоје и друге поделе.³³ Комуникациона мрежа може бити успостављена формалном организационом структуром али и настати путем неформалне интеракције (неформални канали). Мреже могу бити отворене али и са ограниченим комуникационим могућностима (приступом) па се на том основу може мерити фреквенција употребе канала. Фреквентност (пропустљивост) канала у мрежи у директној је вези са ефикасношћу мреже.

Умрежена јавна управа може се као теоријски модел посматрати са организационог и функционалног аспекта, иако су оба синтетички повезана. У организационом смислу јавна управа манифестује као мрежа. Мрежа је сложена, отворена и интерактивна међузависна структура. За разлику од једноставних односа у којима учествују две, три стране, у мрежним односима утицаје је тешко пратити, предвидети и моделирати. То може да буде проблем само за љубитеље ауторитативних модела игре.

Јединице умрежене структуре су макро али и микроорганизациони елементи: органи, организације и њихове унутрашње организационе јединице (*ресори, сектори, секретаријати, одељења, одсеци, групе, реферати*). Оно што је битно за разумевање нове умрежене управе је да су наведене јединице стабилне структурне тачке – чворишта у умрежном управном систему а не подређени и надређени делови "зарђалог" хијерархијског дизајна. Уместо хијерархијске ауторитативне структуре наредбодавних персоналних односа успоставља се партнерска мрежа активних учесника у перманентном процесу колаборативног решавања проблема. Активни учесници су заправо само мобилизатори ресурса.

³² **Ivan Koprić**, *Struktura i komuniciranje u upravnim organizacijama*, Pravni fakultet Zagreb, 1999, стр. 118.

³³ Канали могу бити директни или директивно извештајни и индиректни или (информативни), затим постоји и подела на: масовни канали који укључује више комуникацијских субјеката и интерперсонални, формални и неформални канали, институционални и неинституционални, итд. **Ivan Koprić**, *Struktura i komuniciranje u upravnim organizacijama*, Pravni fakultet Zagreb, 1999, стр. 148.

Хијерархијска структура и структура мреже су квалитативно различита организациона модела.³⁴ Умрежена структура организације је негација сваког ауторитативног система. Уместо ауторитативног система на сцени је тзв. дељено вођство. Умрежена структура организације није децентрализована већ дистрибутивна. Мрежни структурални односи су много функционалнији (мултифункционални) и превазилазе формално нормиране односе путем изгласаних закона и договорених политика. Мреже су паралелни свет реалних односа који треба признати и суочити се са тим. Тиме ћемо им омогућити да изађу на светлост дана и створити нова реална правила игре!

Хијерархијска структура није зарђала јер смо ми то тражили већ зато што није издржала тест способности да управља проблемима који су заправо мреже различитих интереса и веза међузависности у друштвеним сегментима. Организациони облик мора бити способан да управља мрежама. Зато и сам мора бити такав. Хијерархијски облик није довољно флексибилан и интелигентан да управља комплексним проблемима мрежа у јавном сектору.

У функционалном смислу, *networking* модел се суочава са реалношћу која захтева флексибилно управљање, динамично и перманентно решавање проблема и конфликта. Да би се постигла основна активност јавне управе је процес изградње подршке и мобилизација ресурса. То више личи на политички процес него административни и технички. Легитимност се базира на прихватљивости ових процеса и резултата. У том процесу учествују бројни актери приватни и јавни као партнери, добровољно на заједничком подухвату, координирано али без центра који доминира и који дефинитивно више не обезбеђује успех и очекивани резултат.

Увођење електронске умрежене јавне управе ствара друштвене, културне, институционалне и политичке *последице*. Те последице се виде пре свега као предности, односно као позитивни ефекти које се односе на грађане, бизнис и саму власт. Свест о значају и могућностима

³⁴ Додуше, хијерархијска структура покушава да преживи тако што на разним вертикалним нивоима формира мреже. Међутим, то је само симулација мреже а у ствари ради се о чистој хијерархијској структури односа.

е-управе расте мало по мало, мада су грађани и даље скептични према е-управи, нарочито у вези са сигурношћу података. Зато су изазови е-управе: заштита података, организација образаца и докумената према животном циклусу, приступ свима, умножавање интерфејса за електронску мрежу, функционална координација пуно учесника у доношењу једне одлуке (проблем очувања надлежности), итд.

Предности умрежене управе јесу прибављање специјализованог знања, брзина и иновативност. Предности за грађане су: службене и др. информације могу се прибавити без посете властима на свом радном месту, јавним киосцима, свом стану итд., брзо, без временског ограничења - нон стоп, сви службени канали могу бити приказани, односно шематски презентирани у виду мапе (мреже), итд. Предности за власти су: сарадња (кооперативност) са грађанима без ограничења, олакшање и помоћ за службенике у давању информација и професионалних савета, редукација штампаног материјала, делимична аутоматизација процедура, економичне операције за руковање. Предности за бизнис су: мање губљења времена за прибављање информација и потпуно окончање посла, службени канали и редуковани трошкови, коришћење менаџерских талената реномираних стручњака, другим речима брзина и флексибилност у испоруци јавних услуга. Хијерархијски модели управљања гушили су иновативност и идеје које су долазиле из нижих нивоа или споља а при томе су били одсечени од потреба грађана. У мрежама се лакше долази до свежих идеја а радијус акције је много већи јер се мреже и формирају тако да се приближе месту деловања.

Циљ акције јавне управе је јавна корист, нпр. унапређење здравља или образовања, повећање безбедности грађана, и сл. Социјални проблеми су тачке око којих се конфигуришу мреже у умреженом облику владања а јавна корист је циљ којем се тежи. Јавна корист је вредност коју дефинише друштво као збир индивидуалних преференција и перцепција. Ова се вредност често трансформише кроз политички процес доношења одлука изабраних представника. На тај се начин она одваја од традиционалног схватања јавног интереса и колективног добра, са којим се често манипулише.³⁵ Јавну корист као вредност заправо

³⁵ Велимир Сотировић-Бранислав Егић, *Правна информатика*, Нови Сад, 2008, стр. 117.

ствара сама власт као испоруку услуга, доношење закона, јавну безбедност и кроз друге облике деловања.

Постоје одређени проблеми који отежавају увођење мрежне (е-Управе). Најпре, не постоји свест руководећег кадра о потенцијалном доприносу ИТ-а,³⁶ недостатак финансијских средстава и други проблеми доводе да многе општине или уопште немају ИТ одељења, па чак ни ИТ радна места или имају само једног човека који се бави тим пословима.³⁷

Општине које заостају су углавном мале и сиромашне општине код којих се мало или никако улаже у изградњу и унапријеђење ИСТ ресурса и овој области посвећују врло малу пажњу. Општине које напредују су углавном средње велике градске општине које имају средњи ниво оптерећења и ресурсе који задовољавају тренутно стање. Међутим, лидери у стварању електронске општинске управе су велике градске општине које су суочене са великим изазовима у подручју управљања подацима и организацији администрације, па су тако приморане да улажу већа средства у ИСТ ресурсе. Оне уводе информациони систем са истовременим стварањем шалтер-сале (*one stop shop*) по принципу "све услуге на једном месту за корисника", уз комплетан или делимичан реинжињеринг процеса и послова. Има информација на Интернету о услугама (опис процедуре, легислативе итд.). Могућа је реализација целе административне услуге путем Интернета, укључујући попуњавање празних формулара или формулара пријава, проверу веродостојности, плаћања и издавање потврда, писаних налога или других облика резултата извршене услуге путем Интернета.

Развој информационог друштва је незамислив без е-Управе. Многе државе доносе Стратегије развоја информационог друштва (нпр. Србија 2006) које предвиђају да организације у јавном сектору треба да обезбеде доступност информација на Интернету, што је иначе иницијални ниво развоја е-управе. Е-управа је претпоставка успоста-

³⁶ У преко 50% институција руководство које доноси одлуке не заговара активно кориштење ИСТ-а и није свесно његових потенцијалних предности.

³⁷ Ако постоји једна особа, она је задужена за практично све послове, од одржавања постојећих система и опреме, планирања, програмирања, до развојења мрежних каблова, итд. (персонални проблем).

вљања и развоја информационог друштва у коме свако може да ствара, користи и размењује информације и знање, чиме се омогућује да појединци, заједнице и народи достигну свој пуни потенцијал у промовисању одрживог развоја и унапређивању квалитета живота.³⁸

Иако ниједан концепт управе није савршен, с обзиром да у свом практичном остварењу генерише бројне проблеме, опасности и негативне тенденције, остаје чињеница да држава као историјски и суверени ентитет у суштини остаје "држава администрације". Управа која своје функције остварује на ефикасан, рационалан и квалитетан начин доприноси и "умном оправдању државе". Осмишљена, квалитетна, стручна и ефикасна администрација претпоставка су "умне" државе.³⁹

³⁸ *Declaration of Principles*, World Summit on the Information Society, International Telecommunication Union, Geneva, 2003, <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html> (30.10.2007).

³⁹ E. Weil, *Хегел и држава*, стр. 112.

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

THE MODEL OF NETWORKED E-GOVERNANCE

Summary

The concept of a rule of law is creation of XIX century and is one of the conceptual constructions of German legalism. In a legal state performing of governmental functions is subordinated to law and legal regulations. After the Second World War appeared the term welfare state, which includes in addition to enforcement of power some other social functions. Today, we speak about an information state. Informatical function of modern state leads to understanding of the governmental system, as a “system of information.”

Namely, modern complex and dynamic social reality and related to it a penetration of information technology in almost all fields of human activity imposes the need for social and technological innovation of modern government. Adapting of administration in the information society primarily means an introduction of information and telecommunication technologies (informatization of government) and basically doesn't change technical-technological conditions of administrative work. Informatization of administration doesn't mean only “technological transformation” of administrative system, but it indirectly leads towards a changing physiognomy of government and to its conceptual change. Contemporary information technology requires a new so-called “informatically-oriented” approach to public administration.

In order to meet social needs and tasks, modern government must take initiative (to be initiator of social trends), expert, solid, responsible and efficient “network of public services”, which will provide informational support. One of its primary activities becomes “processing” of data and information. From an office for enforcing the law, whose basic function is authoritative governance by the power and administrative measures, modern administration on the global scale works as an informational balance of powers, with an aim to provide advisory and informational macro coordination in the complex social trends.

In a process of daily direct communication with citizens, contemporary administration more look like a public service, or organization for provision of public services ("service-oriented public administration"). Administration, which possesses powerful potential of information technology, is for the state a repository of information about citizens, state and non state institutions. Modern state administration becomes governing of top experts with great powers for management and coordination, but also for the transformation of complex social processes and relations. Assumption of a modern state and an economy become so called "prospective government", "new public administration", "big service - undertaking" and the like.

However, the introduction of e-government is only a preceding phase, which points to the creation of a new model of public administration, which occurs after Weber's bureaucratic administration and new public management (NPM) and is called the model of networked governance (Governance Networking).

Key words: *IT - function of public administration, e-government, contemporary Networking Governance (E-Governance)*

НАЦИОНАЛНА СТРАТЕГИЈА ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И УСКЛАЂИВАЊЕ ПРОПИСА У ОБЛАСТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ СА ПРОПИСИМА ЕУ

Апстракт:

Могућности, потребе и приоритети у процесу усклађивања националних прописа у области животне средине са прописима ЕУ сагледани су у једном броју стратешких докумената од значаја за област животне средине. У том смислу у раду се анализирају релевантне одредбе Националне стратегије одрживог развоја Републике Србије и указује на однос са циљевима утврђеним у другим стратешким документима релеватним за област животне средине. При том се посебно сагледава однос са решењима садржаним у Националном програму за интеграцију у Европску унију. Национална стратегија одрживог развоја у свим кључним деловима од значаја за област животне средине (ваздух, воде, земљиште, биодиверзитет и заштита природе, шуме, минерални ресурси, климатске промене, отпад, хемикалије, удеси, јонизујуће и нејонизујуће зрачење, бука, итд) експлицитно се одређује према питању стања и перспектива правног регулисања и усклађивања националних прописа са прописима ЕУ и међународним уговорима. То укључује и определења у Националној стратегији у делу који се непосредно односи на поједине привредне гране из којих долазе највећи притисци на стање животне средине (индустрија, рударство, енергетика, пољопривреда, туризам, саобраћај, шумарство, итд). У раду се даје и преглед усклађености појединих кључних прописа у области животне средине са прописима ЕУ. Генерално се може констатовати да је један мањи део националних прописа у области животне средине усклађен са прописима ЕУ, да је један зна-

чајан део у процесу усклађивања а за један део тек треба да почне процедура усклађивања. Мада су евидентни проблеми који се односе на сам процес транспозиције захтева из прописа ЕУ у националне прописе, проблеми везани за примену прописа представљају много комплексније питање по својој природи. Они највећим делом произилазе из нивоа економске развијености Републике Србије (у ширем смислу речи) а манифестују се, између осталог, у чињеници да постојећи капацитети свих субјеката система заштите животне средине (надлежних органа, предузећа, научних и стручних организација, невладиних организација, итд) нису примерени захтевима из релевантних прописа ЕУ. Такво стање би могло имати импликације на остваривање приоритета одрживог развоја из Националне стратегије одрживог развоја.

Кључне речи:

животна средина, одрживи развој, усклађивање прописа, ЕУ

УВОД

Иако се о одређењима која се односе на усклађивање националних прописа у области животне средине са прописима ЕУ и међународним стандардима уопште може судити на основу анализе различитих стратешких и других докумената садржај решења из Националне стратегије одрживог развоја (НСОР) има посебан значај из више разлога. Општи значај произилази из интегративног карактера НСОП као документа, односно веза које постоје између питања животне средине и развоја формулисаних у оквиру концепције одрживог развоја.¹ Не-

¹ За шире о односу одрживог развоја и животне средине видети: Тодић, Д., *Одрживи развој и принципи политике и права животне средине*, Правни живот, бр. 9/2007, стр. 429-443. За неке дилеме видети: Fuentes, X., *International Law-making in the Field of Sustainable Development: The Unequal Competition between Development and the Environment*, in Schrijver, N., Weiss, F., (ed), *International Law and Sustainable*

што конкретнији значај НСОП за усклађивање прописа² требало би сагледавати у контексту савремених тенденција универзализације циљева и инструмената политике у области животне средине и развоја као глобалних процеса³ и појаве нових димензија сагледавања развоја кроз расправу о људским правима, суверености држава, друштвеној одговорности, међународној трговини, одрживом управљању природним ресурсима, равноправности у међународним односима, итд. У том смислу интересантним се чини питање усклађивања прописа са становишта значаја који му се придаје у Националној стратегији одрживог развоја (НСОР)⁴ као и усклађености приоритета који се односе на усклађивање прописа дефинисаних у различитим другим стратешким документима, осим Националне стратегије одрживог развоја⁵. Будући да је Нацио-

Development – Principles and Practice, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 7-38.

² У овом раду се терминолошко-методолошка питања усклађивања прописа као и методологије праћења напредовања у процесу усклађивања, остављају по страни јер заслужују посебну анализу. Не улази се ни у расправу о питању усклађивања националних прописа међусобно што иначе представља посебно значајно питање нарочито у областима за које се претпоставља постојање потпуне усклађености са становишта остваривања циљева одрживог развоја. У вези са овим за неке назнаке видети и *Препоруке Радне групе за заштиту животне средине Националног конвента о Европској унији*, Европски покрет у Србији, Београд, 02. март 2009. (<http://www.eukonvent.org/downloads2/090330-Preporuka2-eko.pdf>);

³ За шире видети: Тодић, Д., Еколошки менаџмент у условима глобализације, Мегатренд универзитет, Београд, 2008, стр. 259-272.

⁴ Национална стратегија одрживог развоја, Влада Републике Србије, Београд, 2008. Детаљнија разрада даје се у Акционом плану за спровођење Националне стратегије одрживог развоја за период од 2009 до 2017. године (Службени гласник РС, бр. 22/09). Овде би у широј анализи било интересантно сагледати и питање усклађености решења из НСОП и Стратегије одрживог развоја ЕУ као и могући утицај ових решења на усклађивање прописа. Видети, нпр: Communication to the Council and the European Parliament – On the review of the Sustainable Development Strategy, Brussels, 13.12.2005, COM(2005) 658, final; Council of the European Union, Brussels, 17 July 2006, 10633/1/06, http://ec.europa.eu/sustainable/sds2006/index_en.htm.

⁵ Овде се не анализирају посебно решења садржана у свим другим стратешким документима који су у последњих десетак година усвојена и који могу да се односе на област животне средине. На остале стратешке документе, онде где су усвојени, указује се само ако се непосредно односе на анализирану област. Остављају се по страни и решења садржана у Националном програму заштите животне средине због тога што документ, и после дужег времена, још увек није званично усвојен. Иначе, за

нални програм за интеграцију у ЕУ (НПИ) документ који конкретније дефинише циљеве који се односе на интеграцију Србије у ЕУ то се по ређење решења која су садржана у ова два документа чини комплементарним и методолошки неизбежним. Више је питања која се намећу и која би требало прецизирати пре извођења коначног закључка о значају који се придаје усклађивању прописа у националној политици. Најпре, питање који све прописи (или групе прописа) улазе у корпус онога што је обухваћено процесом усклађивања. Потом, да ли постоје разлике у дефинисаним приоритетима између појединих стратешких докумената, у односу на оне утврђене у Националној стратегији одрживог развоја, које би могле имати утицаја на сам процес усклађивања. И на крају да ли је, имајући у виду тренутно стање усклађености националних прописа са прописима ЕУ, могуће антиципирати динамику овог процеса.

1) Приоритети усклађивања

Ако се пође од става да је усклађивање домаћих прописа са прописима ЕУ (или тековинама ЕУ) услов за придруживање Европској унији онда би се вероватно врло лако могло закључити да листа прописа уствари обухвата комплетну листу постојећих прописа ЕУ, односно онога што се у терминологији назива *acquis communautaire*.⁶

а) Заштита ваздуха

У области заштите ваздуха први „секторски“ циљ утврђен у Националној стратегији одрживог развоја је: „усклађивање националних прописа који се односе на квалитет ваздуха и емисије у ваздух са законодавством ЕУ и усвајање и спровођење међународних споразума који

Национални програм заштите животне средине (предлог) се верује да је он засниван на принципима одрживог развоја, а усклађен је са основним принципима Шестог акционог програма ЕЗ за животну средину (The Sixth Community Environment Action Programme). НПИ, стр. 672-673.

⁶ Видети, нпр. Handbook on the Implementation of EC Environmental Legislation, Regional Environmental Center, Budapest, 2008.

се односе на заштиту ваздуха⁷. Овакво одређење је на изврстан начин разрађено у Националном програму за интеграцију у ЕУ кроз дефинисање краткоричних приоритета а на основу чињенице да национално законодавство у овој области није усклађено са прописима ЕУ. Имајући то у виду предвиђени су следећи краткорочни циљеви који се односе на 2009. годину: усвојити Закон о заштити ваздуха; усвојити подзаконске акте који ће у национални правни поредак у потпуности пренети Упутство 2008/50/ЕЗ, Упутство 2004/107/ЕЗ, Упутство 2001/80/ЕЗ, Упутство 2001/81/ЕЗ, а имплементирати Одлуку Комисије 2001/839/ЕЗ и Одлуку 2004/224/ЕЗ; усвојити Закон о безбедности саобраћаја на путевима и подзаконске акте, који ће у потпуности пренети: Упутство 72/306/ЕЕЗ са свим изменама и допунама, Упутство 2005/55/ЕЗ са свим изменама и допунама, Упутство 70/220/ЕЕЗ са свим изменама и допунама, Упутство 80/1268/ЕЕЗ са свим изменама и допунама, УНЕЦЕ Правилник бр. 96 са свим изменама и допунама; ратификовати Протокол о дуготрајним органским загађујућим материјама уз Конвенцију о преносу загађења ваздуха на велике удаљености; усвојити Закон о метеоролошкој и хидролошкој делатности који ће бити, у делу мониторинга квалитета ваздуха, усаглашен са стратегијама мониторинга ЕМЕП-а и ГАВ-а, а подзаконски акти донети на основу Закона са Упутствима 1999/30/ЕЗ, 2000/69/ЕЗ, 2002/3/ЕЗ и 2004/107/ЕЗ.⁸

Имајући у виду чињеницу да енергетски и саобраћајни сектор представља најзначајнији извор загађујућих супстанци којима се загађује ваздух решења садржана у стратешким документима који се односе на ове две области могла бити врло интересантна са становишта сагледавања конзистентности система у целини. Према Стратегији развоја енергетике Републике Србије до 2015. „основни механизми државног утицаја на тржишно пословање и повећање финансијске стабилности енергетских субјеката и искоришћења развојних потенцијала енергетске привреде за достизање одрживог социо-економског развоја земље оличени су у доношењу“, различитих мера.⁹

⁷ НСОП, стр.70.

⁸ НПИ, стр. 684.

⁹ Међу којима су мере које се на директан начин тичу или су повезане са усклађивањем прописа. То су, нпр.: „мере за успостављање нове-савремене техничке

Стратегија развоја железничког, друмског, водног, ваздушног и интермодалног транспорта у Републици Србији од 2008. до 2015. године дефинише на више места и у односу на све форме саобраћаја експлицитне циљеве који се тичу обавезе хармонизовања националних прописа са прописима ЕУ. У делу посвећеном „основама за реализацију стратегије“ који је посвећен „управљању транспортном инфраструктуром“ констатовано је да „усвајање и примена прописа ЕУ, техничких норми и стандарда који ће се примењивати у области транспорта у Републици Србији мора постати организована и трајна активност.“¹⁰

Климатске промене представљају посебно питање које се најчешће повезује са заштитом ваздуха иако се ради о знатно сложенијем проблему који задире у различите секторске политике. У делу Националне стратегије одрживог развоја која се односи на „факторе ризика

регулативе, прописа и стандарда за енергетске технологије/делатности и успостављање посебних инструмената за стимулисање активности за рационалну употребу и ефикасно коришћење енергије, укључујући и формирање тела за праћење и управљање процесима реформи у енергетици, односно за праћење реализације Стратегије развоја енергетике Србије, иновирање приоритета и актуелизирање инструмената, сагласно економском развоју земље и енергетским околностима у земљи и окружењу; мере за достизање услова за равноправан приступ у енергетску Заједницу земаља југоисточне Европе“; мере кој се произилазе из Кјото Протокола и обавеза које проистичу из његове имплементације у регулативу и праксу, укључујући и институционално организовање за наше учешће у коришћењу одговарајућих олакшица које омогућују поједини механизми примене Кјото Протокола, итд. Стратегија развоја енергетике Републике Србије до 2015, („Службени гласник РС“, бр. 44/05), стр. 13-14. Слично и на стр. 14, 16, 17, 30, 42, итд).

¹⁰ Стратегија развоја железничког, друмског, водног, ваздушног и интермодалног транспорта у Републици Србији од 2008. до 2015. године, Влада Републике Србије, Београд, 2008, стр. 16. Такође, четврти „општи циљ“ Стратегије је да је „транспорт опасних терета усклађен са прописима ЕУ и АДР, РИД и АДН прописа“ (стр. 18). Полазна претпоставка развоја друмског транспортног система је да је „потпуности спроведено усклађивање прописа у области друмског транспорта са прописима ЕУ са аспекта технике, технологије, стандардизације, безбедности и управљања.“ (стр. 19). Слично и када је у питању безбедност саобраћаја на путевима (стр. 24), побољшање конкурентности домаћих превозника (стр. 24), итд. У делу Стратегије који је посвећен „очувању животне средине“ такође се, као циљеви, спомињу „стандарди ЕУ“ (стр. 24). Поред тога, циљеви усклађивања прописа у области транспорта са *Acquis Communautaire* разрађени су у посебној тачци (2.) у 7. делу насловљеном „Од визије до реалности“ (стр. 41).

по животну средину¹¹ усклађивање националних прописа из области климатских промена и оштећења озонског омотача с прописима ЕУ први је секторски циљ од укупно пет формулисаних. У вези са овим су и секторски циљеви у области обновљивих извора енергије у делу који се односи на „доношење прописа за подстицање коришћења енергије из обновљивих извора (пореске олакшице, подстицајне цене електричне енергије из обновљивих извора и др.)“ који су формулисани на трећем месту листе од пет циљева Националне стратегије одрживог развоја.¹²

Национални програм за интеграцију у ЕУ као краткорочне циљеве Србије у области законодавства које се односи на климатске промене дефинише следеће: усвојити подзаконски акт којим ће се основати Национално тело за примену пројекта механизма чистог развоја (ДНА); усвојити подзаконски акт којим ће се прописати критеријуми за одобравање пројеката у оквиру Механизма чистог развоја (ЦДМ) и процедуре за рад ДНА; усвојити Националну стратегију за укључивање Републике Србије у Механизам чистог развоја у оквиру Кјото протокола (која укључује и Стратегију примене механизма чистог развоја Кјото Протокола у сектору енергетике);¹³

Одрживо управљање водним ресурсима

Први „секторски“ циљ у области одрживог коришћења водних ресурса дефинисан Националном стратегијом одрживог развоја односи се на „усклађивање националних прописа у области вода са законодавством ЕУ, а посебно примену Оквирне директиве о водама ЕУ.“¹⁴

Национални програм за интеграцију Републике Србије у ЕУ као средњорочне приоритете установљава следеће:¹⁵ доношење Стратегије о заштити и управљању водама; усвајање новог Закона о водама и под-

¹¹ НСОП, стр. 84.

¹² НСОП, стр. 83. Међутим, интересантно је да се у делу који се односи на област фосилних горива, међу четири дефинисана циља, ни један експлицитно не односи на усклађивање националних прописа са прописима ЕУ. НСОП, стр. 81-82.

¹³ НПИ, стр. 684.

¹⁴ НСОП, стр. 73.

¹⁵ НПИ, стр. 699-700.

законских аката којима ће у домаћи правни поредак у потпуности бити пренесено Упутство 2000/60/ЕЗ, и делимично ће бити пренета друга упутства везана за воде (Упутство 91/271/ЕЕЗ, Упутство 2007/60/ЕЗ, Упутство 98/83/ЕЗ, Упутство 2006/7/ЕЗ, Упутство 91/676/ЕЕЗ), Упутство 80/68/ЕЕЗ (престаје да важи 2013. године) и 2006/118/ЕЕЗ); усвајање до краја 2008. године Стратегије развоја водопривреде Републике Србије¹⁶ којом ће се дефинисати стратегије и акциони планови имплементације упутстава ЕУ из ове области; усвојање Уредбе о мониторингу површинских и подземних вода усклађене са методологијом извештавања Европске агенције за животну средину (Eionet-Water: Water Quantity; WISE-SOE Reporting: Rivers; WISE-SOE Reporting: Lakes; WISE-SOE Reporting: Groundwater); усвајање Стратегије мониторинга површинских и подземних вода у Републици Србији и Стратегије и акционог плана преношења и имплементације Упутства 91/676/ЕЕЗ; ратификација Конвенције о заштити и коришћењу прекограничних водотока и међународних језера; усвојање новог Закона о метеоролошкој и хидролошкој делатности и делатности мониторинга квалитета ваздуха и вода; доношење правилника који ће регулисати начин заштите изворишта која се користе за водоснабдевање, на основу Закона о водама.¹⁷

Одрживо коришћење земљишта

Стратешки циљеви одрживог коришћења земљишта дефинисани Националном стратегијом одрживог развоја обухватају, најпре „усклађивање законодавних аката који су у вези с коришћењем и за-

¹⁶ Интересантно је да Водопривредна основа, као „базни документ којим се утврђује основна стратегија коришћења вода, заштите вода и заштите од вода на територији Републике Србије, која се третира као јединствен водопривредни простор“ не упућује на експлицитан начин на потребу усклађивања националних прописа са прописима ЕУ. Ипак, у документу се на више места упућује на прописе, односно прописане стандарде, итд. У делу који се односи на развој и уређење постојећих пловних путева у Србији, упућује се на „пловидбене габарите прописане од стране Дунавске комисије“. Уредба о утврђивању Водопривредне основе Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 11/2002).

¹⁷ Поред тога, планирано је доношење већег броја других подзаконских аката.

штитом земљишта са законодавством ЕУ;¹⁸ Међутим, Национални програм за интеграцију у ЕУ, иако на неколико места говори о различитим аспектима коришћења и заштите земљишта (пољопривреда, заштита ваздуха, инвестиције, итд), не садржи експлицитно упућивање на потребу усаглашавања прописа са прописима ЕУ ради остваривања циљева одрживог развоја и заштите животне средине. Чини се да је оваквом циљу најближа формулација садржана у делу који се односи на заштиту природе и где је предвиђено да се до краја 2010. године усвоје „Акциони планови за заштиту екосистема, за заштиту заштићених природних добара и за заштиту земљишта, усаглашени са циљевима 6. акционог програма за животну средину ЕЗ, Тематском стратегијом о заштити земљишта (СОМ (2006) 231) и релевантним документима и прописима ЕУ;¹⁹

Биодиверзитет и заштита природе

Национална стратегија одрживог развоја у области биодиверзитета и заштите природе не садржи посебно упућивање на потребу усклађивања националних прописа са прописима ЕУ већ је као први „секторски“ циљ дефинисано „доношење закона о заштити природе и ратификација међународних уговора“²⁰ „Пракса ЕУ“ се спомиње као девети циљ који се односи на генетички модификоване организме, т.ј. „спровођење ефективних мера контроле генетички модификованих организама (ГМО) у складу с праксом ЕУ“;

¹⁸ НСОП, стр. 75.

¹⁹ НПИ, стр. 715. Шира анализа би овде морала узети у обзир и решења садржана у другим секторским политикама које имају различит значај за питање заштите земљишта. Базичним би се могла сматрати решења садржана у Просторном плану Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 13/96) али се овде не улази посебно у анализу решења садржаних у овом стратешком документу будући да је у току припрема Стратегија просторног развоја Републике Србије и да је завршена прва фаза и припремљен материјал под радним називом „Визија, циљеви и концепција просторног развоја Републике Србије“. Видети: „Визија, циљеви и концепција просторног развоја Републике Србије“ <http://www.rapp.sr.gov.yu/index.php?idstr=106> Видети и Стратегију развоја пољопривреде Србије, http://www.minpolj.sr.gov.yu/index.php?Itemid=75&id=64&option=com_content&task=view;

²⁰ НСОП, стр. 77.

Национални програм за интеграцију у ЕУ као своје краткорочне циљеве у области заштите природе установљава следеће: усвојити Закон о заштити природе (Закон) којим ће бити пренета: Упутство Савета 92/43/ЕЕЗ, Упутство Савета 79/409/ЕЕЗ, Упутство Савета 1999/22/ЕЗ, Упутство Савета 83/129/ЕЕЗ и који ће бити усаглашен са Уредбом Савета 3254/91/ЕЕЗ, Уредбом Савета 348/81/ЕЕЗ и Уредбом Савета 338/97/ЕЗ; усвојити подзаконска акта којима ће у потпуности бити пренета упутства и усаглашене уредбе из претходне тачке, укључујући и Уредбу Савета 865/2006/ЕЗ о имплементацији конвенције о међународној трговини дивље флоре и фауне и Уредбу Савета 1037/2007/ЕЗ о обустави уношења одређених врста дивље флоре и фауне, што ће омогућити ефикаснију имплементацију ЦИТЕС конвенције; усвојити Закон о дивљачи и ловству усаглашен са Упутствима Савета 92/43/ЕЕЗ и 79/409/ЕЕЗ, Уредбом Савета 3254/91/ЕЕЗ, Уредбом Савета 338/97/ЕЗ, Уредбом Савета 865/2006/ЕЗ, Уредбом Савета 1037/2007/ЕЗ, Одлуком Савета 98/145/ЕЗ о одобравању амандмана Бонске конвенције о миграторним врстама дивљих животиња, и Одлуком Савета 871/2006/ЕЗ о очувању афричко-евроазијских врста миграторних птица; успоставити ЕМЕРАЛД мрежу.²¹

Уређење и коришћење шума и шумских земљишта

Стратешки циљеви уређења и коришћења шума и шумских земљишта дефинисани Националном стратегијом одрживог развоја обухватају, најпре, „усклађивање националних прописа из области одрживог управљања шумама са законодавством ЕУ;“²²

Циљеви дефинисани Националним програмом за интеграцију у ЕУ обухватају усвојање закона који ће бити усаглашен са Уредбом Парламента и Савета 2152/2003/ЕЗ, Уредбом Савета 2158/92/ЕЕЗ и Уредбом Савета 3528/86/ЕЕЗ.²³ Као дугорочни циљ дефинисано је доношење «подзаконских аката којима ће се постићи потпуна усаглашеност са

²¹ НПИ, стр. 714.

²² НСОП, стр. 79.

²³ До краја 2010 биће усвојен Акциони план за заштиту шума. НПИ, стр. 738.

Уредбом Парламента и Савета 2152/2003/ЕЗ, Уредбом Савета 2158/92/ЕЕЗ, Уредбом Савета 3528/86/ЕЕЗ“.²⁴

Коришћење металичних сировина и индустријских минерала

У области коришћења металичних сировина и индустријских минерала прворангирани циљ дефинисан Националном стратегијом одрживог развоја односи се на „усклађивање прописа из области управљања ресурсима са законодавством ЕУ;“²⁵ Најзначајнији део решења која садржи Национални програм за интеграцију у ЕУ који се односи на минералне сировине највећим делом је садржан у делу који се односи на рударство и енергетику. Према овом документу, у области рударства потребно је спровести следеће активности: 1. Започињање рада Агенције за рударство која се образује као посебна организација и која ће учествовати у активностима везаним за послове који прате рад државне управе који се односе на рударство;²⁶ и 2. Израда Стратегије развоја минерално-сировинског комплекса Републике Србије.²⁷

Управљање отпадом

Циљеви утврђени у Националној стратегији одрживог развоја који се односе на управљање отпадом обухватају, као првоформулиса-

²⁴ Стратегија развоја шумарства Републике Србије у делу који се односи на шумарско законодавство „кључним питањима“ новог законодавног оквира сматра усаглашавање са ратификованим међународним конвенцијама и протоколима у области шумарства, односно *Acquis Communautaire*. Стратегија развоја шумарства Републике Србије, Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде, Управа за шуме, Београд, 2006. стр. 30. (http://www.minpolj.sr.gov.yu/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=60&Itemid=67)

²⁵ НСОП, стр. 80.

²⁶ «На тај начин би се у сарадњи са Републичким заводом за статистику реализовале и мере предвиђене препорукама ЕУ у вези праћења података о производњи и ценама минералних сировина.“ НПИ, тр. 416.

²⁷ Процењује се да би се «Стратегијом развоја минерално-сировинског комплекса Републике Србије и радом Агенције за рударство прихватиле мере за Унапређење индустрија угља у складу са прописима ЕУ.“ НПИ, стр. 417.

ни (од укупно шест) „усклађивање прописа из области управљања отпадом са ЕУ директивама.“²⁸

Национални програм за интеграцију у ЕУ као краткорочне циљеве у области законодавства дефинише следеће: усвојити Закон о управљању отпадом и Закон о амбалажи и амбалажном отпаду; ревидирати Националну стратегију управљања отпадом²⁹; усвојити извршне прописе који ће у потпуности пренети: Упутство 2006/12/ЕЗ, Упутство 91/689/ЕЕЗ (измењено Упутством 94/31), Одлуку Комисије 2000/532/ЕЗ, Упутство 67/548/ЕЕЗ (измењена 2006/121/ЕЗ), Упутство 99/31/ЕЗ, упутства из техничких смерница Базелске конвенције о депонијама, о спаљивању, о управљању посебним токовима отпада, за идентификацију и управљање отпадним гумама, о управљању батеријама и акумулаторима; за идентификацију и управљање отпадним гумама, Упутство 2000/76/ЕЗ, Упутство 91/157, Упутство 75/439/ЕЕЗ, Упутство 2002/95/ЕЗ, Упутство 2002/96/ЕЗ (чиме ће бити установљена листа електричних и електронских производа, као и начин и поступак управљања отпадом од електричних и електронских производа), Упутство 2000/53/ЕЗ, Упутство 91/692/ЕЕЗ, Уредба 2006/1013/ЕЗ; на основу Закона о амбалажи и амбалажном отпаду, усвојити извршне прописе који ће у потпуности пренети Упутство 94/62/ЕЗ (измењено Упутством 2004/12/ЕЗ) - осим у делу који уређује врсте амбалаже за одређене врсте хемикалија за које ће се користити кауције, Упутство 2006/12/ЕЗ, Одлуку Комисије 2001/171/ЕЗ, Одлуку Комисије 1999/177/ЕЗ, Одлуку Комисије 97/129/ЕЗ; усвојити извршне прописе (на основу Закона о управљању отпадом и Закона о амбалажи и амбалажном отпаду), којима ће у потпуности бити пренети прописи ЕУ о извештавању као што су Упутство 94/62/ЕЗ и одлуке Комисије 2005/270/ЕЗ, 97/622/ЕЗ.³⁰

²⁸ НСОП, стр. 86.

²⁹ Национална стратегија управљања отпадом са програмом приближавања ЕУ (2003), као стратешки документ у области управљања отпадом, садржи детаљну елаборацију стања и перспектива усаглашавања националних прописа са прописима ЕУ у различитим конкретним питањима. Национална стратегија управљања отпадом са програмом приближавања ЕУ, Влада Републике Србије, Београд, 2003.

³⁰ НПИ, стр. 692.

Хемикалије

Први циљ у области хемикалија (од пет формулисаних у Националној стратегији одрживог развоја) је „усклађивање националних прописа из области управљања хемикалијама са законодавством ЕУ и изградња административних и других капацитета за њихово спровођење;“³¹

У Националном програму за интеграцију у ЕУ као краткорочни дефинисани су следећи циљеви: усвојити Закон о хемикалијама који ће бити усаглашен и усклађен са: Уредбом REACH, Упутством 67/548/ЕЕЗ; Упутством 99/45/ЕЗ; Упутством. 2004/42 //ЕЗ; Уредбом ЕЗ 304/2003 и Уредбом ЕЗ 648/2004; усвојити Закон о биоцидима који ће бити усклађен и усаглашен са: Упутством 98/8/ЕЗ, Уредбом ЕЗ 1896/2000, Уредбом ЕЗ 1687/2002, Уредбом ЕЗ 2032/2003, Уредбом ЕЗ1048/2005; ратификовати Стокхолмску конвенцију; ратификовати Ротердамску конвенцију; израдити Национални имплементациони план Стокхолмске конвенције (који садржи и Национални профил за управљање хемикалијама, Инвентар ПОПс супстанци и акционе планове за спровођење мера за смањење односно елиминацију испуштања ПОПс супстанци у животну средину); усвојити Закон о изменама и допунама Закона о лековима и медицинским средствима, који ће бити у складу са упутствима 9/2004/ЕЗ и 10/2004/ЕЗ, итд.³²

Удеси

„Усклађеност националне регулативе с међународном правном регулативом“³³ је први секторски циљ у области удеса дефинисан Националном стратегијом одрживог развоја. С друге стране Национални програм за интеграцију у ЕУ у делу који се односи на „цивилну заштиту односно заштиту и спасавање“ предвиђа доношење нових

³¹ НСОР, стр. 87.

³² НПИ, стр. 729-730.

³³ НСОР, стр. 88. У делу Националне стратегије одрживог развоја која се односи на Природне катастрофе (поплаве, клизишта, пожари и земљотреси) нема посебног упућивања на потребу усклађивања националних прописа са прописима ЕУ. НСОР, стр. 90-91.

прописа, како би се домаће законодавство усагласило са следећим прописима ЕУ: Одлуком 2007/779/ЕЗ; Одлуком 2007/162/ЕЗ и Одлуком 2008/73/ЕЗ.³⁴

Јонизујуће и нејонизујуће зрачење

У области јонизујућег и нејонизујућег зрачења прво формулисани циљ дефинисан у Националној стратегији одрживог развоја односи се на „хармонизацију националних прописа из области заштите од јонизујућег и нејонизујућег зрачења са законодавством ЕУ и прописима Међународне агенције за атомску енергију (ИАЕА).“³⁵

Приоритети утврђени Националним програмом за интеграцију у ЕУ у делу који се односи на јонизујуће зрачење обухватају следеће активности: доношење новог Закона о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности и формирање независне Агенције за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије.

Ради обезбеђивања услова за спровођење политике у области радијационе и нуклеарне сигурности и безбедности и политике управљања радиоактивним отпадом, Влада, на предлог Агенције за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије, треба да донесе Програм радијационе сигурности и безбедности, Програм нуклеарне сигурности и безбедности и Програм управљања радиоактивним отпадом, у складу са прописом о стратешкој процени утицаја на животну средину. Такође, неопходно је извршити „у што краћем року“ усклађивање неких правилника са „међународним законодавством и препорукама“, а наставити активности на пројекту нуклеарне декомисије у Институту ВИНЧА.³⁶

Национални програм за интеграцију у ЕУ у делу који се односи на нејонизујуће зрачење предвиђа доношење новог Закона о заштити од нејонизујућих зрачења и формирање посебног Одсека за заштиту од нејонизујућих зрачења. Предвиђа се да се по усвајању Закона донесу и

³⁴ НПИ, стр. 739.

³⁵ НСОП, стр. 89.

³⁶ НПИ, стр. 428.

два правилника којима би се ова област уредила на начин како то ради већина других земаља.³⁷

Бука

Прва два од пет формулисаних циљева у области буке односе се на усклађивање прописа. Први недвосмислено јасно кроз формулацију „усклађивање националних прописа из области буке са законодавством ЕУ“ а други кроз формулацију „успостављање стандарда за праћење буке у насељима и дуж главних саобраћајница – у фазама према прописима ЕУ и према финансијским могућностима“.³⁸

Национални програм за интеграцију краткорочним приоритетима у области заштите од буке сматра следеће: усвојити Закон о заштити од буке у животној средини и подзаконске акте, којима ће се уредити: граничне вредности нивоа буке у животној средини; методологија за одређивање тихих зона у насељеном подручју или ван њега и у њиховој непосредној околини; индикатори буке; методе за оцењивање индикатора буке и штетних ефеката буке у животној средини и на људско здравље, као и врсте и начин прикупљања података потребних за њихово оцењивање; обавезна садржина, методе израде карата буке у животној средини и начин њиховог приказивања јавности; методологија за израду акционих планова, чиме ће се у потпуности извршити пренос Упутства 2002/49/ЕЗ о процени и управљању буком у животној средини. Тиме ће се успоставити систем мониторинга буке за чију имплементацију ће бити задужена Агенција. Предвиђено је да се до краја 2009, у домаће законодавство у области буке од моторних возила пренесе Упутство 70/157/ЕЕЗ са свим изменама и допунама као и да се усвоји Закон о цивилном ваздухопловству који ће пренети: Упутство 89/629/ЕЕЗ, Упутство

³⁷ НПИ, 753. На основу увида у ЕМФ пројекат, кога је израдила СЗО, може се констатовати да је Србија, према значају који се придаје овој области, на самом европском дну листе земаља.

³⁸ НСОП, стр. 89.

92/14/ЕЕЗ са свим изменама и допунама, Упутство 2006/93/ЕЗ и Упутство 2002/30/ЕЗ са свим изменама и допунама.³⁹

Тзв. Хоризонтално законодавство

У делу који се односи на тзв. хоризонтално законодавство Национални програм за интеграцију у ЕУ⁴⁰ установљава следеће краткорочне циљеве: ратификација Архуске конвенције; усвојање подзаконских аката којима ће у потпуности бити пренете одредбе Упутства 2003/4/ЕЗ о приступу информацијама из области заштите животне средине, Упутства 91/692/ЕЕЗ о стандардизовању и рационализацији извештаја о имплементацији одређених упутстава и Уредбе 1210/90 о оснивању Европске агенције за животну средину и Европске мреже за информације и осматрање (ЕИОНЕТ). Средњорочни приоритети обухватају спровођење следећих активности: уређивање избора индикатора ради процене стања животне средине и праћења ефеката реализације планова и програма у циљу пуне имплементације Упутства 2001/42/ЕЗ, потпуно преношење Упутства 2004/35/ЦЕ у национално законодавство, ратификација Протокола о регистру испуштања и преносу загађујућих материја (*PRTR Protocol*) као и прихватање ГМО амандмана.⁴¹

б) Усклађивање прописа у делу који се односи на утицај економских сектора на животну средину

У делу Националне стратегије одрживог развоја који се односи на „утицај економских сектора на животну средину“⁴² усклађивање

³⁹ НПИ, стр. 734-735.

⁴⁰ Национална стратегија одрживог развоја на више места спомиње поједине прописе који припадају овој групи али не садржи посебан део посвећен овим прописима.

⁴¹ НПИ, стр. 676-677.

⁴² Сагледавање утицаја различитих привредних сектора на животну средину представља једно од кључних питања будући да концепција одрживог развоја подразумева интеграцију циљева заштите животне средине у све секторске политике од значаја за област животне средине. За шире видети: Тодић, Д., Савремена

националних прописа такође је високо на листи дефинисаних приоритета. Тако на пример, циљеви одрживог индустријског развоја обухватају, најпре, „усклађивање националних прописа у области заштите ваздуха, вода, земљишта, поступања са отпадом и хемикалијама, те хармонизацију прописа с прописима ЕУ.“⁴³ На ЕУ се односи и шести циљ који је дефинисан као „примена управљања животном средином у предузећима ИСО 14.000 и система ЕМАС.“ Први циљ у области рударства (од укупно шест) односи се на „усклађивање прописа из области рударства са законодавством ЕУ“⁴⁴ док се од девет формулисаних циљева у области енергетике четврти по редоследу односи на „усклађивање националних прописа из области природних ресурса, управљања отпадом и управљања квалитетом ваздуха с прописима ЕУ“⁴⁵

Први циљ одрживог развоја пољопривреде (од пет формулисаних) је „усклађивање националних прописа и акција из области пољопривреде са законодавством и праксом у ЕУ;“⁴⁶

Општи приоритетни програми и циљеви у области увођења чистије производње обухватају, најпре, „измену постојећих и доно-

политика и право животне средине, Мегатренд универзитет, Београд, 2008. стр. 17, 73, итд.

⁴³ НСОП, стр. 92.

⁴⁴ НСОП, стр. 93.

⁴⁵ НСОП, стр. 94. Овде би требало имати у виду да Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији, као посебан циљ увођења чистије производње, дефинише и „стварање потребних правних оквира којим би се подржавала примена чистије производње у односу на решења финалног третмана отпада и обезбедио заједнички приступ примени чистије производње.“ Утврђено је пет стратешких задатака који треба да омогуће остваривање овог циља. То су: развој интегрисаног и координисаног система политике и прописа за успешну примену чистије производње; подршка примени чистије производње потписивањем Међународне декларације о чистијој производњи; развој економских инструмената који ће подржавати ширу примену чистије производње; укључивање захтева за чистијом производњом у систем јавних набавки; склапање добровољних споразума са индустријом којима се утврђују циљеви заштите животне средине (одрживог развоја). Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији, Влада Републике Србије, Београд, 2009. стр. 51-52.

⁴⁶ НСОП, стр. 97.

шење нових прописа ради поспешивања коришћења чистије производње и усклађивања са законодавством ЕУ⁴⁷;

Насупрот наведеним примерима, циљеви одрживог развоја шумарства, ловства и рибарства утврђени Националном стратегијом одрживог развоја не обухватају, на експлицитан начин, усклађивање националних прописа.⁴⁸ Такође, усклађивање националних прописа са прописима ЕУ није формулисано као циљ ни у области саобраћаја и туризма.⁴⁹

⁴⁷ НСОП, стр. 104. Овде би требало имати у виду да Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији, као посебан циљ, у оквиру увођења чистије производње, дефинише и „стварање потребних правних оквира којим би се подржавала примена чистије производње у односу на решења финалног третмана отпада и обезбедио заједнички приступ примени чистије производње.“ Утврђено је пет стратешких задатака који треба да омогуће остваривање овог циља. То су: развој интегрисаног и координисаног система политике и прописа за успешну примену чистије производње; подршка примени чистије производње потписивањем Међународне декларације о чистијој производњи; развој економских инструмената који ће подржавати ширу примену чистије производње; укључивање захтева за чистијом производњом у систем јавних набавки; склапање добровољних споразума са индустријом којима се утврђују циљеви заштите животне средине (одрживог развоја). Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији, Влада Републике Србије, Београд, 2009. стр. 51-52.

⁴⁸ НСОП, стр.98-100.

⁴⁹ НСОП, стр. 100-103. Ипак, у првој групи “конкурентских недостака” формулисаних у Стратегији развоја туризма Републике Србије констатовано је постојање проблема повезаног са “развијеношћу одређених закона и прописа“. Стратегија развоја туризма Републике Србије, стр, 26. Такође, један од шест стратешких недостатака у области туризма односи се на „непримењивање закона, контроле и казнене политике код инцидената на подручју животне средине (дивље депоније)“ Ибид, стр. 7. У делу који се односи на „предуслове за ефикасну политику развоја туризма“ формулисано је неколико услова који су директно повезани са усклађивањем прописа. Прва три предуслова (од седам формулисаних) се односе на следеће: „1) дефинисање услова које оператори у сектору туризма морају испуњавати (закони и уредбе); 2) организовање контроле прихватљивог понашања у реализацији активности (инспекција); 3) доношење заједничких директива и/или упутстава (правилници, норме и сл.) за све или већину актера у туризму“. Ibid, стр. 19.

Закључак

Усклађивање националних прописа са прописима ЕУ у делу Националне стратегије одрживог развоја који се односи на област животне средине дефинисано је у највећем броју случајева као приоритетан циљ. Тај циљ се односи на различита конкретна питања релевантна за област животне средине, осим у делу који се односи на развој шумарства, ловства и рибарства, односно у области туризма. Предвиђа се, најчешће, да се усклађивање већег дела националних прописа има обавити у краткорочном периоду, осим за део прописа који се тичу неких системских питања повезаних са великим инвестицијама и неких које се односе на потпуно нове инструменте управљања у области животне средине. Решења садржана у Националном програму за интеграцију у ЕУ представљају неку врсту конкретизације приоритета из Националне стратегије одрживог развоја а извесне разлике би се могле приписати више методолошким разлозима. За извесна одступања у решењима садржаним у другим стратешким документима која су од значаја за област животне средине не би се могло рећи да нарушавају општи утисак о високом приоритету који се даје питању усклађивања прописа. Остаје питање реалног смисла приоритетног значаја који се придаје усклађивању националних прописа са прописима ЕУ и утицаја такве позиције на остваривање ширих циљева у области одрживог развоја. Вероватно је да би се овакво стање могло разумети у контексту опште процене о значају правног оквира као кључне претходне претпоставке за остваривање циљева одрживог развоја, нарочито у вези са институционалним капацитетима, иако би стање у свакој појединачној области требало испитивати од случаја до случаја.

Избор из литературе

- *Акциони план за спровођење Националне стратегије одрживог развоја за период од 2009 до 2017. године* („Сл. гласник РС“, бр. 22/09);
- *„Визија, циљеви и концепција просторног развоја Републике Србије“* (<http://www.rapp.sr.gov.yu/index.php?idstr=106>);

- *Водопривредна основа Републике Србије* ("Сл. гласник РС", бр. 11/2002);
- Вукадиновић, Р., Јовановић, Н., Међак, В., Тодорић, В., *Како усклађивати домаће прописе са правним тековинама Европске уније*, Влада Републике Србије, Министарство за економске односе са иностранством, Београд, 2004;
- *Handbook on the Implementation of EC Environmental Legislation*, Regional Environmental Center, Budapest, 2008;
- *Национална стратегија одрживог развоја*, Влада Републике Србије, Београд, 2008;
- *Национална стратегија управљања отпадом са програмом приближавања ЕУ*, Влада Републике Србије, Београд, 2003;
- *Национални програм за интеграцију у Европску унију*, Влада Републике Србије, Београд, 2008. (<http://www.seio.sr.gov.yu/code/navigate.asp?Id=2>);
- *Препоруке Радне групе за заштиту животне средине Националног конвента о Европској унији*, Европски покрет у Србији, Београд, 02. март 2009. (<http://www.eukonvent.org/downloads2/090330-Preporuka2-eko.pdf>);
- *Просторни план Републике Србије* („Службени гласник РС“, бр. 13/96);
- Schrijver, N., Weiss, F., (ed), *International Law and Sustainable Development – Principles and Practice*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;
- *Стратегија развоја енергетике Републике Србије до 2015.* („Службени гласник РС“, бр. 44/05);
- *Стратегија развоја железничког, друмског, водног, ваздушног и интермодалног транспорта у Републици Србији од 2008. до 2015. године*, Влада Републике Србије, Београд, 2008;
- *Стратегија развоја пољопривреде Србије*, ([http://www.minpolj.sr.gov.yu/index.php?Itemid=75&id=64&option=com_content&task=view](http://www.minpolj.sr.gov.yu/index.php?Itemid=75&id=64&option=com_content&task=view;));
- *Стратегија развоја шумарства Републике Србије*, Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде, Управа за шуме, Београд, 2006. (http://www.minpolj.sr.gov.yu/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=60&Itemid=67);
- *Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији*, Влада Републике Србије, Београд, 2009;

- Тодић, Д., *»Нови закони Републике Србије у области животне средине и универзалне вредности«*, Правни живот, бр. 9/05, стр. 573-586;
- Тодић, Д., *Одрживи развој и принципи политике и права животне средине*, Правни живот, бр. 9/2007, стр.429-443;
- Тодић, Д., *Савремена политика и право животне средине*, Мегатренд универзитет, Београд, 2008;

Prof. Dragoljub Todić, LL.D.

Associate Professor

"Megatrend" University, Belgrade

**THE NATIONAL STRATEGY OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF THE
REPUBLIC OF SERBIA AND THE HARMONIZATION OF SERBIAN
ENVIRONMENTAL LEGISLATION WITH THE EU LAW**

Summary

Possibilities, needs and priorities in the process of harmonization of national environmental legislations with the EU legislations are mentioned in a number of strategic documents of importance for the environment. Relevant provisions of National Sustainable Development Strategy of the Republic of Serbia, and the relationship with the goals established in other strategic documents relevant to the environment, are analyzed in the paper. Relationship between provisions contained in the National Sustainable Development Strategy and National program for integration into the European Union deserves special attention. National Strategy of Sustainable Development in all key environmental areas (air, water, land, biodiversity and protection of nature, forests, mineral resources, climate change, waste, chemicals, incidents, ionizing and non ionizing radiation, noise, etc.) contains provisions explicitly relevant for the state and perspectives of legal regulation and harmonization of national regulations with EU legislation and relevant international treaties. It also includes provision of the National strategy in the part that directly relates to the individual economic sectors relevant for the most pressure on the state of the environment (industry, mining, energy, agriculture, tourism, transport, forestry, etc.). The paper provides a review of compliance of certain key regulations in the field of environmental regulations with the EU. Generally it can be concluded that one small part of national regulations in the field of the environment is in line with the EU; a significant part is in process of harmonization; several peaces of legislation have yet to start harmonization procedure. Problems related to the process of transposition of the EU standards in national legislation and the problems related to the implementation of environmental legislation are, however, much more complex in nature. They mostly stem from the present level of economic development of the

Republic of Serbia (in the broader sense of the word) and are manifested, among other things, in the fact that the existing capacities of all subjects of environmental protection (the competent authorities at all levels – specially authorities of the local self-government, enterprises, scientific and professional organizations, NGOs, etc.) are not in accordance with requirements prescribed by the relevant EU legislation. This could have implications for the achievement of sustainable development priorities defined by the National Strategy of Sustainable Development.

Key words: *environment, sustainable development, harmonization of legislation, EU*

Prof. Tanja Karakamiševa, PhD
Associate Professor
Faculty of Law “Justinian the First”
University “St. Cyril and Methodius”, Skopje

UDK: 342.8(497.7:4-672EU)

**THE EUROPEAN ELECTION STANDARDS AND
THE NECESSARY MEASURES TO ELIMINATE THE
PRACTICE OF FAMILY VOTING:
*Legal and Political Perspective***

“To govern is to elect”
(Filippo Pananti)

Abstract:

The election law makes a distinction between European and international election standards. The European standards are defined in European documents, while the international ones are most often contained in United Nations treaties and documents. The election standards are defined in two types of legal instruments: legally binding and those that are not legally binding instruments. The increase in the number of international and European standards is an evident indicator of the progress achieved in the cooperation, democratization and the rule of law in the international community. These are instruments that in the process of harmonization, unification and application of the best values, principles, practices and techniques of democratic elections legitimize the political authorities of the countries. International and European standards are to be applied when there is a lack of international or European legally binding documents elaborating election related issues in greater detail.

In search of a system integrating supranational standards in the area of elections, international organizations, the Council of Europe and the European Commission concentrate on promoting the so called macro-

conditions as values and principles that would safeguard the democratic contents of free and fair elections. The organization of elections and election systems are traditionally part of the national jurisdiction of the states. Each country independently sets the rules which make the essence of the legal framework in the matters of elections, and the state has the right to autonomously decide what electoral system it will establish and what rules will be applied in conducting the election process. In making the choice of rules indeed the state must take due care of the obligations it has assumed as a signatory to international and European documents, which directly or indirectly regulate the matter of elections.

Key words:

election standards, election process, election right, Election code, electoral democracy, family voting, proxy voting, rule of law, election complaint

1. The European Election Standards and the Macedonian Election Legal Practice

1. Each state independently creates its election system and the rules which are the content of the election legal framework. Of course, each state must take into the consideration the obligations which are part of the process of ratification and implementation of the international and European documents which directly or indirectly regulate the election matters. The state-members of the Council of Europe, when joining in the organization, have agreed that they are obliged to conduct the elections (presidential, parliamentary and local) through full respect and fulfilment of the European standards. This obligation is also a part of the European convention for human rights.

In this sense, the application of the standards contented in the Code of Good Practice in Electoral Matters of the Venice Commission¹ in the Republic of Macedonia should be accounted as an inevitable step in direction

¹ See: CDL-AD(2002)023 rev.

of implementation and respect of the undertaken duties as a part of the international organization.

2. The term "**election standard**" has been understood as a **guide for electoral behaviour and as a guide for judging the electoral behaviour.**

The **universal international standards concerning the principles of democratic elections are incorporated into several international agreements:**

– **Universal Declaration of Human Rights of the 1948** (art. 21 where the basic premises for "election rights" are established)²;

– The basic premises for election rights were further developed in **Article 25 (b) of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)**³;

– **Article 1 of the 1952 Convention on the Political Rights of Women;**

– **Article 5 (c) and (d) of the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination;**

– **Article 7 of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women;**

– **The United Nations General Assembly in Resolution 46/130 of December 1991** affirms, "It is the concern solely of peoples to determine methods and to establish institutions regarding the electoral process, as well as to determine the ways for its implementation according to their Constitution and national legislation"⁴.

² See: **Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217 A (III), 10 December, 1948.**

³ "Every citizen shall have the right and opportunity, without any of the distinctions mentioned in Article 2, and without unreasonable restrictions:

a) to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives,

b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which will be by universal and equal suffrage which shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors"?

See: **International Covenant on Civil and Political Rights, signed 16 December 1966, entered into force 23 March 1976, 999 UNTS 171.**

⁴ See: **Prof. Evgeni Tanchev, "International and European Legal Standards Concerning Principles of Democratic Elections", Collection Science and technique of**

The European election standards are incorporated into several European conventions:

– **The European Convention on Human Rights of 1950 underscores election rights.** Article 3 of the First Protocol declares, “The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”. Accordingly, the following are expressly proclaimed: - the right to free elections, embodying free expression of the opinion of the people, elections are to be held at reasonable intervals, and secrecy of the ballot, which includes secrecy of returning operations;

– **The Conference on Security and Cooperation in Europe, meeting in Copenhagen in 1990, declared in Section 7 of the basic agreement document that the 56 participating states, “will hold elections at reasonable intervals as established by law”⁵;**

– **Convention on the Participation of Foreigners in Public Law at Local Level, Article 6** in relation to the right to vote in municipal elections and

democracy, No. 39, Venice Commission, *European Standards of Electoral Law in Contemporary Constitutionalism*, Council of Europe Publishing, December, 2005, pp. 9-27, and D. Shelton, “Commitment and Compliance: What Role for International Soft Law?”, <http://www.ceip.org/programs/global/semshelton.htm>.

Also see: *Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections*, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, January, 2001, pp.1-2.

⁵ “...permit all seats of at least one Chamber of the National Legislature to be fully contested on a popular vote, guarantee universal and equal suffrage to adult citizens, ensure that votes are cast by secret ballot or by equivalent free voting procedure and that they are counted and recorded honestly with the official results made public, ensure that law and public policy work to permit critical campaigns to be conducted in a fair and free atmosphere in which neither administrative action, violence nor intimidation bars the parties and their candidates from freely presenting their views and qualifications, or prevents the voters from learning and discussion or from casting their vote free of fear from retribution”. See: *Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections*, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, January, 2001, pp.34.

– **Jurisprudence of the ECHR on the European Convention on Human Rights, Protocol 1, Article 3**⁶. The right to free elections was not contained in the finalised text of the Convention and had to wait for the adoption of the First Protocol to the Convention in 1954.⁷ The Court gave its **first judgment in Mathieu - Mohin and Clerfayt v. Belgium in 1987** although it was preceded by some path finding admissibility decisions of the former Commission which are followed by the Court to this day.⁸

The Court has read into Article 3 both the right to vote and the right to stand for elections but accepts that both rights may be subject to restrictions provided that such restrictions are not arbitrary and do not undermine the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. Since this leading judgment there have been a large number of cases, many of them concerning the electoral systems of central and eastern European countries. However there are five leading judgments which establish the Court's general approach to the interpretation of Article 3 concerning both active and passive electoral rights - **Matthews v. United Kingdom, Hirst (No 2) v. United Kingdom, Ždanoka v. Latvia, Podkolzina v. Latvia and Yumak and Sadak v. Turkey.**⁹

⁶ See the paper: Mr. Pierre Garrone, "The Constitutional Principles of Electoral Law", *New Trends in Electoral Law in a Pan-European context*, Collection Science and Technique of Democracy, No. 25, European Commission for Democracy through Law, Council of Europe, September, 1999, (pp.11-34). See the Cases of the ECHR:

Ahmad & Others v. United Kingdom, ECHR Reports 1998-VI,

Bowman v. United Kingdom, ECHR Reports 1998-I, Mathews v. United Kingdom, ECHR Reports 1999-I,

Gaulieder v. Slovakia, App. No. 36909/97, Gitonas & Others v. Greece, ECHR Reports 1997-IV, etc.

⁷ See: Sergey Golubok, "Right to free elections: emerging guarantees or two layers of protection?" (2008), paper available in the Human Rights Library, Strasbourg.

⁸ Ždanoka v. Latvia (GC), no. 58278/00, §§ 109-11, ECHR 2006....for examples of some of these cases.

⁹ See: Mr. Michael O'Boyle, "Electoral Disputes and the ECHR: An Overview", *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)*, CDL-UD(2008)010, Strasbourg, 12 November, 2008, pp.2.

Matthews v. United Kingdom (GC), no. 24833/94, ECHR 1999 - I;

Hirst (No 2) v. United Kingdom (GC), no. 74025/01, ECHR 2005-IX;

Ždanoka v. Latvia (GC), no. 58278/00, ECHR 2006;

Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, ECHR 2002-II; and

The case law of the ECHR has established guarantees of universality of the right to vote (“active franchise”) and to stand as a candidate and, once elected, to exercise one’s mandate (right to be elected, or “passive franchise”), the principle of equality of treatment for all citizens in exercising their right to vote and their right to stand for election.

From legal perspective, the Republic of Macedonia had ratified the most of the abovementioned international and European conventions and declarations and had made implementation of their values and principles in the Constitution and also into the electoral framework as guidelines for organizing the democratic and free elections.

2. Legal Framework for Regulation of the Elections in the Republic of Macedonia

The legal framework regulating the elections in the Republic of Macedonia consists of the Constitution of the Republic of Macedonia¹⁰, the Election Code of the Republic of Macedonia¹¹, which entered into force on 31. March 2006, as well as the latest amendments and supplements to the Election Code published in the "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 136, 30. October 2008.

It is obviously clear that the legal framework that is structured in a manner to be readily accessible to the public, transparent and addresses all the components of an electoral system contributes towards free, fair and democratic elections. The rights associated with elections are of little value without protection of the law. The right to challenge decisions, actions or failures to act in connection with an election may therefore be considered as part of these rights.

Yumak and Sadak v. Turkey (GC), no. 10226/03, 8 July 2008.

¹⁰ See: "Official Gazette of the Republic of Macedonia", no. 52, 22.11.1991, Amendments 1 and 2, no. 1, 10. January 1992, Amendment 3, no. 3, 2. July 1998, Amendments 4-18, no. 91, 20. November, 2001, Amendment 19, no. 84, 30. December 2003 and Amendments 20-30, no. 107, 9. December 2005, Amendment 31, January 2009.

¹¹ See: "Official Gazette of the Republic of Macedonia", no. 40/2006, and no. 136, 30.10.2008.

Due to the interrelation between the efficient resolution of the election irregularities and the level of the governmental legitimacy and citizens' trust in elections the interest of the international community on election disputes resolution has increased over the recent years. International standards require from the states to guarantee the right of every individual or political party to a remedy for violation of political and electoral rights, including the right to vote and to be registered as a voter, as well as to be an election candidate and campaign rights.

In this respect the national legal framework should provide an effective remedies and mechanisms for the enforcement of electoral rights. In addition this system must be supplemented by the independent judiciary and the effective implementation of the rule of law in the country.

It should be also emphasized that every country has its own margin of appreciation in regulating this issue but its choices are not unlimited and domestic electoral legislation has to be exercised in conformity with the international standards and the best practices in this field. Also it must be born in mind that democratic elections have also become a condition for membership in many international organizations and the bases for legitimacy of governments among the community of nations¹².

The legal system of the Republic of Macedonia envisages several channels of protection of the voting rights and of ensuring fair and democratic election process.

The first channel is the procedure for protection of voting rights pursued before election bodies in charge of providing legal conduct of the election process. Court protection of voting rights is envisaged against decisions of election management bodies, before the Administrative Court after the October 2008 amendments of the Election Code.

The second channel for institutional response to election irregularities is the misdemeanor procedure before misdemeanor courts. The criminal law response to the election irregularities is very important in this context which is another form of court protection of voting rights.

¹² For instance see: Protocol of amendments to the Charter of the Organization of American States, article I (14 December 1992 known as Washington Protocol); Accession of Monaco to Council of Europe contingent upon the reform of the election law (Report of Parliamentary Assembly, June 1999).

The Criminal Code of the Republic of Macedonia¹³ **defines nine crimes against the election process systematized in a separate chapter 16 which is entitled "Crimes against Elections and Voting":**

- Preventing elections and voting (Article 158),
- Violation of the voting right (Article 159),
- Violation of the voter's freedom of choice (Article 160),
- Misuse of the voting right (Article 161),
- Bribery at elections and voting (Article 162),
- Violation of the confidentiality of voting (Article 163),
- Destruction of electoral documents (Article 164),
- Electoral deceit (Article 165) and
- Abuse of funds for financing election campaign (Article 165-a).¹⁴

After the amendments and supplements to the Criminal Code, the legal essence of all crimes has been changed in respect of prescribed punishments, making the sentences drastically stricter, while some of the crimes have been changed in terms of the description of their elements, and under the new Article 165-a a new incrimination has been introduced "abuse of the election campaign funds". The legal essence of the crimes ensures solid criminal law protection.

However, the practice shows that in respect of some of the incriminated acts there is certain vagueness, while as regards some of the election irregularities there has not been full criminal law protection provided. This emphasizes the need for certain corrections and precise definition of the acts of perpetration of certain crimes, as well as certain gradation in respect of some crimes by envisaging qualified forms of the crime, but also privileging some of the acts in order to make the criminal law policy towards such crimes more lenient.

¹³ "Official Gazette of the Republic of Macedonia", no. 73/2006.

¹⁴ This is a new incrimination introduced with the 2006 amendments of the Criminal Code.

3. Practice of the Family and Proxy Voting in the Republic of Macedonia

The family and proxy voting in the Republic of Macedonia are the two most common forms of violation of the election right. They are defined as election irregularities present in all OSCE reports¹⁵ concerning the Macedonian elections as well as in the reports of all domestic monitoring organizations.

Despite the fact that the Republic of Macedonia made a huge step forward in the process of improving the quality of the election legislation and implementation of the European and international election standards, still the facts relating with the problems of violation of the voting rights, violation of the voter's freedom of choice, misuse of the voting right, i.e. family and proxy voting etc. are existing and are the evident problems which have to be solved by the state institutions which are directly involved into the election process. Although Macedonian Electoral Law has in place a relatively strong legal framework that is a prerequisite for addressing the problem of family and proxy voting, the available evidence suggests that the law is not being fully implemented¹⁶.

The state institutions in the Republic of Macedonia very often are powerless to stop these crimes. In some situations polling officials are refusing to adhere fully to electoral regulations and do not consider proxy and family voting as an infringement of electoral, criminal and constitutional laws. The polling officials are found to be involved in performing the crimes with not evidencing the criminal activities into the election report or by tolerating of its executors as activities which are permitted by the law¹⁷.

¹⁵ See: OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Early Parliamentary Elections 2008, Final Report, page 21, OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Parliamentary Elections 2006, Final Report, page 26, OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Local Elections 2005, Final Report, page 25, OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Presidential Elections 2004, Final Report, page 26 etc.

¹⁶ Data provided by the OSCE/ODIHR Spillover Monitoring Mission in Skopje.

¹⁷ The State Election Commission dismissed 6 chairpersons of Municipal Election Commissions in Saraj, Lipkovo, Tetovo, Brvenica, Bogovinje and Gostivar due to serious election irregularities but without any further procedure for criminal investigation. The State Election Commission did not replace the members of Election boards where there

Although explanations of this practice may focus on local attitudes and traditions, where it is customary for men to speak and act on a women behalf in public and political affairs, proxy and family voting is identified as a rather post-communist phenomenon than an ethnic one since it is principally restricted to post-communist countries having introduced new democratic political structures.

Therefore it might be concluded that sometimes the process of reforming the laws and its harmonization with the international and European election standards in the Republic of Macedonia is not going in the same direction with the implementation of those standards in the practice, or more concrete, the Republic of Macedonia is doing reforms on the legislative level but sometimes is far away from the qualitative implementation of the legislative norms and standards in the practice.

I have the impression that when it comes to the elections the institutions in the Republic of Macedonia performs very strong declarative will of implementation and realization of the election standards but very problematic operational activities, strong legal propaganda but problematic legal realization.

According to the definition which is stipulated **in the Recommendation 1676 (2004) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe for Women's participation in elections, the "family voting" occurs in three ways:**

- in group voting, where a male family member accompanies one or more women relatives into a polling booth;
- in open voting, when family groups vote together in the open, and
- in proxy voting, where a male family member collects ballot papers belonging to one or more women relatives and marks those papers as he sees fit.

were irregularities in the election process established, such as ballot box stuffing. See more details in: Progress Report under the Project-Monitoring the Institutional Response against Election Irregularities at the 2008 Early Parliamentary Election, Coalition All 4fair Trial, Skopje, December, 2008, supported by the OSCE and SOROS-Skopje.

It is more than familiar that the "family voting" is an undemocratic practice which disenfranchises women voters and should not be tolerated. Although the Recommendations of the Council of Europe are very clear and are against those forms of violation of the election right, family and proxy voting have been acknowledged as a problem in the Republic of Macedonia for a number of years. OSCE/ODIHR election observation reports have regularly cited this problem. Also in an IFES survey of election officials, proxy and family voting was the second-most commonly cited irregularities (though it is noteworthy that few officials acknowledged the presence of any irregularity).

Council of Europe Parliamentary Assembly election observation missions have also regularly noted this practice, and the Republic of Macedonia was also singled out for special mention in a 2002 Council of Europe Congress of Local and Regional Authorities memorandum on family and proxy voting and the problem was recently highlighted in the 2006 CEDAW report on the country.

Usually, the family and proxy voting in the Macedonian election is explained by using the political and cultural attitudes that fail to recognize women's right to full and equal citizenship with men. Also lack of political will to address this problem evidently stems from the fact that family and proxy voting is connected with a system of clientelism and inter-personal relationships established at local level by parties, in which preferential treatment is given to families and communities in exchange for votes.

In this context, family and proxy voting appears to be a means of facilitating the "delivery" of votes by family and community heads.

It seems also that family and proxy voting in Macedonian elections has increased as election violence has diminished and that to some extent these forms of electoral malpractice have replaced violence as a means of manipulating elections in the aim of securing particular outcomes.

The parties that benefit from proxy and family voting appear to benefit more or less equally. This suggests that no party would stand to suffer significantly if the practice were eliminated. Elimination of this practice in the Macedonian election would in fact be in their collective benefit, in that all Macedonian politicians would benefit from the enhanced interna-

tional legitimacy conferred by adherence to international election standards.

There is, however, a potential commitment problem involved in eradicating proxy and family voting, in as much as individual parties will suffer if they alone comply with commitments to reduce the practice. If they do not trust other parties to comply, then they have little incentive to comply themselves.

From the previous remarks it could be concluded that the development of a democratic society in Macedonia is still not complete. The secret and individual ballot is a fundamental feature of the democratic process. Unfortunately in Macedonian 2006 parliamentary elections and in the 2008 early parliamentary elections, group voting was observed in more than 20 percent of the polling stations¹⁸. This practice has great implications for people's ability to express their individual wishes as citizens, and predominantly affects women.

In the Republic of Macedonia, both the Constitution and the national laws guarantee complete equality between men and women. The fact that the law does not make any distinction between the legal capacity of men and women means that there are no legal limitations for women, among the other rights, to express its political affiliation and to have right to vote. But, despite this, women are often excluded from the political events¹⁹.

The most number of violations of the women right to vote is evident in the rural areas and among women voters in the Albanian ethnic community. Further, within the Roma ethnic community, some women notably abstain from exercising the right to vote.

The following may be identified as obstacles, preventing women from exercising their right to vote: tradition, poor economic conditions of

¹⁸ See the Final reports of MOST, Domestic monitoring organization, in the web-site: www.most.org.mk.

¹⁹ See more information in the Briefing for the Human Rights Committee from the Association for Emancipation, Solidarity and Equality of Women of the Republic of Macedonia (ESE) in partnership with the World Organization Against Torture (OMCT), "Women's rights in the FYROM", Human Rights Committee, 90th Session, Geneva, 2007,

http://www.esem.org.mk/Root/mak/_docsShadowreportMacedonia_OMCT_ESE_Macedonia.pdf.

certain women and low levels of education. There are communities that look negatively at participation of women in the political life. This situation is on a contrary of the European standard where it is stated that women have to exercise fair chance both to freely elect the candidate of their choice and to be elected.

4. What measures has to be undertaken to eliminate the practice of family voting in the Republic of Macedonia?

The necessary measures could be divided in two groups: measures with preventive character and measures which have penalty dimension.

In the first group of measures the long-term education and awareness-raising campaigns for the notion and the substance of the voter right during pre-election periods plays the crucial role. The long-term education has to be directed to the issues related with the policy of gender equality with special emphasize on the women's election rights and both directly and indirectly participation in the politics. Developing the voter's education by enhancing public awareness about the family and proxy voting is the most important measure with preventive dimension.

Also there is need to have a measures related with the overcoming the gender sensitivity in the politics and reducing the gender stereotyping in the politics, increasing women's political participation and issue-based campaigns that respond to concerns of both women and men, promote women's activities and creating a "space" in regions for women to meet and discuss issues, etc²⁰.

The second group of measures is related with the respect and implementation of the Macedonian Constitution, the articles of the Election and Criminal Code. From the data's received in the communication with the Public Prosecutor's Offices for the election irregularities with the crimi-

²⁰ Related with the importance of implementation of the measures contended into the Recommendation Rec (2003)3 of the Committee of Ministers to member states on balanced participation of women and men in political and public decision making adopted on 12 March 2003 and explanatory memorandum. See the web-site of Council of Europe, Strasbourg 12. March, 2003, www.coe.int.

nal substance which had happened in the early parliamentary elections in 2008²¹, the highest number of proceedings have been instituted against the crime of preventing elections and voting, while a significantly smaller number of proceedings are related to the crimes of abuse of voting right, violation of voting rights and against the crime of destruction of electoral documents.

In this respect, most of the instituted proceedings against the crime of preventing elections and voting are related to the criminal offence under Article 158, paragraph 2. This means that the concerned persons are mainly suspected of having committed the crime with use of fire arms of explosive devices, or by using violence against several persons, which also applies to cases in which the criminal offence has been committed by an organized group or at several polling stations.

The violent manner of committing the crimes is confirmed with the fact that in large number of cases, persons suspected of the crime preventing elections and voting are at the same time prosecuted for the crime of illicit manufacturing, keeping and trade in arms and explosive materials.

Comparing the structure of reported offences with the structure of irregularities it can be noticed that the most frequently occurring irregularities noted by observers are family and proxy voting and ballot boxes staffing which on its part would suggest that the structure of reported crimes would predominantly consist of acts that can be subsumed under the crimes of abuse of voting right, violation of the secrecy of voting and violation of the freedom of choice of the voters. Yet, this structure is not established structure of the reported crimes.

Although Macedonian Criminal Code has prescribed many crimes with very rigid sanctions, it could be concluded that the elements of using violence in committing crimes against elections are on the rise. It could be noticed that there is no efficient institutional response to the activities vio-

²¹ Communication of the Gostivar Public Prosecutor's Office to the Coalition All for Fair Trails, dated 28 October 2008, communication of the Tetovo Public Prosecutor's Office to the Coalition All for Fair Trails, dated 24 November 2008, see: Progress Report under the Project-Monitoring the Institutional Response against Election Irregularities at the 2008 Early Parliamentary Election, Coalition All 4fair Trial, Skopje, December, 2008, supported by the OSCE and SOROS-Skopje, page 23.

lating the freedom of choice, inalienability of voting rights and secrecy of voting. The stricter penal policy for crimes against elections and voting introduced in 2006 has not produced positive results in terms of the overall prevention.

It is obviously clear that the Republic of Macedonia as a member of the Council of Europe have to bear in mind the importance of the rule of law principle as a precondition for the protection of the human rights.

The rule of law principle is specially reflected in the section 5, paragraphs 5.10 to 5.12 of the Copenhagen Document²², which foresee that the participating states has to ensure to its citizens an:

- *effective remedy against the administrative decisions,*
- *that adverse decisions has to be justified and subject to remedy,* and
- *that the impartiality of the judiciary has to be ensured.*

Demands from the member states to guarantee the election contestants (candidates and parties or other organizations proposing candidates) the right to submit complaints and appeals concerning the all aspects of the electoral process and to appeal the decision to the relevant court. The article furthermore provides that this right has to be also granted to the voters with respect to their suffrage rights. It states that the election contestants must be given the opportunity to:

- challenge all aspects of the electoral process,
- the participating states have to guarantee that the legal remedies will be heard by the respective administrative and judicial bodies, and
- enable the parties to file an appeal to the relevant court.

The appeal body must have authority in particular over the matters such as: the right to vote – including electoral registers-and eligibility, the validity of candidatures, proper observance of electoral campaign rules and the outcome of elections.²³ It says that the voters have to be able to complain

²² Since its adoption in 1990 the Copenhagen Document has become one of the main international documents that lay down the principles for democratic elections in the OSCE region. The relevance of the Copenhagen document has been confirmed by the Istanbul Summit Declaration's commitment which states that the ODIHR's election related recommendations shall be implemented by all OSCE participating states.

²³ See CDL guidelines, II 3.3; ODIHR, Election dispute report and legal review guidelines, XIV; ACEEEO, 4.6,5 (2.6), 18. The CDL guidelines, id., state:d.

and appeal the decisions that violate their suffrage rights, including the voters' registration.

Election complaints and appeals have to be resolved in a timely and effective manner and that the appeal process should not be designed in a manner that repetitive appeals would prevent the timely announcement of results. Participating states have to undertake necessary activities in order to guarantee expeditious consideration of the appeals and complaints and their authorities to resolve them in timely and effective manner. The states obliged themselves to guarantee the independence of the judges and impartial operation of the public judicial service.

As it is written in the Venice Commissions' Code of Good Practice in Electoral Matters, "*European electoral heritage underlies five principles (universal, equal, free, secret and direct suffrage) which are essential for democracy. It enables democracy to be expressed in different ways but within certain limits. Procedural framework must allow the rules lay down to be implemented effectively with respect of fundamental rights and in manner credibility of electoral process should be guarantee*", Macedonian state institutions must ensure effective implementation of the election legislation and the violations of the electoral law to be open to challenge by individual citizens before an appeal body. This applies, in particular to:

- *Election results* (irregularities in the voting procedures may be challenged by individual citizens); and
- *Decisions taken before the elections* (irregularities in connection with the right to vote (family and proxy voting), electoral registers and standing for election, the validity of candidatures compliance with the rules governing the electoral campaign and access to the media or to party funding also may be challenged).

The scale and efficiency of the institutional response to election irregularities is determined by the legal instruments but even more by the institutional capacities and by the will for their consistent application by competent bodies. The issue is complicated by the fact that the political structure that has acquired legitimacy at the elections is to detect and prosecute the perpetrators of election irregularities.

However, in democratic societies in which the rule of law is respected there is no other alternative considering that citizens expect previously accepted rules of the game to be respected and perpetrators to be punished, and if not citizens lose their trust in the election process and the regularity of elections is under suspicion, which ultimately calls into question the legitimacy of elected representatives.

5. Conclusion

The elections and the implementation of the international and European election standards in the national electoral laws are the contingent and inevitable features of democracy.

But, building a democracy in one country means much more than organizing elections with respecting the accepted international and European standards in written. Democracy means much more than organizing regular, competitive and transparent elections in formal way by accepting the standards in the laws, because what happens in practice before, in the day of election and after elections is much important, as is the capacity of voters to demand that electoral processes are translated into genuine gains for the population.

Elections are the paradigm of enforceable accountability.

No form of accountability is more direct; no form of participation is more egalitarian. But it would be a mistake to equate democracy with regular elections. Democracy also requires functioning institutions and adopting the standards in the everyday institutional practice.

Implementation of the elections standard is crucial part of democracy - building capacity of each state, especially when the state is in the process of deepening and widening the democracy in its political and constitutional system, like it happens in the Republic of Macedonia.

The election standards must be part and content of each and every element of the election process in one democratic country. The introduction of international and European election standards is an important democratic safeguard aimed at preserving the genuine democratic character of representative government.

Др Тања Каракамишева, ванредни професор

Правни факултет „Јустинијан Први”

Универзитет „Св. Кирило и Методије”, Скопље

ЕВРОПСКИ ИЗБОРНИ СТАНДАРДИ И НЕОПХОДНЕ МЕРЕ ЗА УКИДАЊЕ ПРАКСЕ ПОРОДИЧОГ ГЛАСАЊА НА ИЗБОРИМА:

Правно-политички аспект

Апстракт:

У изборном праву постоји јасна разлика између европских и међународних изборних стандарда. Европски стандарди су установљени правним документима Европске уније, док су међународни стандарди углавном садржани у међународним уговорима и документима Уједињених нација. Изборни стандарди се могу одредити кроз две врсте правних инструмената: докумената са обавезујућим правним дејством и докумената са необавезујућим правним дејством. Све већи број међународних и европских стандарда јасно указује на напредак који је у међународној заједници постигнут у областима сарадње, демократизације и владавине права. У процесу хармонизације, унификације и имплементације најбољих вредности, принципа, устаљене праксе и техника демократских избора, ови инструменти заправо доприносе легитимитету политичких органа власти у држави. Међународни и европски изборни стандарди се примењују уколико нема међународних или европских докумената са обавезујућим правним дејством којима би се детаљније регулисала изборна материја.

У потрази за системом који би објединио наднационалне стандарде у области изборног законодавства, међународне организације као и Савет Европе и Европска комисија усмерени су ка унапређењу такозваних макрослова, т.ј. вредности и принципа којима се чува демократски карактер слободних и поштених избора. Изборни систем и организација избора су традиционално у надлежности националних органа власти самих држава. Свака држава самостално прописује правила која чине срж правног оквира којим се регулише изборни процес, и свака држава има суверено право да одлучује о врсти изборног система као и да самостално установи конкретна правила

која ће се примењивати у изборном процесу. Приликом одређивања изборних правила, свака држава мора водити рачуна о обавезама које је преузела као потписница међународних и европских докумената којима се директно или индиректно регулише изборна материја.

Кључне речи: изборни стандарди, изборни процес, изборно право, изборни Код, изборна демократија, породично гласање, владавина права, изборна жалба

САРАДЊА ПОРЕСКИХ АДМИНИСТРАЦИЈА – могућности и ограничења у српском и европском пореском праву¹

Апстракт:

Аутор у раду са ширег становишта сагледава могућности и ограничења сарадње Пореске управе Србије са пореским администрацијама земаља чланица Европске уније. Територијални принцип фискалног суверенитета подстиче савремене државе на узајамну сарадњу ради ефикаснијег функционисања националних пореских система. Ово питање се, најпре, разматра у ширем контексту међународних иницијатива, кроз нормативне оквире, у којима се успоставља и остварује комуникација националних пореских администрација.

У домену пореске сарадње врло је осетљиво питање усклађивања правила која се односе на узајамну правну помоћ у пореској материји. Принцип резидентства би, наиме, у свом пуном облику захтевао вршење пореске власти и на територији друге државе, што је према међународном јавном праву недопустиво.

У раду се даље објашњавају циљеви и облици међународне пореске сарадње. Затим следи преглед европске регулативе и важећег законодавства Србије, којима се уређује размена пореских информација између националних пореских администрација.

У последњем делу рада, анализирају се потенцијалне користи и штете, односно последице процеса пореске сарадње националних пореских администрација. Аутор посебно указује на ризик, који ствара

¹ Рад је 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.

узајамна административна сарадња, повезан са обезбеђењем сигурности размењених поверљивих пореских информација и заштитом приватности пореских обвезника.

Кључне речи:

пореска сарадња, размена пореских информација, порески уговори, заштита приватности пореских обвезника

Уводна разматрања

Јаче повезивање националних економија и убрзано кретање финансијског капитала у условима значајно либерализованих финансијских тржишта, носи са собом ризике по функционисање националних пореских система. Појава није нова, само је данас добила на интензитету због појачане активности међународних институција, спремних да успоставе и наметну државама одређене стандарде понашања у сфери међународне пореске сарадње. Овај вид комуникације националних пореских администрација традиционално се успоставља путем закључивања билатералних споразума о избегавању двоструког опорезивања.

Посебном клаузулом у међународним пореским споразумима предвиђа се размена пореских информација између националних пореских органа, под условом реципроцитета. Тиме се обезбеђује правни основ за међународну сарадњу и за размену информација о пореским обвезницима, ради ефикасне борбе против међународне пореске евазије. Интерес је држава уговорница да, у условима интензивирања међународног пословања и инвестирања, заштите своје пореске основице од ерозије проузроковане немогућношћу потпуне реализације принципа резидентности. Индустијски развијене државе сматрају да такав вид помоћи није довољно ефикасан и ради тога предузимају заједничке иницијативе, како би убрзале међународну пореску сарадњу. Велики број земаља је прихватио или се изјаснио да прихвата успостављене међународне стандарде у пореској сарадњи, одступајући при томе од не-

ких битних начела пословања у националним оквирима (банкарска тајност, поверљивост финансијских података о власништву) или поступања националних државних органа у пружању узајамне правне помоћи.

Инсистирање на транспарентности и ефикасној размени пореских информација, ради адекватне примене националних пореских закона и спречавања међународне евазије пореза, води постепеном и прикривеном умањивању пореског суверенитета држава (имплицитној пореској хармонизацији). Да ли је потпуније остварење принципа резидентности довољно вредно слабљења и разградње домаћег пореског и пословног законодавства? Могу ли државе у узајамној административној сарадњи у пореској материји осигурати потребну заштиту тајности размењених пореских информација и интереса пореских обвезника? Ове дилеме стоје и пред Србијом у процесима сарадње Пореске управе са европским и другим пореским администрацијама и захтевају адекватно разјашњење.

Шири међународно-нормативни оквир за успостављање и остваривање међународне пореске сарадње

Узајамну правну помоћ у пореским стварима треба сагледавати у ширем контексту, кроз активности међународних организација које се, последњу деценију, посебно ангажују на плану убрзаног развијања међународне пореске сарадње. Међународна помоћ у пореској материји остварује се у одређеним оквирима, које чине: билатерални порески уговори, одређени међународни инструменти посебно обликовани за административну помоћ у пореској материји, као што су порески споразуми о размени информација базирани на Моделу споразума о размени пореских информација из 2002. године и Конвенција Савета Европе и ОЕЦД из 1988. године. У оквиру Европске уније ова област се уређује Директивом о узајамној административној помоћи између пореских органа држава чланица, Директивом о опорезивању штедње из 2005. године, Конвенцијом о узајамној помоћи у кривичној материји (проширеној на пореске ствари додатним Протоколом од 17.3.1978. године у случајевима оптужења за пореске деликте).

Процедуре за пружање помоћи страним пореским администрацијама могу исто тако бити установљене у домаћем законодавству. Неке земље допуштају размену пореских информација са другим државама под условима реципроцитета и поверљивости размењених информација (што је случај и у Србији).

Спорост у одвијању процеса пореске сарадње показује да државе још увек прибегавају традиционалном начину, посредством закључивања билатералних пореских споразума. О томе говори и чињеница да је Конвенцију о узајамној административној помоћи у пореским стварима, коју су пре две деценије усвојили Савет Европе и ОЕЦД, до сада потписало само 14 земаља.

Издизање овог административно-техничког питања на ранг политичко-правног указује на огроман значај који се данас придаје напорима на убрзавању и ефикаснијој размени пореских информација, у што ширим оквирима. Иницијатива коју је пре једну деценију започео ОЕЦД (у погледу сузбијања штетне пореске праксе) није дала очекиване резултате у смислу већег приближавања националних пореских система (и пореских терета). Решење се очигледно нашло у установљавању и наметању међународних пореских стандарда у погледу транспарентности и ефикасности размене пореских информација који се, према схватањима званичника ОЕЦД, могу сматрати међународним правилима за пореску сарадњу.² Стандарди захтевају: 1) размену информација на захтев где је то «предвидиво значајно» за спровођење домаћег законодавства уговорног партнера; 2) нема ограничења за размену позивањем на банкарску тајност или непостојање домаћег пореског интереса; 3) доступност веродостојних података и овлашћења за њихово добијање; 4) поштовање права пореских обвезника; 5) строга поверљивост размењених информација.

Политичку подршку процесу размене пореских информација дали су министри финансија и гувернери централних банака (Г20) на својим годишњим састанцима, нарочито 2004, 2008. и ове 2009. године.

² Видети: Overview of the OECD's Work on Countering International Tax Evasion: A Brief for Journalists, 21 April 2009, стр. 3-4.

Шефови држава и влада ових земаља на овогодишњем априлском лондонском самиту у усвојеној Декларацији, између осталог, истакли су «да су спремни да наметну санкције у циљу заштите јавних финансија и финансијских система; ера банкарске тајности је завршена», поручили су они. Последице оваквог изјашњавања су несумњиво далекосежне. Шта примена међународно прихваћених стандарда у пореској сарадњи може *de facto* значити за националне пореске суверенитете? У сваком случају, ограничавање у великој мери ако се примењују доследно, онако како су замишљени и формулисани. У досадашњим документима којима је уређивана међународна пореска помоћ, мислимо на билатералне уговоре о избегавању двоструког опорезивања, договорани су услови и обим ове сарадње у складу са интересима држава уговорница, ослањајући се при томе, у највећој мери, на правила дефинисана у Модел Конвенцији ОЕЦД о опорезивању дохотка и имовине.

У новом међународном пореском окружењу, 2002. године, ОЕЦД формулише Модел споразума о размени пореских информација, а 2005. године, редефинише, односно допуњује члан 26. Модел Конвенције о опорезивању дохотка и имовине, којим се отклањају препреке ефикаснијој размени информација, као што су постојање националног интереса и принцип двоструке инкриминације. Оба ова међународна документа предвиђају да банкарска тајна више не може бити разлог за одбијање информација релевантних за опорезивање. И тако, у свету банкарског и финансијског пословања све треба да буде транспарентно што званичници многих држава прихватају, инсистирајући да се ове промене уграде у национална пореска и банкарска законодавства.

У овим међународним документима су предвиђене и изузимајуће одредбе као и правила о поштовању тајности размењених пореских информација, али, у већини држава не постоји законска обавеза претходног обавештавања пореских обвезника о траженим подацима нити могућност њиховог исправљања. С друге стране, то је спор и скуп процес премда захваљујући брзом технолошком напретку међународна комуникација се може одвијати на вишем нивоу од досадашњег.

Циљеви и облици међународне пореске сарадње

Ефикасна административно-техничка комуникација између националних пореских администрација захтева висок ниво технолошке опремљености ових органа као и одговарајућу правну регулативу која би подржала и осигурала безбедну размену пореских информација. Као циљеви који се желе остварити широм пореском сарадњом наводе се: потпунија реализација принципа резидентства,³ избегавање међународног двоструког опорезивања, борба против међународне пореске евазије; ефикаснија реализација националних пореских система.

Размена пореских информација може се остваривати на захтев, аутоматски и спонтано. Члан 26. Модел Конвенције не ограничава форме у којима ће се одвијати овај процес док Модел споразума о размени пореских информација предвиђа само први начин. Домен примене размењених информација одређује се «на најшири могући начин». Да би се осујетили шпекулативни захтеви за достављање информација, предвиђа се стандард «предвидив значај». Конвенција ОЕЦД и Савета Европе из 1988. године предвиђа и симултана пореска истраживања и пореске истраге у иностранству.

Осетљивост процеса размене пореских информација на међународном нивоу изискује постављање одређених ограничења, како не би имао за последицу угрожавање финансијских и других интереса држава и повреду права приватности пореских обвезника. На основу ранијих међународних правила државе су могле да одбију захтев за достављањем пореских података: ако не постоји реципроцитет; ако постоји ризик од откривања пословне и професионалне тајне; уколико би одавање информација било супротно јавном поретку.⁴ У међувремену, ова правила су на неки начин «омекшана» тако да стварају простор за размену пореских информација без мање ограничења.⁵ Битне промене ти-

³ Michael Keen, Jenny E. Lighthart, Information Sharing and International Taxation: A Primer, International Tax and Public Finance, 13/2006, стр. 82.

⁴ Tax Information Exchange Between OECD Countries-A survey of current practices, OECD, 1994, стр. 25-31.

⁵ Више о томе видети: Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes, OECD, 2006, стр. 13-18.

чу се немогућности позивања на банкарску тајност и «непостојање домаћег пореског интереса», као разлоге за одбијање пружања пореских информација у међународним пореским односима.

Регулатива ЕУ о размени пореских информација

Кључни правни инструмент који се односи на пореско-административну сарадњу на европском нивоу потиче из 1977. године (77/799/ЕЕС), са каснијим допунама. Директива о узајамној административној помоћи код непосредног и посредног опорезивања се искључиво односи на утврђивање пореза, а не и на прикупљање и наплату пореза, нити на размену докумената. Нису предвиђена никаква ограничења у погледу држављанства, нити резидентства пореских обвезника, што значи да обавеза сарадње између надлежних пореских органа земаља чланица постоји у вези са утврђивањем пореске обавезе како резидентних, тако и нерезидентних пореских обвезника.⁶ Обавеза узајамне административне помоћи састоји се у пружању одговарајућих информација. Предвиђена су три начина за размену пореских информација: на захтев, аутоматски и спонтано. Ради ефикаснијег прибављања информација о појединим пореским обвезницима може бити корисно да службеници пореског органа земље чланице која је поднела захтев за добијање информација буду непосредно присутни у земљи чланице којој је такав захтев упућен. Међутим, присуство службеника иностраног пореског органа могуће је једино уколико се претходно о томе постигне билатерални договор између две државе.⁷ Добијене информације морају да се чувају као службена тајна у другој држави на исти начин као информације добијене на основу њеног домаћег законодавства.

Директивом су предвиђене одређене ситуације када земља чланица може да одбије сарадњу код размене информација: ако држава

⁶ Гордана Илић-Попов, Пореско право Европске уније, «Службени гласник», Београд, 2004, стр. 176.

⁷ Laurence W. Gormley, EU Taxation Law, Richmond Law&Tax Ltd., 2005, стр.13.

која упућује захтев није претходно исцрпла сва расположива средства на локалној територији да би дошла до потребне информације; уколико се од земље чланице тражи да, у циљу обезбеђивања одређене информације, спроводи истраживања, упите и сл. које није у стању да врши ни за своје сопствене потребе; ако би пружање информација подразумевало откривање пословне или професионалне тајне; у случајевима када је достављање одређене информације супротно јавном интересу; и др.

Директива из 1977. године је допуњена Директивом из 2003. године која је унела одређене промене. Једна од новина састоји се у третирању захтева за информацијом као да је учињен по домаћем праву оне земље чланице ЕУ у којој се налази орган који прикупља информацију, што у већини случајева подразумева обавештавање пореских обвезника о примљеном захтеву за одређеном информацијом од стране надлежног органа друге земље чланице. Исто тако, одредба о поверљивости информација је потпуније формулисана одређивањем случајева у којима информације могу да буду саопштене. Створена је и могућност да земље чланице спроведу истовремену ревизију пословања пореског обвезника, у ситуацији када он обавља пословне активности у две или више земаља чланица ЕУ, и да о томе размене информације.

Фебруара 2009. године усвојени су предлози директива о административној сарадњи и узајамној помоћи између пореских органа земаља чланица ЕУ. Директива о административној сарадњи у области опорезивања предвиђа јаснија и прецизнија правила у погледу узајамне сарадње. Њом се предлаже допуштање пореским органима земаља чланица да врше административна испитивања на територији других земаља чланица. Даље се предвиђа немогућност позивања на институт банкарске тајности као разлог за одбијање захтева за информацијом. Уз то, земље чланице се обавезују да обезбеде исти ниво сарадње било којој земљи чланици који су договорили са неком трећом државом (принцип најповлашћеније нације). Предлогом друге Директиве уређује се узајамна помоћ у наплати пореза и других дажбина а предвиђа се и спонтана размена информација између националних пореских администрација о повраћају пореза нерезидентима, ако порески износ прелази 10.000 €. Нема сумње да ће решења предвиђена новим директива-

ма имати далекосежне последице по ионако окрњени порески суверенитет земаља ове групације. Оправдање се налази у финансијским тешкоћама са којима се Европска унија суочава у условима глобалног економског успоравања, па се вероватно и очекује да ће државе лакше прихватити ово накнадно ограничавање националне административне и пореске власти.

Од 1. јула 2005. године у Европској унији се примењује Директива 2003/48/ЕС о опорезивању прихода од штедње у облику камате. Свака земља чланица има обавезу да аутоматски пружи информације другој земљи чланици о камати коју је исплатила нерезидентним индивидуалним штедишама. Прелазни режим је предвиђен за Аустрију, Белгију и Луксембург које ће у одређеном периоду примењивати порез на камате по одбитку. Директива је обавезујућа и за нове источноевропске земље чланице, али не у потпуности. Процес размене информација о исплаћеним каматама требало би да буде изграђен на штету постојећег института банкарске тајне.⁸ То је вероватно довољно јак разлог што се овај процес споро одвија, насупрот очекивањима његових идејних твораца. Примена ове директиве се може сагледавати и као експеримент за будућу мултилатералну аутоматску размену пореских информација, ширих размера, уз њена побољшања.

Постављање нормативног оквира за размену пореских информација мора да прати и стварање одговарајућих административно-техничких структура, што се у европској пракси реализује посредством програма *Fiscalis*.⁹ Циљ овог програма је модернизација пореске сарадње у смислу прихватања високих заједничких стандарда у раду пореских службеника као и усавршавање постојећих и увођење новог трансевропског компјутеризованог система, ради побољшања сигурне и поуздане размене информација између националних пореских органа.

⁸ Никола Мијатовић, Опорезивање камата унутар Европске уније, *Право и порези*, 12/2005, стр. 77.

⁹ 11. децембра 2007. године Европски Парламент и Савет усвојили су Одлуку No 1482/2007/ЕС којом се установљава *Fiscalis* програм за период 2008-2013 године (*Fiscalis 13*).

Међународна пореска сарадња у домаћем законодавству

Пореска управа Србије има право да се у току пореског поступка обрати за пружање правне помоћи иностраном пореском органу, односно обавезу да такву помоћ пружи иностраном пореском органу. Пружање међународне правне помоћи у пореским стварима заснива се на међународним уговорима. Уколико то није случај, чланом 157. ЗПППА предвиђени су услови пружања правне помоћи иностраним пореским администрацијама. Међународна правна помоћ пружа се под условима: 1) ако постоји реципроцитет; 2) ако се држава која прима правну помоћ обавезе да примљене информације и документацију користи само у сврху пореског, прекршајног или кривичног поступка, као и да ће бити доступне само лицима, органима управе, односно правосудним органима надлежним за одређени порески предмет или спровођење прекршајног, односно кривичног поступка у вези са тим предметом; 3) ако држава којој се пружа правна помоћ изрази спремност да код пореза на доходак, добит и имовину споразумно избегне могуће двоструко опорезивање одговарајућим разграничењем пореске јурисдикције; 4) ако задовољење замолнице не угрожава јавни поредак или друге битне интересе Републике; 5) ако не постоји опасност да би пружање правне помоћи довело до одавања службене или професионалне тајне или да би се резидентном пореском обвезнику могла нанети штета већих размера. Законским уређивањем овог питања обезбеђује се правни основ за хармонизацију српског пореског права са одговарајућим директивама Европске уније у домену пореско-техничке сарадње пореских органа из различитих држава (Директиве Савета Европске заједнице 77/799/ЕЕС, 79/1070/ЕЕС и 92/12/ЕЕС).

Делотворност примене међународних пореских уговора, у суштини, зависи од одређивања адекватних аранжмана за размену обавештења између држава уговорница. У том смислу члан 27. Нацрта Уговора, који Србији служи као основа за преговарања, одређује правила у вези са разменом обавештења приликом примене пореског законодавства држава уговорница.¹⁰ Размена обавештења се може вршити на сле-

¹⁰ Миодраг Арсић, Међународно двоструко опорезивање и његово избегавање, Г17 Институт, КПМГ, Београд, 2002, стр. 187-190.

дећа три начина: на захтев поводом конкретног случаја; аутоматски, када постоји редовна размена обавештења између надлежних органа држава уговорница у вези са одређеним категоријама дохотка које се остварују у једној од држава уговорница, а примају се у другој држави уговорници; спонтано, у случају када надлежни органи државе уговорнице, у току поступка који воде, дођу до обавештења за која сматрају да могу бити од значаја за надлежне органе друге државе уговорнице. Надлежни органи држава уговорница могу се договорити о начину на који ће се вршити размена обавештења предвиђена уговором. Обавештење примљено од државе уговорнице сматра се тајном исто као и обавештење добијено према домаћем законодавству. Добијено обавештење може се саопштити само лицима или органима који су надлежни за разрез или наплату, принудно или судско извршење или решавање по жалбама, у вези са порезима који су предмет уговора. Та лица или органи користе обавештења само за те сврхе. Они могу добијена обавештења саопштавати у јавном судском поступку или у судским одлукама.

Неке земље, као што су Холандија, Швајцарска и САД, настоје да претходно обавесте пореске обвезнике да ће порески орган податке о њима доставити иностраним пореским органима. Домаћи Закон о пореском поступку и пореској администрацији пореским обвезницима не гарантује ово право. Регулатива по којој се одвија међународна размена пореских информација не пружа довољну заштиту резидентним пореским обвезницима.

У циљу заштите интереса обвезника, али и виталних интереса држава уговорница, предвиђени су изузеци од обавезе достављања пореских информација. Значи, не постоји обавеза надлежног органа државе уговорнице да: предузима управне мере супротне законима или управној пракси те или друге државе уговорнице; даје обавештења која се не могу добити на основу закона или у редовном управном поступку те или друге државе уговорнице; даје обавештења која откривају трговинску, пословну,¹¹ индустријску, комерцијалну или професионалну

¹¹ По домаћем Закону о банкама, банкарска тајна се сматра пословном тајном и на основу тога наша пореска администрација не би била у обавези да доставља банкар-

тајну или пословни поступак или обавештење чије би саопштење било супротно јавном поретку.

Србија је 2008. године донела нови Закон о заштити података о личности, али његов општи карактер не пружа потребну (посебну) заштиту пореским обвезницима. Пореска информација има карактер личног податка и као таква ужива исти ниво заштите који се пружа осталим подацима. Законом се допушта да орган власти може да обрађује податке без пристанка лица, ако је обрађивање неопходно ради обављања послова из његове надлежности, између осталог, у циљу остваривања финансијског интереса државе. Овде се очигледно предност даје јавном интересу државе. На основу Закона о пореском поступку и пореској администрацији, као *lex specialis*, порески обвезник има право да оствари увид у податке о утврђивању и наплати пореза који се о њему воде код Пореске управе и захтева измену непотпуних и нетачних података. Међутим, пореска администрација нема законску обавезу да га обавести о достављању пореских информација страним пореским органима.

Користи и ризици у процесу међународне пореске сарадње

Међународну административно-правну помоћ у пореској материји као државну активност, ради постизања оптималног резултата, треба сагледавати са становишта могућих користи и трошкова.

Несумњиво је да шири обим размене пореских информација између националних пореских администрација може допринети коректној и делотворној примени домаћег пореског законодавства и сигурнијем (бржем) убирању прихода. Спречавање штетног дејства међународног двоструког опорезивања је већ традиционално сврха пореске сарадње националних пореских администрација. Исто тако, напори на

ске информације страним пореским органима држава уговорница. Да ли ће наша држава прихватити и уградити у закључене пореске споразуме међународно наметнут стандард о допуштању приступа банкарским информацијама, остаје да се види. Или ће можда бити присиљена да закључи посебне билатералне споразуме о размени пореских информација са већим бројем држава.

сузбијању међународне пореске евазије у значајној мери су условљени спремношћу држава да благовремено и коректно размењују пореске информације.

Међутим, објективна анализа налаже да се сагледа и друга страна процеса међународне пореске комуникације. Недавне међународне пореске иницијативе у погледу убрзавања процеса размене пореских информација на нивоу ширем од досадашњег, носе собом одређене ризике, о којима се компетентни аутори ретко изјашњавају у литератури.

Основни ризик са којим су суочене савремене државе, независно од нивоа друштвено-економске развијености, произлази из очигледне чињенице да се форсирањем међународне размене пореских информација нарушава национални порески суверенитет. Можемо се запитати да ли су државе (надлежни органи који о томе одлучују) тога свесне и да ли су спремне да у име својих грађана преузимају међународне обавезе које ће *de facto* значити ограничавање њихових уставом и законима зајемчених права и слобода? Овде се неизбежно појављује конфликт између заштите финансијских интереса државе наспрам заштите интереса пореских обвезника.

Досадашња спорост у међународној пореској сарадњи у виду достављања пореских информација на основу билатералних споразума, подстакла је моћне међународне организације да интензивирају мултилатерални приступ активностима узајамне пореске помоћи. Како наводи један аутор «до сада није било међународних искустава у стварању система размене пореских информација који би се аутоматски и рутински примењивао у већем обиму».¹² Исти аутор истиче да са економског становишта посматрано, постоје две главне препреке обликовању ефикасног система размене информација у пореске сврхе: неподударност у иницијативама између давалаца и прималаца релевантне информације која би се разменила као и значајни трошкови трансакције, од којих нису сви монетарне природе, који би наметнуо сваки систем

¹² Howell H. Zee, Свјетски трендови у порезној политици: економска перспектива, Финансијска теорија и пракса, 2/2005, стр. 236.

размене информација о пореским обвезницима у различитим земљама, ако би се аутоматски и рутински примењивао у већем обиму.¹³

Размишљања у оквиру међународних организација о неопходности шире пореске координације нису нова. Још средином осамдесетих година прошлога века, у оквиру ОЕЦД је констатовано да скупљање и размена релевантних информација на међународном нивоу не постоји, али би се могла успоставити нова форма кооперације што би било могуће уколико би се проблеми тајности и администрирања могли да превазиђу.¹⁴ Садашња криза на финансијским тржиштима је послужила као одличан изговор за политичку акцију најразвијенијих земаља света (Г20) да изврше притисак на остале земље, како би прихватиле међународне стандарде у погледу приступа банкарским и другим финансијским подацима у пореским случајевима. Легитимно оправдање се налази у спречавању међународне пореске евазије и прању новца у међународним финансијским односима.

У том контексту, може се поставити питање зашто ОЕЦД преуспира своју пажњу са сузбијања штетне пореске конкуренције и напада на тзв. пореска уточишта и окреће се «форсирању» размене информација у пореске сврхе на глобалном плану? Зашто билатерални порески споразуми нису били довољно успешни у сузбијању међународне пореске евазије, будући да је и то био један од циљева њихових закључивања? Клаузуле, односно одредбе о размени пореских информација у овим споразумима наилазе на препреке у националним правним прописима у виду банкарске тајности и поверљивости података о стварном власништву. С друге стране, већина пореских уточишта није имала закључене пореске уговоре о избегавању двоструког опорезивања.

Шта се то испречило на путу стварања међународног (глобалног) пореског режима? Правна препрека се састоји у конфликту између

¹³ Премда се констатације тичу размене информација на основу европске Директиве о штедњи из 2005. године, ова запажања су изузетно актуелна у контексту настојања међународних организација и политичара Г20 да убрзају овај процес на глобалном плану.

¹⁴ International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies, Committee on Fiscal Affairs, Reports, DAF/FE/CFA/86.9, OECD, Paris, drafted 12 June 1986, str. 57.

одредаба замишљеног система за размену информација и закона појединачних земаља, као што су закони о банкарској тајни.¹⁵ Неки аутори сумњају у ефикасност овако предвиђених механизма размене пореских информација ширег обима, јер недостају универзални порески идентификациони бројеви, који би *de facto* омогућавали пореским администрацијама коришћење добијених информација.¹⁶ Да се о таквој могућности већ размишља недвосмислено говори усвајање Препоруке о коришћењу ПИБ-а у међународном контексту од стране ОЕЦД још 1997. године.¹⁷ Можемо се запитати чему то води, односно да ли је крајњи циљ успостављања међународних правила за пореску сарадњу потпуна контрола финансијских токова у свету?

Неслућени развој информационих технологија има потенцијал да подржи и осигура међународну размену пореских информација, у таквом степену, где се размењене информације непосредно убацују у базе података страних пореских администрација. Информатизација друштва утицала је на државе да током деведесетих година двадесетог века измене законе о заштити приватности, имајући у виду различита нормативна решења о том питању. Земље чланице ЕУ прихватиле су Директиву о заштити података која уређује прикупљање и коришћење личних података, са применом од октобра 1998. године. Члан 35. ове Директиве предвиђа да лична информација неће бити пренета другој држави уколико ова нема законодавство које обезбеђује једнаки ниво заштите приватности.

Сви међународни документи који се односе на размену пореских информација садрже одредбе о заштити поверљивости информација о обвезницима на најбољи могући начин. Правни положај обвезника се ипак сагледава као неадекватан, имајући у виду чињеницу да

¹⁵ Највећи број земаља је прихватио да измени законе о банкарској тајности, мада неке нису спремне да се одрекну своје суверености у овом домену, што је случај са Швајцарском. Ова држава ће размењивати информације с другим земљама само од случаја до случаја, односно када буде јасно да се ради о конкретној пореској превари.

¹⁶ Видети: Reuven S. Avi-Yonah, *Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime*, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, Number 4/2007, стр.136.

¹⁷ Recommendation of the Council on the Use of Tax Identification Numbers in an International Context, 13 March 1997-C(92)29/FINAL.

порески обвезник није странка у међународној размени информација, тако да не може захтевати никаква лична права у тој процедури. Ради ефикасније размене пореских података, државе уговорнице се подстичу да предузимају одређене мере како би олакшале примену стандарда приступа банкарским информацијама. То је заобилазан пут да се наметну промене у домаћим пореским законодавствима независно од стварних националних интереса. Ове промене, између осталог, обухватају забрану анонимних банкарских рачуна, захтеве за идентификацијом клијената, непостојање домаћег пореског интереса, приступ банкарским информацијама не само у обичним пореским споровима него и у пореским кривичним стварима.¹⁸

Насупрот широких могућности за међународну размену пореских информација, стоје порески обвезници за које су предвиђене гаранције у погледу поверљивости размењених информација илузорне, уколико претходно не буду обавештени о подацима који се о њима достављају. Свесни опасности од неовлашћеног располагања и злоупотребе размењених пореских информација, неки аутори се залажу да се у пракси ОЕЦД децидирано признају обвезницима право на обавештавање о траженим информацијама и њиховој садржини; право учествовања у поступку прикупљања информација, макар у виду консултација; право да се провери легалност и легитимност поступка размене пореских информација посредством независног тела.¹⁹

Закључна разматрања

Међународна правна помоћ у пореској материји налази се у фокусу интересовања међународних организација, које интензивирају рад у правцу стварања услова за ефикаснију размену пореских информација, на ширем плану, наиме, не само између земаља чланица ОЕЦД него

¹⁸ Видети: Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, The 2007 Progress Report, OECD, 2007.

¹⁹ Xavier Oberson, The OECD Model Agreement on Exchange of Information-A Shift to the Applicant State, Bulletin for International Fiscal Documentation, Vol. 57, Number 1, IBFD, 2003.

и са нечланицама (мисли се, пре свега, на пореска уочишта). Ово питање се, традиционално, уређује билатералним уговорима о избегавању међународног двоструког опорезивања као и релевантним одредбама националних законодавстава.

По оцени моћних међународних институција процес пореске сарадње на интернационалном нивоу се одвија сувише споро и неефикасно, пореска уочишта скривају приходе пореских утајивача, јавља се штетна пореска конкуренција, долази до ерозије националних пореских основица, што све води тешкоћама у функционисању националних пореских система. Ради тога се свим државама намеће прихватање међународних правила за пореску сарадњу.

Србија, као и остале државе, има несумњив интерес да ефикасно реализује свој порески систем, али тај циљ не би требало да се остварује по цену одрицања од националног фискалног суверенитета. Јер, уколико би се безрезервно прихватили нови међународни стандарди у домену пореске сарадње, то би потенцијално, на један скривен начин, имало за последицу преношење пореске власти на наднационалне институције, које би располагале подацима о свим пореским поданицима. О томе да не постоји апсолутно сигуран систем заштите од упада у националне информационе (пореске) базе, не треба посебно говорити. Пореским обвезницима нико не може да гарантује да се прикупљени подаци о њиховим приходима као и друге релевантне информације о њиховом личном и породичном статусу неће злоупотребити. Неопходно је да држава сагледа сопствени финансијски интерес, али и интерес резидентних обвезника, наспрам могућих погодности које би остваривала улажењем у «замишљену шему» међународне пореске сарадње.

У суштини, код међународне размене пореских информација настоји се развити такав систем сарадње који би више карактерисала аутоматска и спонтана размена информација у пореским стварима, него досадашњи систем, који се базира на размени информација на захтев пореске администрације одређене државе. Вешто и на прикривен начин, настоји се да се посредно изврши усклађивање националних пореских система. Борба против међународне пореске евазије има своју це-

ну у слабљењу националних пореских и финансијских законодавстава, превасходно, путем необавезујућих међународноправних инструмената (*soft law*), као што су наведени модели закона, препоруке и смернице у домену размене пореских информација. Можда се решење проблема у опорезивању прихода од међународних трансакција може наћи у искључивој примени начела резидентства или начела извора, о чему већ има размишљања у међународном пореском праву.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.

Associate Profesor

Faculty of Law, University of Niš

**COOPERATION OF TAX ADMINISTRATIONS:
Prospects and Limitations in the Serbian and the EU Tax Law**

Summary

In this paper, the author has considered the need, possibilities and limitations of cooperation between the Serbian tax authorities and the tax administrations in the EU member states. The territorial limitation of fiscal sovereignty encourages the contemporary states to cooperate for the sake of achieving a more efficient operation of their tax systems.

A constant expansion of the international economic relations and cross-border transactions are generally regarded by the states as impediments in the successful operation of tax systems. Namely, states are unable to comply with the principle of residency if the tax payers do not voluntarily participate and cooperate in the taxation procedure. For this reason, states are driven to mutual cooperation on administrative and taxation matters. However, this form of international tax cooperation and assistance, in a way, imposes limitations to the national fiscal sovereignties. The states are required to find the right measure of exercising their taxation interests. Traditionally speaking, this form of cooperation and assistance is regulated by special legal provisions contained in bilateral agreements on forestalling double taxation.

Nowadays, there is a number of international initiatives which encourage and promote the exchange of tax information among states. For the Republic of Serbia, the legal regulations of special relevance are the EU legal instruments such as the Directive on the Mutual Administrative Assistance, the Directive on the Taxation of Revenues from Savings, and the Convention on the Mutual Administrative Assistance in Taxation Matters made between the Council of Europe and the OECD.

It is also important to emphasize that the cooperation between tax administrations has its legal, political, economic and administrative dimensions. In that context, the key issue is related to setting and accepting the boundaries in terms of how far the states can go in revealing tax information on the resident or non-resident tax

payers. The international tax cooperation carries a risk of violating the tax payers' privacy and revealing confidential information on a tax payer's revenues; moreover, it increasingly involves a disregard for the confidentiality of banking information and transactions.

There is no doubt that the tax cooperation and mutual assistance of national tax authorities may provide for and enable a more efficient operation of the tax systems. However, there are risks pertaining to the violation of some of the basic legal principles, which may further lead to the degradation of the national tax systems.

Key words: *tax cooperation, exchange of tax information, tax treaties, the protection of privacy of taxpayers*

*Др Рената Дескоска, ванредни професор
Правни факултет „Јустинијан Први”
Универзитет „Св. Кирил и Методиј”, Скопје*

UDK: 342.4(4-672EU)

УСТАВНИ АСПЕКТИ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈЕ

Апстракт:

Овај рад је посвећен утицају процеса евроинтеграција на уставне системе земаља кандидата за чланство у ЕУ. Најзначајније последице интеграције у ЕУ на уставне системе су у области суверенитета и имплементације доктрине директне примене и супремацији права ЕУ у националне правне системе.

Прво питање које је анализирано у овом раду односи се на уставне измене које су учињене у земљама чланицама ЕУ у одредбама које регулишу суверенитет. Овај рад указује на потребна уставна прилагођавања у предприсутном периоду, као и на практичне примере како је то учињено у неким чланицама ЕУ.

Следеће питање које је предмет пажње аутора интереса овог рада је питање директног ефекта и супремације европског права у односу на националне правне системе. Право Европске уније је директно применљиво од стране националних судова и уставних судова и кроз њихове одлуке, такође, пенетрира у правни систем држава чланица. Овај рад, осим тога, обрађује и питање значаја рада националних судова у имплементацији права Европске уније, као и међусудску поделу надлежности.

Кључне речи:

устав, суверенитет, ЕУ, супремација права, директна примењивост, монизам, дуализам, уставни суд

1. Потребата од “европеизација” на националните уставни

Евроинтеграцијата од самиот почеток предизвика уставни измени во земјите членки. Сооглед на тоа што интеграцијата на земјите во ЕУ има влијание врз нивните уставни системи, прашањето за уставните измени кои произлегуваат од пристапувањето во ЕУ е особено значајно и потребно е да се согледа порано, уште во периодот кога земјата има статус на земја кандидат за членство.

Новите фази на евроинтеграција уште повеќе го поставуваат прашањето за улогата на националните уставни системи и степенот до кој трансферот на надлежност треба да биде рефлектиран во уставите на земјите членки, ако се има во предвид дека во бројни области механизмите за вршење на овластувањата се пренесени на институциите на ЕУ. Соодветно изразување на евроинтеграцијата во уставите е пожелно и од аспект на уставните судови, за да не им се остави *a posteriori* задача да ги “растегнуваат” уставните норми со цел да го легитимизираат пренесувањето на овластувањата. Исто така треба да се има во предвид дека повеќе од половина од легислативата на земјите членки денеска произлегува во различен степен од ЕУ институциите, вклучувајќи одредени суштински области на државен суверенитет како што е надворешна политика, одбрана и внатрешна безбедност.¹

Сепак, ширината на уставните измени зависи од природата на националните системи, карактерот на конкретниот устав, опфатот и содржината на неговите одредби. Од досегашното искуство на уставни измени направени во земјите членки на ЕУ, евроинтеграцијата влијае на уставните одредби кои се однесуваат на:

- прашањето за пренесување на суверенитетот, односно пренесувањето на одредени овластувања од државите членки на ЕУ
- принципот на супремација, примарност и приоритет на правото на ЕУ
- принципот на директна применливост и директен ефект на правото на ЕУ.

¹ Dr. Anneli Albi, “Common currency and national constitutions”, www.iue.it, str. 15-16.

Но, исто така несомнено е дека заедничкиот предизвик да се живее во рамките на “Бриселскиот систем” ги турка националните системи во иста насока при организирањето на некои суштински уставни прашања кои се однесуваат на конкретни човекови права, па заради тоа уставните измени поврзани со членството во ЕУ опфаќаат и одредени одредби кои се однесуваат на европското државјанство, избирачкото право, правото на сопственост врз земјиште на странци итн.

2. Прашањето за суверенитетот и пренесувањето на овластувања од државите-членки на ЕУ

Модерните уставни се израз на државниот суверенитет. Со оглед на тоа што уставите се создадени како саморегулирање на нациите и системот во кој тие живеат, тие изразуваат внатрешна недопирливост, но исто така ја изразуваат и можната врска со другите системи – наднационални системи или институции.

Во уставите можеме да најдеме израз на територијалниот суверенитет и на институционалниот суверенитет. Во уставите на земјите од Централна и Источна Европа се користат и термините независност и суверенитетот, при што независноста се однесува на надворешен суверенитет, а суверенитетот се однесува на внатрешната компонента – суверенитетот на власта во вршењето на нејзините овластувања.

Потребата од ограничување на суверенитетот произлегува најмногу од принципот на супремација на правото на ЕУ над националното право. Со пристапувањето кон ЕУ, правото на ЕУ ставува применливо во неа и треба да има приоритет пред домашното законодавство со кое може да е во спротивност. Од домашна гледна точка, уставот е највисока правна норма и другите норми треба да му бидат субординирани и затоа земјите членки мора и да најдат начини за да се помират обврските кои произлегуваат од правото на ЕУ.

Промените во ЕУ се одразија и во уставите на земјите членки. Она што на почетокот ги задоволуваше барањата од членството во ЕУ, подоцна, по Договорот од Мастрихт беше ограничувачко и државите членки се соочија со поголеми барања за уставни измени. Со оглед на

надлежностите, пред ратификацијата на Договорот од Мастрихт, Уставниот совет во Франција укажа на потребата од измена на Уставот. Врз основа на тоа мислење, во Франција беа внесени повеќе уставни одредби кои ја сочинуваат Глава ЦВ посветена на евроинтеграциите. Франција директно се определи за членство во ЕУ и се согласи да ги трансферира надлежностите нужни за воспоставување на Европска Економска и Монетарна Унија.

Уставот на Германија од 1949 дозволуваше трансфер на овластувања на меѓународни организации; но со промените во ЕУ тој се покажа како претесен и во 1992 година Германија усвои нов член 23 кој се однесува на трансферот на овластувања на ЕУ. Така, во Германија, Холандија, Данска и Шведска уставотворецот изречно укажува на пренесувањето на одредени надлежности на државните институции на меѓународни институции или ЕУ. Овие институции во вршењето на пренесените надлежности уживаат уставен легитимитет со оглед на тоа што надлежностите им се пренесени преку специјална процедура. При тоа некои уставни зборуваат за “делегирање” на надлежности што има правна конотација на трансфер од повисоко на пониско ниво. Од новите земји членки Латвија, Полска, Чешка го користат терминот делегирање, наместо трансфер на овластувања.

Всушност, земјите од Централна и Источна Европа кои подоцна пристапија кон ЕУ беа во попривилегирана положба имајќи можност да ги согледаат искуствата од “европските членови” на постарите членки. На пр. Чешка традиционално се дефинира како суверена, унитарна, демократска и правна држава, но Европскиот амандман ги прошири нејзините карактеристики со додавање на “меѓународна клаузула” која декларира почитување на обврските кои произлегуваат од меѓународното право. Уставните амандмани во Чешка создадоа и уставната основа и процедурални правила за трансфер на надлежностите на меѓународни институции или организации, при што е определено дека меѓународните договори можат да трансферираат овластувања, кои оригинално се во надлежност на Чешките власти на меѓународни организации или институции. За ратификување на договор потребно е или квалификувано мнозинство или референдум.

Во некои земји, уставните членови кои се однесуваа на суверенитетот не беа директно изменети, но беа воведени уставни интервенции кои директно го изразуваа трансферот на надлежности. На пр. во Латвија, пристапувањето кон ЕУ доведе до измени на Уставот во 2003, при што членовите 1 и 2 кои се однесуваа на независноста и суверенитетот останаа недопрени, но новиот член 68 дозволува делегирање на државни овластувања на меѓународни институции.

Друга група на земји, како што се Луксембург, Белгија, Шпанија, Португалија, Словенија, Словачка во своите уставни зборуваат за заедничко вршење на овластувањата. Согласно овој модел, моќта останува во државите институции, но може да се врши и од друго ниво на власт.

Романија е интересен случај бидејќи трансферот на овластувања на институциите на ЕУ и заедничкото вршење на овластувањата се споменати во иста одредба.²

Кој и да се избере пристап, несомнено е дека уставните системи на државите членки на ЕУ стануваат т.н. отворени системи, бидејќи уставите треба да рефлектираат и рефлектираат не само супранационално право, туку и создавање на заеднички наднационални институции. При тоа, укажувањето на улогата на ЕУ во вршењето на овластувањата ќе придонесе за транспарентноста, јасноста и легитимноста и ќе го намали демократскиот јаз меѓу ЕУ и нејзините граѓани.³

4. Доктрина на супрематија на правото на ЕУ

Директната применливост на правото на ЕУ и неговата супрематија во рамките на националните правни системи ја прави Европската Унија правно поинаква од другите меѓународни организации и институции. Правото на ЕУ е директно применливо од страна на националните судови и уставните судови и преку нивните одлуки тоа пене-

² За групите во кои можат да се класифицираат уставните измени од аспект на преносот на суверенитетот видете Frank Hoffmeister, "Constitutional Implications of EU Membership: A View from the Commission", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol.2 (2007)

³ Dr. Anneli Albi, "Common currency and national constitutions", www.iue.it, стр. 16.

трира во националните правни системи. Всушност клучни принципи на уставното право на ЕУ се принципот на супрематија и принципот на директна применливост, чиј основен гарант е Европскиот суд на правдата. Во таа смисла пресудата Ван Генд ен Лоос⁴ е особено значајна за развојот на доктрината на супрематија и директна применливост на правото на ЕУ, со што тоа добива различен статус од вообичаениот статус на меѓународното право.

Според доктрината на супрематија правото на ЕУ е над националното право (дури и уставното право) на земјите членки. Со тоа правото на ЕУ се лоцира на врвот на правната хиерархија и сите судови во рамките на ЕУ (националните судови и Европскиот суд на правдата) мора да го применуваат и да му дадат предност во случај на спротивност на националното право со него. Супрематијата на правото на ЕУ значи и дека тоа самото си ја одредува својата правна сила. Значи, во случај на судир, националните судови и администрација се должни да го применат правото на ЕУ, а не националното право. Но, со оглед на тоа што супрематијата на правото на ЕУ не значи дека националното право кое е во спротивност со него е укинато, овој принцип претставува голем предизвик за националните правни системи.

За прифаќање на принципот на супрематија на правото на ЕУ над националните закони во земјите членки на ЕУ постоеше различна пракса. На пр. во некои земји како што се Холандија и Луксембург веќе постоеја уставни правила за супрематија на меѓународните договори над националните закони и тие се применуваат и во случај на конфликт на правото на ЕУ и националното законодавство. Други земји пред пристапувањето во ЕУ направија измена на нивните уставни и го признаа приматот на меѓународните договори над националното законодавство (на пример, член 28 од Уставот на Грција). Трети земји внесоа специјални одредби кои се повикуваат на правото на ЕУ давајќи му супрематија (на пр. Ирска).

⁴ Case 26/62 Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR I.

Што се однесува до односот на правото на ЕУ со уставите на земјите членки праксата на уставните судови на земјите членки на ЕУ покажува три можни пристапи: “европски уставен суверенитет”, “безусловен национален уставен суверенитет” и “уставна толеранција”.

Европскиот уставен суверенитет значи дека државите членки прифаќаат дека правото на ЕУ има супрематија над нивните уставни. Најблиску до ваквиот став е Уставниот суд на Шпанија. Во една своја одлука донесена во 2005 година⁵ Уставниот суд на Шпанија требаше да одговори дали Уставниот договор е компатибилен со Уставот на Шпанија. Во таа пригода Уставниот суд на Шпанија смета дека декларацијата за приоритет на правото на ЕУ не е спротивна на супрематијата на националниот устав. Како што образложува “приоритетот и супрематијата се две категории во различни области на правото. Приоритетот се однесува на примената на важечкото право; супрематијата на законодавните процеси. Супрематијата е заснована на хиерархиска супериорност на правото кое е извор на валидноста на пониските закони, што резултира во тоа пониските закони да бидат неважечки ако се во спротивност со него. Приоритетот, на друга страна не е нужно заснован на хиерархија, туку повеќе на дистинкцијата меѓу областите на примена на различни закони.” Во принцип супрематијата имплицира приоритет освен ако уставот не даде пропритет на некој друг правен систем. Според Уставниот суд, Уставот на Шпанија во чл. 93 признава приоритет на правото на ЕУ во областите кои тоа ги покрива.

Вториот можеен пристап инсистира на безусловен национален уставен суверенитет. Овој став е крајно спротивен на претходниот, дискутабилен во однос на одлуките на Европскиот суд на правдата и сооглед на тоа што акцентот е ставен на националниот устав, овој систем бара постојано “срамнување” меѓу националното уставно право и правото на ЕУ. Ваков пристап може да се види во праксата на Уставниот суд на Полска, кој во една своја одлука од 2005 година⁶ истакнува дека Уставот има највисока правна сила во земјата и дека концептот на

⁵ 1 CMLR 981

⁶ Пресуда К 18/04 од 11 мај 2005.

Европско право создаде нова ситуација, со што во секоја земја членка коегзистираат и истовремено важат два автономни правни системи, при што не е исклучена можноста од колизија меѓу правото на Унијата и уставот на земјата. Според Уставниот суд на Полска “ваквата колизија несмее во никој случај да се реши со претпоставка за супрематија на нормите на Унијата над уставните норми. Уште повеќе, таа не смее да доведе до ситуација во која уставната норма ја губи својата задолжителна сила и е супституирана од нормите на Заедницата, ниту смее да води до ограничена примена на уставната норма со областите кои ги регулира правото на Заедницата. Во ваков случај нацијата како суверена, или државниот орган кој според Уставот ја претставува нацијата, треба да одлучи за: промена на Уставот; или предизвикување измени во одредбите на Заедницата; или во крајна инстанца, повлекување на Полска од ЕУ.”

Третиот пристап, кој е и најзастапен во државите членки на ЕУ е уставна толеранција. Овој пристап е застапен во одлуките на судовите во Германија⁷, Данска⁸, Белгија⁹, Обединетото кралство¹⁰, Унгарија¹¹. Во земјите во кои е прифатен овој пристап судовите му даваат специјален статус и уставна важност на правото на ЕУ, но при тоа да не се прекршат одредени ограничувања поставени од страна на националното уставно право. Тие ограничувања можат да бидат од неколку видови. На пример, правото на ЕУ не смее да ги прекрши човековите права содржани во националниот устав; националните судови можат да не го применат правото на ЕУ кога тоа е во спротивност со специфични одредби, кои се дел од националниот уставен поредок и сл. На пр. во случаите Соланге И и Соланге ИИ¹², Уставниот суд на Германија дал предност на основните принципи на уставниот поредок, како што се чове-

⁷ Brunner v. European Union [1994] 1 CMLR 57.

⁸ Carlsen v Rasmussen [1999] 3 CMLR 854.

⁹ Случај No 12/94 Ecole Européenne, CA, 1996

¹⁰ R v MAFF ex parte First City Trading Treaty [1997] 1 CMLR 250; Marks and Spenser v SSE [1999] 1 CMLR 1152.

¹¹ Одлука на Уставниот суд на Унгарија за оцена на член 62 од Европскиот договор меѓу Унгарија и Европската унија од 25 јуни 1998.

¹² Одлуки од 1974 и 1986 година.

ковите права, ефикасна судска заштита на поединецот, владеењето на правото и федерализмот, пред правото на ЕУ.

5. Доктрина на директна применливост на правото на ЕУ

Доктрината на директна применливост обезбедува можност на странките во правните постапки пред националните судови да се повикуваат и да бараат засновање на пресудите врз правото на ЕУ.

Директната применливост во контекст на правните постапки против земјите членки на ЕУ е познати како “вертикалан директна применливост”, додека директната применливост во контекст на правните постапки против приватните лица е познат како “хоризонтална директна применливост”.

Доктрината за директна применливост на договорите за првпат беше промовирана во случајот Ван Генд ен Лоос.¹³ Директната применливост на регулативите, која што не беше посебно контраверзна, беше потвредена во случајот Леонесио.¹⁴ Покомплицирана беше состојбата со директната применливост на директивите. Против нивната директна применливост се истакнуваше дискрецијата која на државите им е оставена да ги одредат формите и методите за нивна имплементација. Исто така се укажуваше дека со директната применливост на директивите ќе се избрише разликата меѓу нив и регулативите. Но, Европскиот суд на правдата во случајот Ван Дуџн¹⁵ одлучи дека во одредени околности директивите можат да бидат директно применливи.

Но, покрај директната применливост на правото на ЕУ, неговата имплементација се обезбедува и преку обврската за конзистентно толкување (или индиректен ефект) и преку одредбите за одговорност на државата, но тие нема да бидат предмет на овој труд.

¹³ Case 26/62 Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.

¹⁴ Case 93/97 Leonasio v. Italian Ministry of Agriculture [1972] ECR 293.

¹⁵ Case 41/74 Van Duyn v. Home Office [1974] ECR 1337.

6. Потребни уставни измени во Република Македонија од аспект на евроинтегративните процеси

Евентуалната евроинтеграција на Република Македонија ќе бара уставни измени во повеќе одредби. Уставната определба на суверенитетот од член 1 според која РМ е суверена, самостојна, демократка и социјална држава, а суверенитетот на РМ е неделив, неотуѓив и непренослив не е соодветна за земја член на ЕУ, поради што ќе мора да претрпи измени.

Во Уставот на Република Македонија статусот на меѓународните норми е непрецизно определен и предизвикува проблем и во досегашното толкување. Во оваа сфера треба прецизно дефинирање на статусот на правото на ЕУ во домашниот правен систем. При тоа јасно треба да се определи монистичкиот пристап и дека договорите се само-извршни, што значи дека не е потребно нивно понатамошно разработување со други норми, за да бидат применети. Исто така треба да се определи приматот на правото на ЕУ, при што во случај на конфликт со домашното законодавство, тие ќе имаат предност во примената.

Евроинтеграцијата бара и создавање на уставна основа и процедуралните правила за трансфер на надлежностите на меѓународни институции или организации. Треба да се предвиди можност и процедура според која со меѓународен договори може да се трансферираат овластувања, кои оригинално се во надлежност на домашните органи на меѓународни организации или институции.

Сооглед на тоа што во услови на членство во ЕУ, нужно е да се координира и прилагоди работењето на централните државни органи, одредени измени ќе претрпат и одредбите кои се однесуваат на Парламентот, Владата, Уставниот суд и судството.

Собранието треба да добие нови овластувања поврзани со ЕУ, при што треба да се предвиди негова вклученост во прашањата поврзани со ЕУ. При тоа треба да се предвиди обврска извршната власт да го информира Собранието редовно за сите прашања, во најкраток можен рок за регулаторните активности кои се поврзани со извршување на неговите обврски од договорот.

Потребни се измени и во областа на надлежностите на Уставниот суд. Треба да се воведат превентивна контрола на меѓународните договори и да се даде надлежност на Уставниот суд да утврди дали пред ратификацијата на некој договор е потребно да се извршат уставни измени. Со воведувањето на апстрактна превентивна контрола се зголемуваат овластувањата на Уставниот суд да ја контролира компатибилноста на меѓународните договори со уставниот систем на Република Македонија и со тоа се спречува ратификација на договор кој е противуставен, се додека не се изврши прилагодување на уставот и договорот.

При воведувањето на оваа надлежност на Уставниот суд треба да се предвидат и елементите на уставното процесно право. Овие измени во надлежноста и работењето на Уставниот суд треба да повлечат и посефатна негова реформа, со оглед на тоа што постојните уставни одредби за Уставниот суд на Република Македонија се скромни, недоречени, непрецизни и досега генерираа проблеми во нивната примена и нивното толкување.

Со оглед на тоа што троварот од наднационалната, директната и универзалната примена на правото на ЕУ во нашата земја ќе падне на судиите од редовните и од Уставниот суд, кои ќе треба да имаат познавање на правото на ЕУ и на начините на неговото толкување, ќе се јави потребата не само од уставна, туку и од законска и административна реформа со цел да се им се овозможи да се подготват за примена на европското право. Всушност судиите ќе бидат националните супервизори на имплементацијата на правото на ЕУ во Република Македонија од страна на законодавната и извршната власт.

Евентуалното влегување во евро-зоната бара измени и на надлежноста на Народната банка која нема да биде емисиона банка, но ќе учествува во развојот на заедничката монетарна политика.

Во однос на другите одредби ќе треба да се направат измени на избирачкото право, екстрадицијата и сл. во согласност со европските стандарди, како и да се преиспитаат и усогласат одредбите за институциите (судови, Народен правобранител) чија цел е обезбедување на поефикасна имплементација на владеење на правото и демократијата.

7. Заклучок

Членството во ЕУ бара уставни измени и тоа во одредбите кои: обезбедуваат правна основа за членство во ЕУ, вклучувајќи го начинот на кој се врши државниот суверенитет; во одредби кои подетално го дефинираат правниот статус на меѓународното право и европското примарно и секундарно законодавство во внатрешниот правен систем; како и одредбите преку кои уставната организација на една земја се прилагодува на условите за полноправно членство во ЕУ и функционирањето на институциите на власта кои треба да работат во нови околности.

Особено е значајни и измените во положбата на Уставните судови заради евроинтеграција, која произлегува од принципот дека чуварите на ЕУ договорите ги определуваат улогите и на “чуварите на уставите”.

Определбата кога и како да се пристапи кон уставни измени кои најдобро ќе одговараат на евроинтеграцијата зависи од демократски избраните претставници на земјите кандидати за членство во ЕУ. Сепак, наместо *ex post* измени под притисок на времето, земјите кандидати е подобро да преземат превентивни акции за измена на уставите со цел да се направи поопсежна анализа и посоодветна измена која ќе ги помири националните традиции и околности со барањата на ЕУ.

Селектирана библиографија:

1. Albi, Anneli “Common currency and national constitutions”, www.iue.it,
2. Archibugi, Daniele, David Held and Martin Köhler (eds.), “Re-Imagining Political Community”, Polity press, Cambridge, 1998.
3. Baun, Michael J. “A Wider Europe: The Process of and Politics of European Union Enlargement”, Rowman&Littelfield Publishers, 2000.
4. Chalmers Damian and others, “European Union Law - Text and Materials”, Cambridge, 2006

5. Green, A.W. "Political Integration by Jurisprudence", Leyden, 1969
6. Hix, Simon, "The Political System of the European Union", St. Martin`s press, 1999
7. Hoffmeister, Frank, "Constitutional Implications of EU Membership: A View from the Commission", Croatia Yearbook of European Law and Policy, Vol.2 (2007)
8. Kellermann Alfred E. and others, "The Impact of EU Accession on the Legal Orders of New EU Member States and (Pre-)Candidate Countries-Hopes and Fears", Asser institute, 2006
9. Loughlin, John and others, "Subnational Democracy in the European Union – Challenges and Opportunities", Oxford University Press, 2001.
10. Mac Cormick, N. "The Maastricht Urteil: Sovereignty Now", 1 European Law Journal 259, 1995.
11. Piris, Jean-Claude, "The Constitution for Europe- A Legal Analysis", Cambridge, 2006
12. Rein Müllerson, Malgosia Fitzmaurice and Mads Andrenas (eds.), "Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe", Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998
13. Wood, Caitlin L., "Crafting Democracy through Constitutional Change: Comparing the Recent Cases of Romania and Serbia in the Context of EU Incentives", College of Arts and Sciences CUREJ - College Undergraduate Research Electronic Journal University of Pennsylvania Year 2009, <http://repository.upenn.edu/curej/103>

Prof. Renata Deskoska, LL.D.

Associate Professor

Faculty of Law “Justinian the First”

University “St. Cyril and Methodius”, Skopje

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE EUROINTEGRATION

Summary

This article is devoted to the influence of the process of Eurointegration to the constitutional systems of the countries candidates for membership in EU. The most important consequences of the integration in EU in the constitutional systems are the changes in the principle of sovereignty and implementation of the doctrine of direct effect and supremacy of the EU law in the national legal systems.

The first question analyzed in this article is about the constitutional changes that were made in the EU countries in the articles regulating the question of sovereignty. The article will point the required constitutional adjustments in the pre-accession period and to the some examples how that was done in some of EU members.

The next question that is subject of interest in this article is the question of direct effect and supremacy of EU law in national legal systems. EU law is directly applicable by the national courts and Constitutional courts, and through their decisions, it also penetrates into legal systems of the member-states. This article also treats the question of the importance of the work of national courts in the implementation of EU law and the question of inter-court competition.

Key words: *Constitution, sovereignty, EU, supremacy of law, direct applicability, monism, dualism, Constitutional Court*

ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА, РЕГИОНАЛИЗАЦИЈА И ЕВРОПСКА ИНТЕГРАЦИЈА

Апстракт:

У раду се анализирају облици децентрализације и могућности за успостављање регионалне државе, као и њено функционисање у савременим европским системима. С обзиром на услове који се постављају државама у поступку придруживања Европској унији, однос циљева децентрализације и регионализације, са једне стране и процеса интеграције, са друге стране, обрађен је у првом делу рада. У другом делу учињен је осврт на децентрализацију као принцип преношења појединих функција и радњи са централне власти на територијалне и локалне ауторитете. Кратак преглед процеса регионализације у одабраним западноевропским системима садржан је у трећем делу, док је четврти део посвећен искуствима источноевропских земаља које су у последњој деценији прошлог века приступиле конституционализацији принципа грађанске демократије, испуњавајући истовремено захтеве постављене у процесу интеграције и придруживања. У петом делу рада анализиран је уставни оквир за децентрализацију и могућности регионализације у Републици Србији.

Кључне речи:

децентрализација, регионализација, регионалне јединице, територијална аутономија

1. Децентрализација и остваривање циљева европске интеграције

Од установљавања Фонда за европски регионални развој 1975. године, Европска унија охрабрује и подржава процес регионализације не само у државама чланицама, већ и у осталим европским државама.¹ Претечу институционализованог регионалног повезивања у Европској унији представља Скупштина европских региона као облик повезивања географских региона лоцираних у Европи, док је половином деведесетих година образован Конгрес општина и региона у чији састав улазе локална и регионална представништва држава чланица Савета Европе.² Појам Европа-региона добија све више на економском и на политичком значају. Регионално повезивање обезбеђује непосредну сарадњу и креирање политике од стране грађана и европске администрације. Утицај државних ауторитета није умањен на овај начин, већ је грађанима европских земаља пружена могућност да изразе своје потребе и развију свест о припадности, нарочито у оквиру Уније. Јачање демократског представништва и институционалног система на нивоу региона у складу је са основним принципима организовања Европске уније. Територијална организација заснована на регионализацији у државама чланицама обезбеђује „имплементацију европског принципа супсидијарности“ и преко регионалних ауторитета омогућава учешће у „партнерској“ одговорности за развој и имплементацију регионалне политике.³

¹ Упор. М.Gallagher, М.Laver & P.Mair, *Representative Government in Modern Europe: Institutions, Parties and Governments*, New York: McGraw Hill International Edition, 2001, p. 121.

² Једна од теорија о настанку и развоју европске интеграције после Другог светског рата заснована је на идејама регионализације и глобализације, које су имале за исход настанак Европске заједнице, а потом Уније. Регионализам у смислу окупљања географски упућених земаља користи се као израз консолидације и обједињавања различитих економских аранжмана касних 80-тих година прошлог века. (В. Rosamond, *Theories of European Integration*, New York: Palgrave, 2000, p. 179).

³ А.Lagendijk, "Regionalisation in Europe. Stories, institutions and boundaries" in Н.V.Houtum, О. Kramsh & W. Zierhofer (eds.) *Bordering Space* (Ashgate, 2003), p. 4.

Деведесетих година прошлог века државе источне Европе нашле су се у процесу конституционализације, а један од показатеља развијености грађанске демократије представља ниво развијености нижих (*subnational*) ауторитета и њихов однос према централним државним органима.⁴ Велики број посткомунистичких земаља, инспирисане жељом за улазак у Европску унију, окренуо се новим принципима територијалног организовања.⁵ Оне су предузеле кораке у нормативној сфери, претежно у оквиру устава донетих у последњој деценији прошлог века, и данас су нови региони видљиви на мапи Европе и врло активни у европском економском простору.

Први кораци које су источноевропске државе предузеле почетком деведесетих година произашли су из два захтева. Прво, реконструкција уставног система и успостављање основних принципа грађанске демократије у области људских права, организације власти и демократизације по узору на западноевропске системе. Друго, процес европске интеграције који је обухватио принцип децентрализације и процес организовања регионалних јединица и унапређења локалне самоуправе.⁶ У погледу овог другог захтева, требало би уважити чињеницу да Европска унија испољава већу и утицајнију моћ према земљама које се налазе у поступку придруживања него што је то случај са земљама које су већ интегрисане. Територијална организација и децентрализација власти спада у област унутрашњег државног суверенитета и о томе све државе чланице самостално одлучују у складу са својим уставом. Старе државе чланице су у одређеној мери ово питање већ уредиле, док су државе које се налазе у поступку преговарања и приступања под јачим утицајем европских власти и европске политике у погледу структурирања и примене принципа децентрализације. Треба узети у обзир и чињеницу да се процесом придруживања Европској унији оче-

⁴ R. Hague & M. Harrop, *Comparative Government and Politics: an Introduction*, London: Palgrave Macmillan, 2004, p. 245.

⁵ Упор. М. Keating & J. Hughes (eds), *The Regional Challenge in Central and Eastern Europe, Territorial Restructuring European Integration*, Paris: Presses interuniversitaires européennes, 2003, pp. 89-105.

⁶ G. Marcou, *Regionalization for Development and Accession to the European Union: a Comparative Perspective*, Budapest: Local Government and Public Service Reform Initiative, 2002, p. 13.

кују највеће промене управо на нивоу регионалних власти. Регионална администрација би требало да буде субјекат највећих промена, а њихов уставни статус у источноевропским земљама мање је консолидован него у старим државама чланицама.⁷

Коначно, може се уочити велика разлика у степену децентрализације унутар Европске уније, што указује да у овој области не постоји јединствени модел за све државе. Са једне стране налазе се државе које имају федерални систем (Аустрија, Немачка, Белгија), затим државе са високим степеном децентрализације (Шпанија, Италија, Уједињено Краљевство) и државе које су задржале централизован модел (Француска, Ирска). Принцип субсидијарности и формирање Комитета региона у Савету Европе имају велики утицај на развој и повећање значаја регионалних власти у Европи.⁸ Још увек се, међутим, не може говорити о јединственом "европском калупу" регионалне организације како у државама чланицама, тако и у државама које се кандидују. Зато су модели децентрализације отворени за дискусију, при чему се морају уважити специфичне историјске, политичке, економске и друге околности које стварају услове за увођење тзв. међунивоа власти и ауторитета у држави.⁹

2. Принцип децентрализације и процес регионализације

Деведесетих година прошлог века велики број унитарних држава пренео је одговорност у погледу вршења одређених државних функција на ниже нивое власти. Посматрано у вертикалној организацији власти, у систем одлучивања укључују се сви нивои територијалног организовања. Постоји више начина за преношење или дисперзију надлежности са централних на ниже (територијалне) ауторитете.

⁷ M. Brusis, „Regionalisation in the Czech and Slovak Republics“, in M. Keating & J. Hughes, *The Regional Challenge in Central and Eastern Europe, Territorial Restructuring and European Integration*, Paris: Presses Interuniversitaires Européennes, 2003, pp. 89-105.

⁸ M. Loughlin, „Europe of the Regions and the Federalization of Europe“, *Publius: The Journals of Federalism*, Vol. 26. No. 4, 1996, pp. 147-148.

⁹ J. Hughes, G. Sasse & C. Gordon, „The Ambivalence of Conditionality: Europeanization and Regionalization in Central and Eastern Europe“, *ECPR Joint Sessions Turin*, London School of Economics, European Institute and Department of Government, 2002, p. 8.

Принцип деконцентрације власти има претежно административно значење и њиме се само ублажава централистичко уређење унитарне државе. Деконцентрација обухвата преношење ограничених руководећих одговорности за тачно одређене послове јавним службама које се налазе изван прописане управне или административне структуре.¹⁰ Суштина деконцентрације је дислоцирање административних послова које обављају државни органи чврсто уклопљени у хијерархијску структуру централне државне власти.¹¹ Применом деконцентрације власти „не укида се централистичко уређење државе“, већ се само ублажава и то преко дислоцираних државних органа који су хијерархијски подређени централним органима власти.¹²

Следећи степен у процесу дисперзије власти је принцип децентрализације који има већи правнополитички значај у односу на деконцентрацију. „Децентрализација централне власти подразумева преношење ограничене одговорности на ниже нивое администрације“.¹³ У процесу децентрализације централна власт не може директно да утиче на формирање органа, јер се они бирају у ужим територијалним јединицама и то, по правилу, од стране грађана директно на изборима.¹⁴ Зависно од типа и степена децентрализације нижи ауторитети располажу различитим степеном самосталности који се може кретати у распону од локалне самоуправе до административне и политичко-територијалне аутономије. Децентрализација може да буде садржана у преношењу селектованих административних или управних активности на ниже

¹⁰ Како наводи Михаило Илић, деконцентрација је „спуштање власти одлучивања са виших степена хијерархије на нижи“. (Цитирано према: Р.Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд: Службени гласник, 2008, стр. 400).

¹¹ Поводом примене административне деконцентрације власти у француском Декрету из 1852. године записано је: „Може се управљати на даљину, али то мора бити блиско руковођењу“. (Цитирано према: R.Hague& M.Harrop, *op.cit.* p. 238).

¹² Упор. Д. Стојановић, *Уставно право* (II књига), Ниш: Свен, 2007, стр. 405.

¹³ J.A.Yoder, “Decentralisation and Regionalisation after Communism: Administrative and Territorial Reform in Poland and the Czech Republic”, *Europe-Asia Studies*, Vol. 55, No.2, 2003, p. 264.

¹⁴ Ако је избор органа којима се поверавају државни послови непосредан, онда то, по мишљењу Р. Марковића, представља „пробни камен децентрализације“. (Р. Марковић, *op.cit.*, стр. 401).

нивое и то са циљем постизања веће ефикасности (функционална децентрализација) или она може бити садржана у давању аутономије ужим територијалним јединицама у којима грађани самостално одлучују и управљају у одређеној сфери послова (територијална децентрализација).¹⁵

Поред деконцентрације и децентрализације, у упоредној уставној теорији појављује се ново степеновање у дисперзији власти под називом деволуција. Посматрано на примеру Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске, деволуција (*devolution*) је највиши ниво децентрализације у коме централна власт преноси моћ одлучивања на ниже органе, укључујући елементе законодавне власти. Овај степен дисперзије власти не треба мешати са принципом федерализма, јер се деволуција примењује у унитарном државном уређењу. Централним органима власти омогућено је да оцењују законитост аката деволвираних органа.¹⁶ Док су деконцентрација и децентрализација власти присутне у оба облика државног уређења (федерација и унитарна држава), деволуцију познају само унитарни системи. Деволуција има шири обим и дубље последице у систему вертикалне поделе власти. У процесу деволуције овлашћења се преносе на аутономне органе који се налазе изван контроле централних власти. У том случају регионални ауторитети имају својство правног ентитета и они су аутономни, а њихова аутоно-

¹⁵ Један од начина да се утврде могућности децентрализације јесте да се начини диференцијација између административне и политичке децентрализације. *P. D. Hutchcroft* сматра да би децентрализација у административној области могла да се односи на цивилну и војну администрацију, док се децентрализација у политичкој области односи на питања законодавства, изборног процеса, политичких партија и других подручја уставног и политичког система. Уколико се ово питање развије око ширине административне и политичке децентрализације, тада је потребно повезати два поља: једно је формална административна структура децентрализованих нивоа организовања, а друго је поље утицаја демократских институција на њихову унутрашњу структуру и функционисање. (Упор. *P. D. Hutchcroft*, "Centralization and Decentralization in Administration and Politics: Assessing Territorial Dimensions of Authority and Power", *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 14. No. 1. January 2001, p.30; *J.A.Yoder, op.cit.* p. 264).

¹⁶ Енглески политичар *E.Powell* је поводом нове ситуације у Уједињеном Краљевству рекао: „Деволвирана (пренешена, прим.аут.) власт је задржана власт“. (Цитирано према: *R.Hague& M.Harrop, op.cit.* p. 238).

мија се огледа у непосредном избору регионалног представничког органа.¹⁷

Са друге стране, регионализација је процес усмерен на образовање територијалних јединица у држави, односно, спровођење децентрализације путем територијалне поделе. Регионализација је процес који се одвија паралелно са децентрализацијом, а услови који одређују ширину децентрализације и процес регионализације могу бити спољни и унутрашњи. Један од важних спољних услова је политика Европске уније у процесу придруживања, која поставља одређене захтеве пред државе кандидате. Унутрашњи чиниоци у процесу регионализације су различити и крећу се од историјских и традиционалних, преко економских, политичких до правних.

У новије време принцип децентрализације и процес регионализације добили су предзнак „модерна идеја нашег доба“,¹⁸ јер је талас политичке и административне децентрализације захватио велики број земаља света.¹⁹ Идеја децентрализације развијена је у неколико праваца у савременим уставним државама, па је тешко утврдити јединствени модел децентрализације, а још теже издвојити најбоље елементе модела који би били одговарајући за све уставне системе. Ово се посебно односи на земље које су после раскида са социјализмом примениле демократске принципе грађанске уставности и истовремено отпочеле процес европске интеграције. Нема сумње да је процес децентрализације власти, односно преношење одређених надлежности са централних на ниже територијалне ауторитете, постао један од важних услова демократизације. Међутим, проблем се отвара у погледу утврђивања ширине овлашћења, расподеле и начина преношења надлежности са централне власти на ниже нивое одлучивања.²⁰

¹⁷ Упор. R.Hague&M.Harrop, *op.cit.*, p.237-238; P.D.Hutchcroft, *op.cit.*, p.30.

¹⁸ P.D.Hutchcroft, *op.cit.*, p.23.

¹⁹ У једној студији Светске банке наводи се податак да је 63 од укупно 75 земаља у свету са преко пет милиона становника, а које су сврстане у земље у развоју и транзицији, извршило значајну децентрализацију преносећи политичку власт са централних власти на локалне ауторитете. (*Ibidem*)

²⁰ Постоје два типа региона, сматра М. Петровић, а заједничко им је својство „територијална аутономија у дословном значењу“ која обухвата доношење закона у ма-

Иако у савременој држави преовладава став о нужности децентрализације у уставној демократији, не треба занемарити ни замке у које децентрализација може да уведе, нарочито у новим уставним системима, који нису потпуно и доследно применили принципе у процесу грађанске конституционализације. Изазови и замке децентрализације могу се испољити кроз слабљење државног капацитета или кроз атрофију централне власти и нижих територијалних ауторитета, затим кроз тешкоће у процесу регионализације у погледу одређивања оптималне величине и броја локалних и територијалних јединица, као и кроз променљив финансијски и економски учинак за уже територијалне јединице. Зато се, осим присталица, јављају противници децентрализације, који сматрају да је то директан удар на националну државу и националну сувереност, те да ову идеју треба одбацити као пуки продукт нових европских (а неки сматрају и глобалистичких) трендова. Они сматрају да је идеју Европске уније као федеративне државе немогуће остварити у условима јаким националних држава унутар ње, а да је концепт „Европа региона“ само оквир за продор у националне уставне системе преко регионализације националних држава.²¹

3. Децентрализација у западноевропским државама

Талас децентрализације захватио је већину западноевропских држава након Другог светског рата. У великом броју уставних система примењен је принцип децентрализације са већим или мањим обимом овлашћења које централна власт преноси на ниже нивое одлучивања. Федералне државе су овај принцип у потпуности спровеле, као што је то случај у Аустрији и Немачкој. Са друге стране, унитарне државе су

територијалном смислу, мада они не морају да буду изражени кроз форму закона већ уредбе или неког другог нормативног акта. Први тип представљају „региони јавне службе“, а други тип су региони означени као „државни фрагмент“. (Упор. М. Петровић, „Региони (облици територијалне аутономије) у теорији права и правној историји“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* (Нови Сад), 112-113/2002, стр. 98-100).

²¹ Упор. J. Engelgard, *Regionalization as an instrument liquidating the nation-states*, Warsaw-Brussels, 2005, pp. 2-35.

приступиле децентрализацији и процесу регионализације, као што је то случај у Шпанији и Италији, а у новије време то су учиниле Француска и Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске. Разлози децентрализације у западноевропским уставним системима могу се наћи у јаким регионалним политичким покретима, економским захтевима и отвореној реакцији грађана на централистички наступ власти у другој половини двадесетог века.²²

У процесу децентрализације власти у унитарним државама циљ је да се између локалних ауторитета и централне власти организује један или више нивоа територијалних ауторитета. Тако су у Француској и Италији организовани региони, провинције и општине,²³ док се у Холандији и Норвешкој срећу два нивоа организовања, провинције и општине.²⁴

Уједињено Краљевство задржало је облик унитарне државе са високим степеном децентрализације власти, која је садржана у преношењу надлежности на ниже нивое одлучивања (*devolution*). Након велике реформе извршене 1999. године на основу парламентарних закона (*Acts of the United Kingdom Parliament*) одређене надлежности пренете су законодавним органима Шкотске и Велса, а пре тога органима Северне Ирске, као и локалним органима власти.²⁵ Иако се деволуција може сматрати обликом који превазилази оквир регионализације, не може се рећи да она уводи државу у федералну структуру. Наиме, не само да су локални и други нижи ауторитети креирани актом централног законодавног органа, већ и пренете надлежности могу бити повучене од стране истог органа у сваком тренутку.

Шпанија је, у покушају да помири централистичку традицију и јак регионални идентитет, установила форму асиметричне децентрализације, тј. преношења власти у оквиру једног, теоријски посматрано,

²² J.A.Yoder, *op.cit.* p. 265.

²³ У Француској: 22 региона, 96 департмана и 36.565 општина, а у Италији: 20 региона, 94 провинције и 8.074 општина. (Према: R.Hague& M.Harrop, *op.cit.* p. 238).

²⁴ У Холандији: 12 провинција и 496 општина, а у Норвешкој: 19 провинција и 448 општина. (Према: R.Hague& M.Harrop, *op.cit.* p. 238).

²⁵ H. Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2004, p.11.

унитарног државног уређења. У постфранковој ери уставно питање додељивања ауторитета и расподеле моћи између централних и локалних органа власти представљало је кључну тему око које су се окупљали програми политичких партија левице и деснице. Аутономне покрајине и регионално уређење настало је као компромис, при чему су неке од покрајина са јаком историјском традицијом освојиле „јачу“ аутономију од осталих. Данас је установљено 17 аутономних покрајина са регионалном влашћу која обухвата законодавство, егзекутиву са председником, управу и судство.²⁶ Основне уставне надлежности централне власти задржане су у области одбране, спољне политике, макроекономске политике и неке од главних одредница социјалне политике. Надлежност региона, која не сме да се врши на начин који би био у супротности са Уставом, углавном се односи на област образовања и здравства. Упркос томе што је појединим регионима допуштено да креирају, па чак и подижу одређене пореске таксе, реализација ове надлежности зависи у великој мери од ауторитета централне власти и њеног овлашћења да уступи ово право одређеној покрајини.²⁷

Процес децентрализације у Италији, слично шпанском искуству, спроведен је у послератном периоду као реакција на централистичко уређење фашистичке државе. Иако је Устав Италије (1948) садржао правне основе за процес политичке децентрализације,²⁸ она је у пракси реализована тек седамдесетих година прошлог века када су одржани регионални избори и образовани први представнички и извршни органи региона.²⁹ Почетком деведесетих овај процес је ишао у правцу јачања регионалних ауторитета, а то је имало за последицу

²⁶ M. Gallagher, M. Laver & P. Mair, *op.cit.* p. 151.

²⁷ Неке покрајине, Баскијска и Навара, располажу ширим овлашћењем у области локалних пореза, мада је у пракси њихова стопа увек на истом нивоу на коме се налази национална пореска основа. (M.Gallagher, M.Laver & P.Mair, *op.cit.*, p. 151).

²⁸ Чл. 114 Устава Италије гласи: „Република се састоји из општина, провинција, градова метропола, региона и државе.“

²⁹ Прави правни трансфер законодавних и административних овлашћења остварен је тек 1977. године, што је регионима дало моћ да одлучују у бројним областима. (F.Nappini, *The Decentralisation Process in Italy: A Brief Analysis*, European Citizen Action Service: Cooperate Project, 2005, p. 3).

уставну реформу којом је уведен систем непосредног избора председника региона што је битно ојачало извршну власт у регионима. Уставном реформом 2001. године отишло се корак даље, мада ова реформа није имала за циљ да уведе Италију у федерални систем, како се очекивало. Уставом су побројане искључиве надлежности централне власти, док су регионима препуштене надлежности у свим областима које нису изричито резервисане за државу (чл. 117). Осим тога, установљен је круг конкурентних надлежности државе и региона (чл. 117.3) у којима региони остварују законодавну власт изузев у области фундаменталних принципа који су резервисани за државу. Уставом је предвиђена (чл. 119) значајна фискална децентрализација и пружена могућност регионима да самостално убирају одређене порезе и располажу овим средствима. Италијански модел децентрализације заснован је на три принципа: супсидијарност, различитост (или диференцијација) и принцип адекватности (компетентности, подударности).³⁰

Регионално уређење Италије уклопљено је у структуру Европске уније тако да је у области конкурентних надлежности предвиђена одговорност региона заједно са централним органима власти у погледу остваривања права Уније.³¹ Има мишљења да је Италија процес децентрализације спровела у оквиру процеса европске интеграције, јер је постојала потреба да се изврши институционална и финансијска реорганизација, а све то као последица захтева у погледу постизања ефикасности и стабилности који су постављени пред земље чланице Уније.³² Јасно је да Италија након уставне ревизије 2001. године значајно ојачала одговорност регионалних власти у процесу имплементације европског права. Нови Закон, усвојен 2005. године (њиме је измењен Закон из 1989. познат под називом *Pergola Law*), односи се на обе димензије законодавства Уније: развој и имплементацију. Сходно новом законодавству све заинтересоване институције, од државног Парламента преко региона и локалних партнера до тзв. социјалних партнера, могу да

³⁰ F. Nappini, *op.cit.* p. 11.

³¹ Упор. F. Nappini, *op.cit.* p.13; Y.Mény & A.Knapp, *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 191.

³² F. Nappini, *op.cit.* p. 4.

учествују у имплементацији права припремајући мишљење, процене и доприносе које могу да шаљу директно Савету министара.

4. Искуства источноевропских земаља

Разлози за спровођење децентрализације у земљама које су крајем прошлог века раскинуле са социјалистичким уставним моделом могу се наћи у специфичним историјским околностима. Посебности, развијене под утицајем старог система вредности, имале су за последицу да већина ових земаља у првим годинама успостављања демократских вредности покуша да се ослободи социјалистичког модела административно-територијалне поделе у јакој и политички централизованој држави.³³ Социјалистичко наслеђе и очекиване замке у вертикалној организацији државе изазвале су негативну реакцију нових власти према идеји децентрализације и могућем процесу регионализације. Била је то последица лошег искуства и страха од поновног издизања социјалистичких и комунистичких модела, претежно локалне самоуправе, примењених у претходним системима. Један број земаља је чак поништио неке облике децентрализације из претходног система и тако се нашао у својеврсном вакуму, који је трајао до постављања првих услова Европске уније у процесу интеграције.³⁴ Међутим, развој "нових" уставних демократија захтевао је прихватање „нових“ принципа не само у равни хоризонталне организације власти, већ и у погледу вертикалне организације и уређења државе.

Земље централне и источне Европе постале су праве „лабораторије територијално-административне реформе и децентрализације“ у последњој деценији прошлог века.³⁵ Од 1996. године Чешка, Словачка и Пољска започињу процес децентрализације и мењају своју админи-

³³ Ово је био случај у Совјетском Савезу и Социјалистичкој Југославији, где је социјалистички модел територијалне поделе изазвао најгоре последице у погледу цепања држава по унутрашњим границама. (Упор. J.A.Yoder, *op.cit.* p. 266)

³⁴ *Ibidem*

³⁵ M.Brusic, "The Instrumental Use of European Union Conditionality: Regionalization in the Czech Republic and Slovakia", *East European Politics and Societies*, Vol. 19, No.2, 2005, p. 291.

стративно-територијалну поделу. У Мађарској је 1999. године усвојена Резолуција о концепту националног регионалног развоја у Парламенту.³⁶ Летонија је установила непосредно изабрана представничка тела на регионалном нивоу 2001. године. Словенија је припремила закон о регионалној аутономији, а 2001. године спровела је уставну ревизију у циљу дефинисања региона. Земље које су се припремале за испуњавање услова придруживања, као што су Румунија и Бугарска, своје законодавство допуниле су прописима којима се уређује децентрализација државе кроз форму локалне самоуправе и региона.

Мађарска је пошла путем децентрализација који је имао претежно административни карактер. Као резултат у Мађарској су креирани тзв. планско-статистички региони, а у складу са законском одредбом о тзв. развојним регионима, што је требало да послужи као основ за испуњавање услова постављених од стране Европске комисије. У циљу достизања критеријума формиран је Регионални развојни савет (1996), док је крајем 1999. године образовано пет регионалних развојних савета који су покривали целу државну територију. Током 1999. године Мађарска је значајно изменила своје законодавство и омогућила ширу основу за регионализацију. Овде постоји неколико гледишта о томе како развијати регионе или како ће се одвијати регионални развој. Једно од њих истиче да је регион јединица којој се поверавају задаци и агенције регионалног развоја, друго гледиште истиче регионе као ниво деконцентрације органа централне државе, а треће види регионе као самоуправне (*self-governing*) јединице које имају изборне органе.³⁷

Пољска је процес регионализације спровела шире и лакше од осталих посткомунистичких земаља. Процес регионализације у Пољској наилазио је на проблеме који су проистекли из недовољно развијених локалних и регионалних структура, неједнаког регионалног развоја, као и због опасне тенденције да се регионализација развије на етничким основама.³⁸ Крајем деведесетих година Европска комисија је у

³⁶ Видети: Resolution 142/2002 on regional democracy in Hungary.

³⁷ B. Fowler, *Regionalisation in Hungary*, Paper presented to the CREES Annual Conference, Windsor, 2000, p. 2.

³⁸ Овоме се може додати сумња изражена према идејама које су долазиле споља и страх од промена које су могле да ослабе Пољску националну државу. Сличне крити-

неколико наврата критиковала недостатке децентрализације ове земље. Као одговор на ову критику пољска власт је законом спровела децентрализацију 1999. године, донела закон о регионалном развоју и установила министарски ресор за регионални развој 2000. године. Осим принципа субвенционости, процес децентрализације у Пољској заснован је на принципима ефикасности, транспарентности, отворености, одговорности и флексибилности.³⁹

Систем децентрализације у Пољској спроведен је у три нивоа које чине: општине као јединице локалне самоуправе (2.424), сеоски (308) и градски (65) дистрикт и 16 регионалних ауторитета (покрајине, тј. војводства).⁴⁰ На сва три нивоа организовања постоје изабрана представништва, а на челу војводства налази се лице које именује премијер на предлог министра унутрашњих послова. Његово овлашћење простире се на питања заштите интереса државе, као и координација послова владине администрације и регионалне аутономије. У складу са захтевима које је поставила Унија, Пољска је развила систем регионалних развојних агенција које се налазе под покровитељством Пољске агенције за регионални развој.⁴¹

Чешка је законским актима, на основу Устава, установила претпоставке за развој региона у складу са Европском повељом о регионалној самоуправи,⁴² док је Словачка установила регионе Уставним законом 1997. године (ступио на снагу 1. јануара 2000. године).⁴³ Уставом Чешке (1993) успостављен је основ територијалне аутономије, која је

ке биле су развијене и у другим источноевропским државама. (Упор. А.Yoder, *op.cit.* p. 269)

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Постојећих 49 војводства је укинута и замењено са само 16 нових војводства. (Упор. А.Kowalczyk, "Local Government in Poland" in Т.Horvath (ed.), *Decentralization: Experiments and Reform*, Budapest: LGI Publications, 2000).

⁴¹ J.Hughes, G.Sasse & C.Gordon, *op.cit.* pp. 11-12.

⁴² *Draft European Charter of Regional Self-Government*, The Congress of Local and Regional Authorities of Europe – Council of Europe, 1997.

⁴³ Пред обе републике постављени су идентични захтеви у процесу евроинтеграције. За разлику од Чешке Републике, Словачка је снажно критикована од стране Уније због недемократских потеза владе током деведесетих година. (J.Hughes, G.Sasse & C.Gordon, *op.cit.* pp. 11-12).

развијена тек 1997. године када је законом установљено 14 региона (*kraje*). На основу Закона о регионима (2000) одржани су први избори за регионалне скупштине на којима су учествовале политичке партије. Регионалне скупштине броје између 45 и 65 чланова, зависно од величине региона. У процесу регионализације Чешка је током деведесетих година предузела бројне кораке, док је 1998. године усвојила "Принципе регионалне политике".⁴⁴ У Словачкој је након уставне реформе 2001. године постигнута сагласност о самоуправи територијалних јединица, али се појам региона не среће у самом Уставу. Регионална децентрализација, извршена 1996. године, произвела је осам административних јединица у којима су образовани територијални ауторитети којима руководи представник централне власти.

Са друге стране, Естонија је врло мало учинила у процесу децентрализације власти. Сагласно Уставу ојачана је мрежа локалне самоуправе, док је децентрализација власти и спуштање одређених надлежности на ниво регионалних ауторитета изостало. Узрок се може наћи у историјским и политичким разлозима, а контраверзе регионализма произилазе из претпоставке да "јака локална власт може произвести подизање политичке моћи Руса у неколико области, укључујући и главни град".⁴⁵ Ова држава спада у групу мањих држава чланица Уније које немају реализован програм децентрализације, који од њих захтева Европска комисија.

Румунија је Законом о регионалном развоју (1998) предвидела формирање "развојних региона" који би представљали увод у стварање јединица територијалне аутономије. Бугарска је установила регионе законом и предвидела два нивоа организовања: јединице локалне самоуправе и 28 региона. Програм националног развоја Словеније претпо-

⁴⁴ У циљу спровођења ових принципа образовани су одбори за надзор (*Monitoring Committees*). Чланове ових одбора именовоа је Министар за регионални развој (установљен 1996. године) из редова регионалних тела за координацију, представника министарства, чланова парламента, представника универзитета и невладиног сектора. (*Ibidem*)

⁴⁵ *Ibidem*

ставља успостављање нове регионалне политике, која се потенцијално може развити у оквиру осам региона.⁴⁶

Нема сумње да су све државе у процесу европске интеграције биле под снажним утицајем политике Уније у погледу децентрализације и процеса регионализације,⁴⁷ као и да је овај утицај био израженији и отворенији у односу на старе државе чланице.⁴⁸ Зато се може рећи да су се у већој или мањој мери све земље источне и централне Европе након преласка на модел грађанске демократије нашле на путу децентрализације. Осим овог важног фактора (европска интеграција), на регионализацију нових система утицали су традиција и величина државног простора, као и специфичности политичког и економског развоја.

4. Уставни оквир децентрализације у Србији

Могућност децентрализације и регионализације у Србији може бити сагледана кроз правни оквир који пружа нови Устав Републике (2006). Расправа о овом питању интензивирана је након 2000. године, нарочито током израде неколико нацрта уставног акта Србије који су садржали идеје о децентрализацији државне власти и регионализацији државне територије. У овим актима истакнуто је неколико модела ви-

⁴⁶ Видети: *Local and Regional Democracy Reports*, Congress of Local and Regional Authorities of Europe, Strasbourg, 25 May 2000.

⁴⁷ Захтеви Уније у процесу интеграције одразили су се двоструко. Прво, кроз реформу демократизације система која је промовисала политику успешног и ефикасног регионалног развоја и друго, кроз административно-статистичку реформу усмерену на испуњавање захтева интеграције, као што је развој неопходних административних капацитета за испуњавање очекиваних циљева. (Упор. J.Hughes, G.Sasse & C.Gordon, *op.cit.* pp. 13-14; M.Brusic, *op.cit.* p. 291).

⁴⁸ Као део услова у погледу приступања Унији све земље кандидати су биле дужне да припреме своју централну власт, као и регионалне ауторитете, да могу да управљају и надгледају структурне фондове, који представљају главни ослонац или подршку европској кохезионој политици. Владе морају да буду у стању да планирају и имплементирају регионалне развојне програме и да процењују и проверавају резултате имплементације. Ради планирања и због постизања статистичких стандарда ове државе би требало да дефинишу регионе према одговарајућим критеријумима класификације територијалне статистике која се примењује у Европској унији (*Nomenclature of Territorial Units of Statistics - NUTS*). (Упор. M.Brusic, *op.cit.* p. 302).

шестепене и једностепене, симетричне и асиметричне децентрализације.⁴⁹

⁴⁹ Један од првих предлога о регионалном уређењу Србије садржан је у предлогу академика М. Јовичића, *Устав регионалне државе уједињених српских земаља*. Он је сматрао „да све функције које у држави морају да буду обављене, ваља, с обзиром на њихов карактер и значај, расподелити између три категорије јединица, односно три степена власти: државе, региона и општина.“ (Опширније М. Јовичић, *Регионална држава*, Београд: Вајат, 1996, стр. 91-105) Предлози, нацрти и начела за пројекат уставног преуређења Србије, израђени од 2001. до 2005. године, садрже широку скалу понуђених решења за територијално уређење. У Нацрту Устава Краљевине Србије (Београд, 2001), чији је аутор професор Павле Николић, предвиђено је постојање дванаест области као политичко-територијалних јединица које представљају заједнице општина и грађана. У Предлогу за нови Устав Србије независне групе експерата (Београд: Београдски центар за људска права, 2001) територијална организација Републике изражена је кроз четири нивоа територијалне самоуправе: општине, окрузи, области и аутономне покрајине. Предлогом се једино утврђује број (шест) и назив аутономних покрајина, док је за уже јединице предвиђено право на самоорганизовање, с тим да се одређује доња и горња граница у погледу броја становника који чине односну територијалну јединицу. У Пројекту Устава Републике Србије који је сачинила радна група *Forum iuris* (Нови Сад, 2002) потврђује се постојање две аутономне покрајине, Војводина и Косово, и оставља могућност да се поред њих, на остатку државне територије, могу образовати „једна или више аутономних територијалних заједница“ које би имале исти или ужи оквир надлежности од аутономне покрајине. У Нацрту Устава Републике Србије коју је израдила Демократска странка Србије (Београд, 2003) предвиђено је организовање шест региона уз могућност њиховог прекомпоновања на основу изјашњавања грађана у општинама. Владин Нацрт Устава Републике Србије (Београд, 2004) задржава две аутономне покрајине, Војводина и Косово и Метохија, док се „нове аутономне покрајине могу оснивати, а већ основане укидати или спајати у поступку предвиђеном за промену Устава“. У Моделу Устава Србије који је израдила група стручњака на позив Председника Републике (Б. Тадић), објављеног јануара 2005. године, грађанима се јамчи право на децентрализовану државу „које укључује право на локалну самоуправу и аутономију, као и на заштиту тог права“. Предложени модел децентрализације претпоставља општине, градове и аутономне покрајине. Моделом су предвиђене две аутономне покрајине, Војводина и Косово и Метохија, а остављена је могућност грађанима да на референдуму одлуче о образовању других аутономних покрајина (уз услов да на територији живи најмање један а највише два милиона становника у тренутку оснивања, у општинама које су територијално повезане, и да се она може самостално финансирати). (Упор. М. Јовичић, *Устав регионалне државе уједињених српских земаља*, Београд: Вајат, 1996; П.Николић, *Нацрт Устава Краљевине Србије*, Београд, 2001; М. Пајванчић, „Нови Устав Србије и аутономија Војводине – упоредна анализа пројеката устава Србије“, *Нова српска политичка мисао* – посебно издање, Београд, 2005, стр. 7-25; *Предлог за нови Устав Србије*, Београд: Београдски центар за људска права, 2001; Пројекат Устава Републике Србије, Нови Сад: *Forum iuris*, 2002; *Нацрт Устава Србије Демократске стране* (Београд, 2003);

Држава која тежи успостављању демократског уставног система, као што је Србија данас, требало би да уважи принцип децентрализације и потребе регионализације.⁵⁰ Европски модел модерне демократске државе обухвата процес уставне и политичке децентрализације власти у оквиру регионалне државне организације. Ако је легитимно настојање да се достигну циљеви демократизације, неспорно је и право грађана на регионалну самоуправу.⁵¹ Идеја регионализације у потпуности одговара принципима које проглашава Европска повеља о регионалној самоуправи. Принцип субвенционисаности представљен је као основни услов демократског развоја на бази једнаке легитимације различитих нивоа власти: локалне, регионалне, националне и ауторитета Европске уније. У складу је са демократским захтевом да се истакне онај облик вршења власти који је најближи грађанима, уважавајући принципе делотворности и јавности.

Децентрализација власти у уставном систему Србије може се посматрати као део општег процеса демократске конституционализације и остваривања циљева европске интеграције. Проблем је у томе што Србија истом питању приступа са великим закашњењем. Пропуштен је важан уставни тренутак, јер је питање децентрализације могло да буде уређено највишим општим правним актом Републике. Већина посткомунистичких земаља, које су постале чланице Европске уније, спроводиле су децентрализацију „у ходу“ и под „уставним кишобраном“ из деведесетих година доносиле законе којима је децентрализација постављена у европске оквире.

Нацрт Устава Републике Србије Демократске странке Србије (Београд, 2003); *Предлог за промену Устава* (Уставна комисија), 2003; *Нацрт Устава Републике Србије* (Влада РС), Београд, 2004; *Модел Устава Србије* (експертски тим), Београд, 14. јануар 2005).

⁵⁰ По мишљењу П. Николића „опредељење да ново унутрашње уређење Србије треба да почива на широкој децентрализацији не долази у сумњу“. (П. Николић, „Нови Устав Србије и питање регионализације“, у *Ка регионалној држави* (Ј. Живковић, прир.), Ниш: Филозофски факултет, 2007, стр. 13).

⁵¹ О заштити права на регионалну самоуправу, видети: М. Пајванчић, „Нови Устав Србије и аутономија Војводине“, у *Србија између устава и уставности*, Београд: Хелсиншки одбор за људска права у Србији, 2005, стр. 263-269.

Устав Србије (2006) успоставља принцип децентрализације кроз одредбу о праву грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу (чл. 176).⁵² Аутономне покрајине су "аутономне територијалне заједнице основане Уставом" (чл. 182. ст.1), при чему су Уставом установљене две аутономне територијалне заједнице, Војводина и Косово и Метохија. Реч је о наслеђеним облицима територијалног организовања, али је Устав оставио отворену могућност за оснивање нових аутономних јединица по поступку предвиђеном за промену Устава. Овај услов је, међутим, додатно отежан захтевом да предлог за оснивање нових (или укидање постојећих) аутономних покрајина утврде грађани на референдуму (чл. 182. ст. 4). Разлози за недовршеност уставних решења у погледу децентрализације и отежавање услова за постизање регионализације могу се наћи у брзини доношења и поступку преговарања око нових уставних решења између парламентарних партија, које су циљеве децентрализације подредиле политичком компромису.

На основу предвиђених уставних решења јасно је да су услови за територијално организовање аутономних јединица врло тешки. Могу се претпоставити две могућности у процесу децентрализације Републике. Прва је да само делови државне територије искажу потребу и жељу за организовањем "аутономних територијалних заједница", што одмах отвара питање референдума за утврђивање предлога. Да ли Уставом предвиђена обавеза утврђивања предлога путем референдума у овом случају допушта могућност да предлог утврде само грађани дела државне територије који претендује на образовање аутономне јединице? С обзиром на уставну одредбу да предлог "утврђују грађани на референдуму, у складу са законом", национални референдум тешко да може произвести позитивне ефекте у смислу да само један део државне територије добије подршку за свој предлог у предвиђеном поступку. Остаје могућност да закон утврди обим и ширину референдума за утврђивање предлога за оснивање аутономних јединица, са претпоставком олакшавања услова и пружања шансе грађанима једног дела државне територије да се територијално организују и своју потребу ис-

⁵² Такође, уставни основ деконцентрације власти постављен је у чл. 137. Устава.

кажу на референдуму. Друга могућност у процесу децентрализације је да се овоме приступи са нивоа централне власти кроз предлог да државна територија буде организована кроз аутономне јединице (што је било садржано у највећем броју нацрта уставног акта), а да се о утврђивању предлога изјашњавају грађани на националном референдуму. Тако би децентрализација значила постепено преношење послова са централних на ниже ауторитете, што би захтевало припрему нижих власти да преузму терет одговорности. Упоредна искуства европских земаља могу то и да потврде. Италија је још 1948. године поставила уставно-правне темеље регионалне државе, али је процес регионализације започет тек седамдесетих година, док је последњих година он добио потпуно нове димензије. Посебно су земље у окружењу прошле исти транзициони пут, који је укључивао и процес децентрализације као један од захтева у процесу европске интеграције.

Ако пођемо од претпоставке да сви грађани Србије немају једнако развијен регионални идентитет, те да не препознају политичке, економске, привредне, културне и друге предности у успостављању региона, расписивање националног референдума о питању регионализације могло би да изазове потпуно обрнути ефекат.⁵³ Упркос високом демократском капацитету референдума, одрживи су приговори да би препуштање грађанима одлучивање о овим питањима на референдуму (одлучивање „одоздо“) подигло ниво неизвесности у погледу решавања питања. Са друге стране, принцип децентрализације нужно претпоставља учешће грађана и у фази одлучивања о моделу регионализације, односно доношење одлуке на националном референдуму.

⁵³ Тако су грађани Португалије одговорили негативно на два референдумска питања постављена 8.11.1998. године, која су била везана за преуређење државе. Прво питање односило се на план установљавања административних региона у држави, а друго питање било је везано за образовање административног региона у области где грађанин гласа. Убедљивом већином грађани су негативно одговорили на оба питања. Устав Португалије (1976) начелно је предвидео принципе децентрализације, али она није спроведена због, по неким мишљењима, јаког и чврстог националног идентитета, односно непостојања "природних" регионалних граница. С обзиром на неке социјалне, односно друштвене карактеристике, као што су језик, раса, религија или вера, народ у овој држави осећа јак и хомогенизован идентитет. (Упор. *The Bulletin*, Council of Europe, n° 2, May, 2003).

У актуелном тренутку, са претпостављеном потребом креирања регионалних јединица, требало би водити рачуна о свим условима, политичким, економским, историјским, културним, националним, географским и другим, за стварање тзв. регионалног идентитета. Неки од суштински везивних елемената, као што су традиција са присутном социјалном, односно друштвеном хомогенизацијом или формиране "природне" границе региона код нас не постоје. Ако изузмемо унутрашње границе скројене у оквиру уставног система Социјалистичке Федерације, када су образоване две аутономне покрајине, може се рећи да се елементи регионалног идентитета не осећају једнако снажно на целокупној државној територији Србије. Ову врсту идентитета не треба свести само на ситуацију да грађани препознају његову улогу у историјском контексту повезивања ради одбране и затварања у аутохтону јединицу. Смисао заједништва је повезивање у дефинисаном политичком, економском и географском простору са циљем постизања конкретних ефеката који ће се одразити на квалитет њиховог живота. Са друге стране, ова врста заједништва неће умањити везаност грађана за државу и њихову припадност у националном или политичком смислу.

Јединице локалне самоуправе, општине и градови, требало би да буду уклопљене у регионалну организацију државе. Њихово потенцијално прекомпоновање, у смислу смањивања броја становника по јединици локалне самоуправе и тиме повећање броја општинских јединица, одговарало би захтевима децентрализације у држави која је уставно уредила и заштитила принцип локалне самоуправе. Регион као јединица територијалне аутономије представљао би ниво ауторитета између централне и локалних власти који би остварио ефектну субсидијарност у вршењу власти, али не на штету локалне самоуправе.

Конечно, увођење и признавање регионалне аутономије не доводи у питање суверенитет и територијални интегритет државе. Дисперзија овлашћења регионалним јединицама не умањује лојалност према држави, а понајмање може утицати на јединствени правни поредак државе. Томе у прилог говоре примери развијених европских демократија, као што су Италија и Шпанија. Управо на њиховом примеру може се видети да су "децентрализација и регионализација израз самопоу-

здања државе и извор стабилности, јер стварају и способност за препознавање и поштовање интереса и потреба одређених подручја, култура, иницијатива и тиме доприносе процесу демократске консолидације друштва и државе“.⁵⁴ На примеру уставног уређења Србије, М. Јовичић је, поводом свог пројекта *Устав регионалне државе уједињених српских земаља*, закључио: „Функције које би, по природи ствари, биле поверене регионима, не би смеле да угрожавају „државно јединство“.⁵⁵

⁵⁴ И. Вујачић, ”Нормативна реинтеграција”, у *Нови Устав Србије: нека отворена питања*, *Економист*, децембар 2005. стр. 9.

⁵⁵ М. Јовичић, *op.cit.*, стр. 92.

Prof. Irena Pejić, LL.D

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

DECENTRALIZATION, REGIONALIZATION AND THE EUROPEAN INTEGRATION

Summary

In the spirit of the Serbian constitutional changes and the postulated requirements aimed at meeting the basic European Union standards, there is an undisputable need to establish a decentralized system of government in the Republic of Serbia, both at the state and at the sub-state levels. A comparative analysis of constitutional practices demonstrates different forms of multi-level organisation of authorities in a decentralized state, in compliance with the principle of subsidiarity.

The constitutional and political implications of a “decentralized” government are recognized as different from the constitutional structure of a federal government. In unitary states, the distribution of power can be effected in three ways: through deconcentration, decentralization and devolution of power. From the political and legal point of view, the most significant ones are decentralization and devolution. The most radical form of the distribution of power is devolution, which occurs when the central authority grants power or decision-making autonomy to some local regions.

With due respect to the realities of the territorial organization of the Serbian legal and political setting, it would be wrong to reduce the level of territorial autonomy that has been achieved and developed so far. However, it would be equally inappropriate to keep the same pattern in the future and neglect the need for decentralization and regionalization in the Serbian legal system.

There are two options for the decentralization of power in Serbia. The first option might be to apply the constitutional provision on the possibility of organizing autonomous units on the “remaining part” of the state territory, which is accompanied by a complicated constitutional procedure. The second option is to carry out a unified decentralization on the entire state territory by keeping the existing autonomous provinces and concurrently achieve a multi-level territorial autonomy. In any case, citizens should be enjoying the benefits of decentralization not only on the level

of the local government (currently organized at two levels) but also through the process of regionalization (as a form of territorial autonomy within regional units) on the entire territory of the Republic of Serbia.

Key words: *decentralization, regionalization, regional units, territorial autonomy*

*Др Наташа Стојановић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу*

UDK: 349.6:636.028(497.11:4-672EU)

**ПРАВНА ЗАШТИТА ЖИВОТИЊА КОЈЕ СЕ КОРИСТЕ
У ЕКСПЕРИМЕНТИМА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ
И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ¹**

*Поводом 24. априла, међународног
дана заштите огледних животиња*

Апстракт:

Човек, и поред достигнућа савремене технологије, данас масовно користи живе животиње у различитим експериментима. Не упуштајући се у то, колико ти експерименти могу бити окрутни за животиње и бескорисни за човека, а колико, пак, могу представљати препреку на путу откривања научних истина, аутор своју пажњу усмерава на правни аспект заштите огледних животиња у праву Европске уније и српском праву. У раду су предложене мере, којима би се експерименталне животиње, на територији Републике Србије, узеле у заштиту, док се не усагласи домаћа легислатива са европским законодавством.

Кључне речи:

огледне животиње, право Европске уније, право Републике Србије

¹ Рад је 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.

Уводне напомене

У потрази за научним сазнањима, здрављем и зарадом деценијама уназад човек користи животиње у експерименталне сврхе.

Пракса извођења експеримената над живим животињама (вивисекција)^{2 3} има дуг животни пут. Сматра се да су животиње у огледи-ма коришћене још код старих Грка и Римљана.⁴

Сурова статистика показује да се данас, на годишњем нивоу, у Европи користе милиони животиња у експерименталне сврхе.⁵ Захваљујући њима испитује се готово све: нови лекови, адитиви који се додају исхрани, козметички производи, разне хемикалије које се користе у

² Израз "вивисекција" је сложеница која има корене у латинском језику. Састављена је од речи „vivi” – „жив” и „sectio” – „сечење”, и у дословном преводу значи сечење живог ткива. Више о значењу самог термина „вивисекција” видети на сајту Енциклопедије Британика <http://www.britanica.com/ebc/article-9382118?query= Vivisection&ct=>.

³ За разлику од вивисекције која може бити примењена искључиво на живим животињама, дисекција означава сечење или операцију угинулих животиња. О разлици између вивисекције и дисекције ближе видети на сајту http://www.vegavanguard.com/vegism/experiment_lexicon.html.

⁴ Према подацима са којима располажемо, Аристотел (384–322. године п.н.е.) и Ерасматратус (304–258. године п.н. е.) били су међу првима који су вршили експерименте над животињама, а Гален, римски физичар из другог века, који је сецирао козе и свиње, сматра се оцем вивисекције. О томе опширније видети код Laboratory Primate Advocacy, History of nonhuman animal research, на сајту <http://www.lpag.org/laperson/laperson.html#history>.

⁵ Пети статистички извештај Европске комисије о броју животиња које се користе у експериментима показује да је у 2005. години у 25 држава Европске заједнице употребљено око 12,1 милиона животиња. Од тога је, 10 нових држава, чланица Европске уније, учествовало 8,6%, од укупног броја употребљених огледних животиња, а Малта је информисала Комисију да није било експеримената над животињама, на њеној територији, у 2005. години. У огледима су највише коришћени глодари и зечевци (78%), за њима следе хладнокрвне животиње – рептили, инсекти, амфибије и рибе (са учешћем од 15%), па затим птице (преко 5%) и остале животиње (2%). Велики мајмуни нису коришћени у експериментима на територији Европске уније у 2005. години. О другим подацима везаним за експерименте у државама, чланицама Европске заједнице, опширније видети у Fifth Report on the Statistics on the Number of Animals used for Experimental and other Scientific Purposes in the Member State of the European Union [SEC (2007) 1455], на сајту

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0675:EN:...](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0675:EN:)

пољопривреди, средства за чишћење у домаћинству, итд. Осим тога, животиње се користе за образовање и обуку у школама и на факултетима, као и у војне сврхе.

Масовно коришћење животиња у експерименталне сврхе, углавном нехумано поступање са њима током спровођења експеримента, нелегални и често непотребни експерименти оваквог профила, били су повод да поједини представници научне мисли⁶ и масовни покрети за заштиту права животиња дигну свој глас за постављање граница у експериментисању са животињама, а у последње време и за њихово укидање.^{7 8}

То је све имало за последицу да се животиње које се користе у експериментима правно заштите. Почев од енглеског Cruelty to Animals Act из 1876. године, па до данашњих дана, животиње које се користе у експериментима су у већој или мањој мери заштићене законима готово свих европских држава.⁹

Предмет наше пажње у овом раду јесте управо заштита огледних животиња, сагледана кроз Европску конвенцију о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе, одговарајућих прописа Европске уније и законодавства Републике Србије.

⁶ Видети нпр.: P. Singer, *Animal Liberation*, New York, 1975; R. G. Frey, *Interest and Rights: The Case against Animals*, Oxford, 1983; R. Sharpe, *The Cruel Deception The Use of Animals in Reasrch*, London, 1988; T. Regan, *Defending Animal Right*, Chicago, 2001.

⁷ О томе детаљније видети на сајту <http://www.scienceclarified.com/Vi-Z/Vivi-section.html>.

⁸ За то се нарочито залажу две невладине организације PETA (People for the Ethical Treatment of Animals) и BUAV (British Union for the Abolition of Vivisection) које оправдавају своје захтеве за укидање експеримента над животињама из следећих разлога: они показују колико човек може да буде свиреп према нижима од себе, будући да се животиње не употребљавају већ злоупотребљавају, не могу да предвиде поздане ефекте на људе, лоше су правно уређени, много више коштају него што користе и директно су у супротности са правом животиња на живот. О томе опширније видети на сајтовима: <http://www.peta.org/about/faq-viv.asp>; <http://www.buav.org/pdf/VivisectionFAOs.pdf>.

⁹ Детаљније о томе видети код М. Пауновић, Упоредноправни преглед заштите права и добробити животиња, Страни правни живот, бр. 1/2004, стр. 27-60.

1. Конвенција о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе¹⁰

Конвенција о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе усвојена је под окриљем Савета Европе у Стразбуру 18. 03. 1986. године. Ступила је на правну снагу 01. 01. 1991. године.

До сада је Конвенцију прихватило 26 држава, укључујући и Европску заједницу.¹¹ Република Србија није потписница ове Конвенције.

Конвенција у својој преамбули потенцира потребу постизања јединства држава, чланица Савета Европе, и на пољу заштите животиња које се користе приликом извођења експеримената, истовремено указујући на циљеве за њено доношење. С једне стране, сврха усвајања ове Конвенције јесте да се оправда спровођење експеримената над животињама, а са друге стране, да се редукује број таквих експеримената, број животиња које се користе у ове сврхе и да се оне, колико је то могуће заштите у тим поступцима, узимајући у обзир нарочито њихову способност за патњу и памћење.¹² Конвенција, осим тога, у овом делу

¹⁰ European Convention for the protection of vertebrate animals used for experimental and other scientific purposes (ETS No.123). Интегрални текст ове Конвенције може се наћи на сајту <http://conventions.coe.int>. У наставку рада за овај правни документ биће коришћена скраћеница Конвенција.

¹¹ Потписале су је и ратификовале: Белгија, Бугарска, Кипар, Чешка, Данска, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Холандија, Норвешка, Румунија, Словенија, Шпанија, Шведска, Швајцарска, Македонија, Велика Британија и Европска заједница. Потписале су је, али је још нису ратификовале: Естонија, Мађарска, Ирска, Пољска, Португал и Турска. Подаци преузети са сајта <http://conventionis.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=123&CM=8&DF=1/21/20...>

¹² Теоретичари који проучавају психологију животиња аргументовано указују да сисари и птице имају когнитивне, комуникативне, афективне и друге психолошке способности, укључујући и осећања. Ове животиње имају способност расуђивања, емоционални живот, могу да планирају и да бирају. (Детаљније о томе видети код С. Cohen, In Defense of the Use of Animals, unpublished manuscript, 1996. Наведено према Т. Regan, op. cit., стр. 73). Поједини теоретичари, осим тога, верују да је психолошки живот примата, паса и мачака богатији и разноврснији него ли психолошки живот појединих представника људске врсте (нпр. детета рођеног са приметком људског мозга). Опширније о томе видети код R. G. Frey, op. cit. Наведено према Т. Regan, op. cit., стр. 16.

охрабрује развој алтернативних метода у научним истраживањима, како би се број огледа на животињама свео на минимум.¹³

Конвенција предвиђа да се под животињом која се може користити у експериментима подразумева сваки живи нељудски кичмењак, укључујући и различите форме ларви, а искључујући друге феталне и ембрионалне форме.¹⁴

Да би се смањио број огледних животиња, Конвенција јасно зацртава и редуцира сврхе у које ова жива бића могу бити искоришћена, а то су:

а) избегавање или спречавање болести, лошег здравља или друге ненормалности или њихових ефеката код човека, кичмењака, бескичмењака или биљака, укључујући производњу и квалитет, ефикасност, безбедност тестирања лекова,¹⁵ супстанци или производа;

б) дијагноза или лечење болести код човека, кичмењака, бескичмењака или биљака;

в) откривање, процена, регулисање или модификација физиолошких услова код човека, кичмењака и бескичмењака или биљака;

г) заштита животне средине;

¹³ О алтернативним методама које су данас на тлу Европске уније прихваћене као „достojна” замена експериментима над животињама детаљније видети на сајту http://ec.europa.eu/environment/chemicals/labanimals/alternative_en.htm

¹⁴ Видети чл. 1 ст. 2а Конвенције.

¹⁵ Због физиолошких и анатомских разлика између човека и животиња, многобројни тестови на животињама, спроведени у циљу испитивања делотворности појединих лекова, потврдили су да нису довољно поуздани када је здравље човека у питању. Наиме, „црна статистика” показује да лекови који су се код експерименталних животиња показали успешним, код човека су изазвали негативне последице. Тако, лек *contergan*, који је успешно прошао вишегодишње тестове на животињама, изазвао је више од 10.000 побачаја и урођених телесних мана код новорођенчади. Затим, лек *teropterin*, иако је тестиран на 18.000 мишева и дао добре резултате, када су га користила деца, болесна од леукемије, умирала су брже, него она која тај лек нису користила. Вредан помена је нпр. и *orpel*, лек против артритиса, који је после спроведених тестова на животињама оцењен као поуздан, проузроковао је преко 70 смртних случајева и у више од 350 случајева озбиљна оштећења појединих органа код пацијената који су га користили. На другој страни, пеницилин и аспирин били су погубни по експерименталне животиње, а познато је да су они код већине људи врло ефикасни медикаменти. Подаци преузети са сајта <http://www.well.org.rs/Eksperimenti%20nad%zivotinjama.htm>

- д) научно испитивање;
- ђ) образовање и обука;
- е) форензичка истраживања.¹⁶

Државе, потписнице Конвенције, обавезале су се да неће дозволити спровођење експеримената над животињама у неке друге сврхе, осим наведених у чл. 2 Конвенције¹⁷ и да се неће спровести ни један оглед на животињама, уколико се неком научно задовољавајућом методом, без употребе животиња, може остварити сврха експеримента.¹⁸ Осим тога, слово Конвенције предвиђа да све државе које су је потписале морају стално да подстичу научна истраживања, у правцу развијања алтернативних метода за вршење експеримената.¹⁹

У Конвенцији су садржане и опште одредбе које се односе на смештај и бригу о огледним животињама. Тако, чл. 5 Конвенције прописује да у погледу сваке животиње која се употребљава или намерава да се употреби у експерименталне сврхе мора бити обезбеђен одговара-

¹⁶ Видети чл. 2 Конвенције.

¹⁷ Бесмисао појединих експеримената над животињама може се потврдити једним новим истраживањем. Наиме, компанија за израду лекова „Pfizer” наручила је експеримент за испитивање делотворности dirlotapida (slentrol), лека намењеног за скидање прекомерне тежине. Тестирани су, намерно утојени, 114 лабрадора ретривера и 175 бигла. Псима је лек даван на различите начине. Неки пси су чак били предмет инвазивне абдоминалне хирургије, како би им се уградила цевчица кроз коју је пролазио лек до њиховог желуца. Експеримент је био, осим „научног открића”, погубан за псе. Већина паса је имала дијареју и повраћање, а 73 пса су угинула. Истраживање је покушало да укаже на корисност тог лека у борби против гојазности, иако је добро познато да су најефикаснија средства за гојазне љубимце рестриктивна дијета и вежба. Пример наведен код J. Gossellin – S. Peachey – J. Sherington – T. G. Rown – S. J. Sunderland, Evaluation of dirlotapide for sustained weight loss in overweight Labrador retrievers, Journal of Veterinary Pharmacology and Therapeutics, бр. 30/2007, стр. 55-65.

¹⁸ У теорији има размишљања да ослањање на добро утврђену научну методологију која, дакле, подразумева коришћење животиња, успорава развој алтернативних експерименталних метода, које би биле много корисније за разумевање суштине многобројних болести човека и предузимање адекватних корака за њихово излечење. Штавише, инсистира се на томе да се биомедицинска истраживања фокусирају, уместо на лечење одређене болести, на њену превенцију. На тај начин би се путем алтернативних метода пре дошло до постављеног циља, него ли употребом модела животиње. Опширније о томе видети код R. Sharpe, op. cit. Наведено према T. Regan, op. cit., стр. 18.

¹⁹ Видети чл. 6 Конвенције.

јући смештај, окружење, бар минимум слободе у кретању, храна, вода, и брига за њено здравље и добробит. При том, услови у којима се огледне животиње одгајају, чувају или употребљавају морају бити свакодневно проверавани, а свака неправилност, у том правцу, мора бити откривена и отклоњена, што је пре могуће. До детаља прецизирана упутства о смештају и заштити животиња које се користе у експерименталне или друге научне сврхе налази се у Апендиксу ове Конвенције, обележеним под А.

Конвенција предвиђа строга правила за спровођење самог експеримента, у коме се користи једна или више животиња. Тако, када се оглед има извршити, избор врсте животиње мора бити пажљиво размотрен и када се то тражи образложен одговорном лицу. Код избора процедуре мора се узети она која захтева минималан број животиња, узрокује мање бола, патње, стреса или трајног оштећења и која обезбеђује резултате који највише задовољавају.²⁰

Сам експеримент мора се одвијати уз употребу опште или локалне анестезије, аналгезије или неке друге методе којом се елиминише, или смањује, колико је то могуће, бол, патња, стрес или трајно оштећење. Употребу ових средстава Конвенција забрањује у два случаја: када је за добробит животиње већи ризик њихова примена, будући да је бол који је проузроковао експеримент животињи мањи по интензитету, и када је употреба анестезије или аналгезије неспојива са циљем експеримента.²¹

Да би се спречило извођење великог броја експеримената над животињама који могу њима проузроковати јак бол, који ће вероватно дуго трајати, Конвенција налаже да такви експерименти морају бити јавно објављени и оправдани, посебним одобрењем, од стране одговорног лица.²²

Конвенција предвиђа да овлашћено лице, на крају сваког експеримента, одлучује да ли ће огледну животињу одржати у животу или убити на хуман начин, што пре је то могуће. Животиња која је већ ко-

²⁰ Видети чл. 7 Конвенције.

²¹ Видети чл. 8 Конвенције.

²² Видети чл. 9 Конвенције.

ришћена у експериментима који је произвео јак или трајан бол, без обзира да ли је коришћена анестезија или аналгезија, биће коришћена у наредним експериментима само ако потпуно оздрави. Изузетак од овог правила, слово Конвенције прописује у два случаја: уколико је наредни експеримент такав да ће животиња, током његовог трајања бити подвргнута општој анестезији која ће се одржавати све док се животиња не убије или ако будући поступак укључује само мање интервенције.²³

Овлашћеном лицу, осим ових опција, Конвенција дозвољава, уколико то диктирају потребе самог експеримента, и да ослободи животињу.²⁴

Посебну пажњу Конвенција посвећује и установама које се баве одгајањем огледних животиња²⁵ и тзв. корисничким установама које могу вршити експерименте.²⁶

Конвенција обавезује државе уговорнице да на својим територијама у експерименталне и друге научне сврхе користе: мишеве, пацове, заморчиће, златне хрчке, зечеве, псе, мачке и препелице. Међутим, њима је дозвољено да прошире листу животињских врста, посебно узимајући у обзир оне из реда примата. Конвенција забрањује коришћење животиња луталица (посебно паса и мачака) и припитомљених животиња у експериментима.²⁷

Како би се избегло да се животиње које се користе у експерименталне сврхе илегалним путевима стичу, да се очувају ретке и угрожене животињске врсте, Конвенција налаже државама, њеним потписницама, да се у експериментима користе животиње које потичу из регистрованих одгајалишта.²⁸ На тај начин, постижу се и други, такође, битни циљеви у ваљаном спровођењу експеримената: добијају се здраве животиње које су већ адаптиране на услове живота у лабораторијама, што ће проузроковати код њих мању патњу и стрес.²⁹

²³ Видети чл. 11 Конвенције.

²⁴ Видети чл. 12 Конвенције.

²⁵ Видети чл. 13-17 Конвенције.

²⁶ Видети чл. 18-20 Конвенције.

²⁷ Видети чл. 21 Конвенције.

²⁸ Видети чл. 22 Конвенције.

²⁹ Видети појашњење за чл. 22 Конвенције у Explanatory Report for European Convention for the protection of vertebrate animals used for experimental and other scientific purposes, на сајту <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/123.htm>

Посебан део Конвенције (део VI) посвећен је употреби животиња у циљу образовања или обуке. Конвенција захтева да о таквом експерименту мора бити обавештено одговорно лице и он извршен под надзором компетентне особе. Експерименте над животињама у ове сврхе, међутим, Конвенција изричито забрањује, ако се она може реализовати употребом аудио-визуелног или неке друге методе.³⁰

Поштујући садржину чл. 27 Конвенције, обавеза свих држава потписница јесте да, уз уважавање одређених параметара, прикупљају податке о извршеним експериментима и да их учине доступним јавности.

Како би се избегло непотребно понављање већ извршених експеримената, које закон одређене земље налаже у интересу здравља и сигурности, Конвенција обавезује све државе које су је потписале и ратификовале да признају, када је то практично, резултате већ извршених експеримената на територији друге државе.³¹

На крају Конвенције налазе се два додатка. Апендикс, означен словом А, јесте заправо једна врста водича за примену чл. 5 Конвенције која се односи на смештај и бригу о огледним животињама. У Апендиксу, означеним словом Б, налазе се одредбе у којима су садржана упутства за примену чл. 27 и 28 Конвенције који се односе на прикупљање и размену информација.

Конвенција дозвољава државама, њеним потписницама, да могу усвојити и строжије мере заштите животиња које се користе у експерименталне и друге научне сврхе или да ограниче још више употребу животиња приликом вршења огледа, или да уведу строжији систем контроле од оног што прописује овај међународни документ.³²

Очигледно је, на први поглед, да се решењима садржаним у Конвенцији жели постићи висок степен заштите експерименталних животиња. Колико су, међутим, у стварности државе потписнице спремне на то потврђује и садржина чл. 35 ове Конвенција која њима дозвољава да приликом потписивања или депоновања инструмената о

³⁰ Видети чл. 25 Конвенције.

³¹ Видети чл. 29 Конвенције.

³² Видети чл. 4 Конвенције.

ратификацији, прихватању и одобрењу учине једну или више резерви, у погледу примене појединих њених решења.^{33 34}

Осим тога, и одсуство надзорног механизма у значајној мери може да потврди колика је заиста спремност држава, потписница Конвенције, за доследну примену слова Конвенције. Чини се да су мултилатералне консултације држава потписница, које имају за циљ да у одређеним временским периодима проверавају домен примене одредаба Конвенције и оправданост измена и допуна њених решења недовољне за потпун увид у то како се и у којој мери заправо остварује заштита експерименталних животиња на територијама држава потписница.

2. Протокол амандмана Европске конвенције о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе³⁵

Државе, потписнице Конвенције, дубоко свесне чињенице да утврђени степен заштите животиња које се користе у експериментима може и мора да буде усаглашен са еволуцијом научних знања, сагласиле су се са доношењем Протокола амандмана на Конвенцију. Овим правним документом предвиђена је поједностављенија процедура за усвајање измена и допуна одредаба садржаних у Апендиксу А и Б Конвенције. Наиме, Протокол овлашћује државе, потписнице Конвенције, да амандмане на одредбе додатака Конвенције могу саме да усвоје, без формалног одобрења од стране Комитета министара.³⁶

³³ Те резерве једино нису могуће у погледу чл. 1-14 и чл. 18-20 Конвенције.

³⁴ То право су већина потписница Конвенције и спровеле у живот. О томе видети на сајту <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=123&CM=8&DF=1...>

³⁵ Protocol of Amendment to the European Convention for the protection of vertebrate animals used for experimental and other scientific purposes (ETS No. 170). Интегрални текст овог Протокола може се наћи на сајту <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/170.htm>.

³⁶ Видети чл. 2 овог Протокола.

3. Прописи Европске уније који се непосредно односе на огледне животиње

а) Директива 86/609/ЕЕЗ³⁷

Савет Европе, на предлог Европске комисије, усвојио је 24. новембра 1986. године Директиву 86/609/ЕЕЗ, посвећену заштити животиња које се користе у експерименталне и друге научне сврхе.

Из преамбуле и првог члана ове Директиве јасно се види сврха њеног доношења. То је хармонизација прописа држава чланица о заштити животиња које се користе у експериментима, како би се спречило да та различитост утиче на функционисање заједничког тржишта.

Претходно усвојена Конвенција о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе извршила је снажан утицај на ову Директиву, у тој мери да је већина одредаба из Конвенције просто преузето и уграђено у Директиву. Поједина решења из Конвенције су допуњена,³⁸ а само мали број представља новину.³⁹

Директива, дакле, на нивоу Европске уније побољшава контролу употребе животиња које се користе у експериментима, поставља минимум стандарда за смештај и бригу тих животиња, као и у погледу обучености кадрова који раде са њима, подржава експерименте који укључују мањи број животиња, експерименте који су мање болни и стресогени за огледне животиње и охрабрује увођење алтернативних метода које могу обезбедити једнак или виши степен информација и знања у односу на експерименте над животињама.⁴⁰

И у Директиви, као и у Конвенцији, државе чланице су слободне да својим законодавством предвиде строжије мере за заштиту експе-

³⁷ Council Directive of 24 November 1986 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the member States regarding the protection of animals used for experimental and other scientific purposes (86/609/EEC). Објављена у Official Journal L 358, 18. 12. 1986, p. 1-28.

³⁸ Видети нпр. чл. 10, чл. 15, и чл. 22. ст. 1 Директиве 86/609/ЕЕЗ.

³⁹ Видети нпр. чл. 4, чл. 22, ст. 3 и чл. 26 Директиве 86/609/ЕЕЗ.

⁴⁰ То је, поред осталог, послужило Европској комисији да 1991. године формира European Centre for the Validation of Alternative Methods (ECVAM).

рименталних животиња, поставе строжије услове контроле ових експеримената или да ограничи употребу животиња у експериментима.⁴¹

**б) Предлог директиве о заштити животиња
које се користе у научне сврхе⁴²**

Дугогодишња примена Директиве 86/609/ЕЕЗ указала је, поред предности у заштити огледних животиња, и на њене недостатке. Наиме, неке од држава чланица Европске уније, узимајући за полазну основу чл. 24 ове Директиве усвојиле су широк спектар мера којима се постиже висок ниво заштите огледних животиња, да би друге државе остале на минимуму захтева прописаних у Директиви. Све је то условило, током времена, нелојалну утакмицу између држава чланица у индустрији и научним истраживањима.

Осим тога, примена ове Директиве показала је да су многобројна њена решења више политичка него ли регулаторна, да су застарела, да не прате у довољној мери модеран приступ у спровођењу експеримената над животињама и да нису усаглашена са променама на пољу добробити животиња, будући да ЕС Treatie⁴³ у себи инкорпорира и Протокол о заштити и добробити животиња у транспорту, на унутрашњем тржишту и истраживачкој политици.

Све је то имало за последицу да Европска комисија, на предлог Европског парламента, крене пут ревизије постојеће Директиве.

Европска комисија је крајем 2008. године усвојила Предлог ревидиране Директиве 86/609/ЕЕЗ, коју сада треба да прихвате Европски парламент и Савет Европе.

У односу на изворну Директиву 86/609/ЕЕЗ, Предлог директиве, својим решењима, иде за тим да значајно побољша третман животиња које се користе у експериментима и да унапреди квалитет истраживања

⁴¹ Видети чл. 24 Директиве 86/609/ЕЕЗ.

⁴² Proposal for a Directive on the protection of animals used for scientific purposes (SEC (2008)2410) (SEC (2008) 2411). Интегрални текст овог Предлога може се наћи на сајту <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC=543:EN:NOT>

⁴³ Official Journal C 340, 10. 11. 1997, p.110.

на тлу Европске уније, како би се обезбедили високи стандарди у заштити здравља људи и животиња, и њиховог животног окружења.⁴⁴

Да би се поштрила постојећа регулатива Европске уније у погледу заштите експерименталних животиња, Предлог директиве, за разлику од њене претходнице, сада експлицитно укључује концепт 3R⁴⁵ (replacement, reduction and refinement),⁴⁶ у поступању са животињама које се користе у експериментима. Прво R – replacement, подразумева замену метода у којима се користе живе животиње са алтернативама које не укључују употребу животиња које осећају. Друго R – reduction, означава смањење броја животиња које се користе у експериментима на минимум, који не угрожава квалитет резултата истраживања. Треће R – refinement, подразумева усавршавање експерименталне процедуре, тј. да се приликом огледа на животињама користе методе којима се елиминише или минимално продукује бол, патња, стрес или трајно оштећење код њих, као и да се побољша третман и животни услови експерименталних животиња.

У односу на изворну Директиву, Предлог директиве сада обавезује државе чланице да морају за сваки експеримент над животињама, који се спроводи на њиховој територији, да имају његову етичку евалуацију од компетентних стручњака⁴⁷ и да сваки истраживачки пројекат у којима се користе животиње увек мора да буде одобрен.^{48 49}

⁴⁴ Детаљније о томе видети у Explanatory memorandum уз Предлог директиве за заштиту животиња које се користе у научне сврхе, на сајту <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC=543:EN:NOT>

⁴⁵ 3R правило утемељили су још 1959. године енглески научници Russel (Расел) и Burch (Барч) како би указали на суштину појма алтернатива in vivo огледима. Данас је то опште прихваћен принцип у науци и у међународној индустрији када се животиње користе у експериментима. О томе детаљније видети у Explanatory memorandum уз Предлог директиве за заштиту животиња које се користе у научне сврхе, на сајту

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC=543:EN:NOT>

⁴⁶ Видети чл. 4 Предлога директиве.

⁴⁷ Видети чл. 37 Предлога директиве.

⁴⁸ Видети чл. 35 Предлога директиве.

⁴⁹ Директива 86/609/ЕЕЗ је такву могућност препуштала државама, чланицама Европске уније. Видети чл. 24 ове Директиве.

Осим тога, Предлог директиве проширује значење појма "животиње" које се могу користити у експериментима и на некичмењаке, као и на ембрионе који се налазе у последњем тромесечју свог нормалног развоја.⁵⁰ Предлог директиве, такође, проширује спектар циљева због којих се могу спроводити експерименти над животињама, а то су: базична истраживања, образовање и обука, и форензичка истраживања.⁵¹

Предлог директиве начелно забрањује употребу великих мајмуна (нпр. шимпанзе, гориле, орангутани) у експериментима. Изузетак је прописан само у случају да су такви експерименти потребни у циљу очувања њихове врсте и када постоји потреба за експериментима, у случају озбиљних пандемија које погађају људску популацију на тлу Европе.⁵²

За разлику од Директиве, Предлог директиве сада, на бази Препоруке 2007/526/ЕЗ⁵³, чврсто поставља темеље минималним захтевима у погледу смештаја и бриге о експерименталним животињама, формулишући више мера које се морају предузимати у циљу заштите експерименталних животиња и њихове добробити.⁵⁴

У односу на Директиву 86/609/ЕЕЗ, Предлог директиве о заштити животиња које се користе у научне сврхе предвиђа да државе, чланице Европске уније, морају својим законодавством да пропишу казне за кршење националних одредаба усвојених сходно овом правном документу и да предузимају неопходне мере како би се оне заиста примењивале у пракси.⁵⁵

⁵⁰ Видети чл. 2, ст. 2 Предлога директиве.

⁵¹ Видети чл. 15 Предлога директиве.

⁵² Видети чл. 8 у вези чл. 50 Предлога директиве.

⁵³ Commission Recommendation of 18 June 2007 on guidelines for the accommodation and care of animals used for experimental and other scientific purposes 2007/526/EC (notified under document number C (2007)2525).

⁵⁴ Видети чл. 32 Предлога директиве и Анекс бр. 4 уз овај Предлог.

⁵⁵ Видети чл. 55 Предлога директиве.

в) Директива 2003/65/ЕЗ⁵⁶

Директивом 2003/65/ЕЗ се заправо допуњава Директива 86/609/ЕЗ, увођењем тзв. *comitology*⁵⁷ процедуре. Овај правни документ омогућава да се анекси Директиве ажурирају брже и да буду усклађени са најновијим научним достигнућима.

г) Одлука 1999/575/ЕЗ⁵⁸

Савет Европе је одлуком 1999/575/ЕЗ укључио Европску заједницу, као једну од страна потписница Европске конвенције о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе. Конвенција је одобрена уз резерве које се односе на примену чл. 28(1) Конвенције.

д) Одлука 2003/584/ЕЗ⁵⁹

Овом Одлуком Савета Европе је Европска заједница одобрила Протокол амандмана на Европску конвенцију о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе.

⁵⁶ Directive 2003/65/EC of the European Parliament and of the Council of 22 July 2003 amending Council Directive 86/609/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States regarding the protection of animals used for experimental and other scientific purposes. Објављена у Official Journal L 16. 09. 2003, p. 32-33.

⁵⁷ Сам термин „comitology” означава процедуру којом одбори помажу Европској комисији да примењује законодавство на нивоу Европске уније. Опширније о томе видети на сајту http://europa.eu/scadplus/glossary/comitology_en.htm.

⁵⁸ Council Decision of 23 March 1998 concerning the conclusion by the Community of the European Convention for the protection of vertebrate animals use for experimental and other scientific purposes (1999/575/EC). Објављена у Official Journal L 222, 24. 08. 1999, p. 29-30.

⁵⁹ Council Decision of 22 July 2003 concerning the conclusion of the Protocol of Amendment to the European Convention for the protection of vertebrate animals used for experimental and other scientific purposes (2003/584/EC). Објављена у Official Journal L 198, 06. 08. 2003, p. 10-12.

ђ) Препорука 2007/526/ЕЗ

Препоруком 2007/526/ЕЗ Европска комисија уводи у европску легислативу водич о смештају и бризи о животињама које се користе у експерименталне сврхе, иначе ревидиран Апендикс А Европске конвенције о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе.⁶⁰

4. Прописи Европске уније који се посредно односе на животиње које се користе у експериментима

а) Уредба 1907/2006⁶¹

На основу усвојеног плана, на Светском самиту о одрживом развоју који је одржан у Јоханесбургу 04. 09. 2002. године, Европска унија је добила задатак да до 2020. године „унапреди у састојцима” хемикалије које се производе и употребљавају на њеном подручју, тако да се минимизирају значајне негативне последице по људско здравље и животну средину.

Да би се то постигло, Европска унија се латила једног великог посла који је подразумевао да за више од 40, што уредаба, што директива, које се односе на проблематику хемикалија „пронађе место” у једном јединственом правном документу и да изједначи правила која су важила за тзв. „постојеће” и „нове” хемикалије.⁶²

⁶⁰ До промене овог пакета мера о смештају и бризи о животињама које се користе у експериментима дошло је 2006. године, на четвртим Мултилатералним консултацијама држава потписница ове Конвенције. Опширније о томе видети у преамбули Предлога директиве о заштити животиња које се користе у научне сврхе, на сајту <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC=543:EN:NOT>

⁶¹ Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency, amending Directive 1999/45/EC and repealing Council Regulation (EEC) No 793/93 and Commission Regulation (EC) No 1488/94, as well as Council Directive 76/769/EEC and Commission Directives 91/155/EEC, 93/67/EEC, 93/105/EC and 2000/21/EC. Објављена у Official Journal L 396, 30. 12. 2006, p. 1-849.

⁶² У тзв. „постојеће” („existing”) хемикалије спада више од 100.000 супстанци које су произведене у хемијској индустрији, закључно са 1981. годином. Хемијске супстан-

То се и остварило, јер су Европски парламент и Савет Европе усвојили Уредбу која се односи на регистрацију, евалуацију, одобрење и рестрикцију хемикалија које се производе и употребљавају на подручју Европске уније, како би се минимизирале њихове значајне негативне последице по људско здравље и животну средину.

Остварење постављених циљева у овом правном документу⁶³ подразумева претходно процену и испитивање великој броја „постојећих” хемикалија (негде око 30.000), за које, на жалост, нема довољно информација о ефектима њихове примене на људско здравље и животну средину.⁶⁴

То даље подразумева да иако Уредба потенцира избегавање огледа на животињама, тестирање на кичмењацима у сврхе које она прописује само као последње средство и предузимање неопходних мера у циљу лимитирања дуплирања експеримената⁶⁵ да ће у наредним годинама, ипак, доста животиња бити употребљено ради тестирања одређених хемикалија, будући да нема довољно алтернативних метода које би послужиле у те сврхе.⁶⁶

це које су се појавиле на тржишту после ове године, њих више од 3800, спадају у групу тзв. „нових” („new”) хемикалија. Подаци преузети са сајта http://www.ec.europa.eu/environment/chemicals/reach/reach_intro.html.

⁶³ Видети чл. 1 ове Уредбе.

⁶⁴ За разлику од „нових” хемикалија које су претходно, да би могле бити пласиране на тржиште морале да прођу опсежне тестове, таква ситуација није у погледу „постојећих” супстанци. О томе опширније видети на сајту: http://www.ec.europa.eu/environment/chemicals/reach/reach_intro.html.

⁶⁵ Видети чл. 25 ове Уредбе.

⁶⁶ Christian Sailer (Кристијан Зајлер), главни тужилац на Међународном суду за права животиња у Женеви, сматра да ће у ове сврхе бити употребљено и отровано негде око 50.000 животиња, од тога, 20.000 до 30.000 паса. Подаци преузети из часописа „Слобода за животиње”, бр. 2-3/2008, Београд, стр. 15.

б) Директива 76/768/ЕЕЗ⁶⁷

Иако се Директивом Савета Европе 76/786/ЕЕЗ, познатијом под називом Козметичка директива, регулише проблематика хармонизације законодавстава држава чланица у делу који се односи на козметичке производе, она је битна за овај рад, будући да њени амандмани, садржани у Директиви 2003/15/ЕЕЗ, прописују забрану:

- 1) продаје козметичких производа чија је финална формула, да би задовољила строге захтеве Козметичке директиве, тестирана на животињама, иако постоје и признате су на европском нивоу неке од алтернативних метода, којима би се могао постићи исти циљ;
- 2) продаје козметичких производа који садрже састојке или комбинацију састојака, чији је квалитет провераван путем експеримената над животињама, а постоје и прихваћене су на нивоу Европске заједнице алтернативне методе којима се такав експеримент могао спровести;⁶⁸
- 3) извођење, на територији било које државе чланице, експеримената над животињама финалних козметичких производа да би се проверио ниво квалитета постављен Козметичком директивом;
- 4) извођење, на територији Европске уније, експеримената над животињама састојака или комбинације састојака одређеног козметичког препарата, како би се задовољили строги захтеви ове Директиве.

⁶⁷ Council Directive of 27 July 1976 on the approximation of the laws of the Member States relating to cosmetic products (76/768/EEC). Објављена у ОЈ L 262, 27. 09. 1976, р.169. За потребе рада коришћена је пречишћена верзија (consolidated version) ове Директиве, у којој су обједињени сви амандмани и остале измене и допуне.

⁶⁸ Ове две забране унете су у текст Козметичке директиве са циљем да се спречи продаја козметике која је тестирана у државама које нису државе чланице Европске уније. О томе опширније видети на сајту http://www.navs.org.uk/about_vivisection 27/43/1138/ од 13. 02. 2009. године.

Државама чланицама Европске заједнице остављен је рок за спровођење ових забрана, а то је максимално шест година после ступања на правну снагу Директиве 2003/15/ЕЗ, дакле од 2009. године.

Када је, пак, реч о тестовима којима се испитује токсичност супстанци,⁶⁹ за које, нажалост, још нема, као замена, алтернативних метода, период имплементације забране, под 1 и 2, лимитиран је максимално на време од десет година, од ступања на правну снагу Директиве 2003/15/ЕЗ, дакле од 2013. године.⁷⁰ Међутим, уз испуњење строго постављених услова, овај десетогодишњи рок може бити и продужен.⁷¹

Да ли ће и у којој мери бити поштовано слово ове Директиве остаје да се види. Прве кораке против ње предузела је Француска, која је у циљу заштите највеће козметичке компаније L'Oreal, затражила пред Судом правде европских заједница у Луксембургу укидање ових забрана. Овом делу Директиве, такође, оштро се супротставила и Европска федерација за козметику коју чине више од 70 козметичких компанија из Швајцарске, Белгије, Француске, Немачке и Италије.⁷²

5. Домаће право

У односу на претходну деценију, стање у нашој држави, барем када је реч о правној заштити животиња, нарочито оних које се користе у експериментима, није много одмакло.

Република Србија ни до дана данашњег није потписала и ратификовала Конвенцију о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе, са пратећим Протоколом.

Закон о заштити животне средине⁷³ такође не садржи таква решења, већ своју пажњу једино усмерава на заштиту, коришћење и промет дивље флоре и фауне.⁷⁴

⁶⁹ У питању су тестови repeated-dose toxicity, reproductive toxicity и toxicokinetics.

⁷⁰ Видети чл. 4а, ст. 2 и 2.1 Козметичке директиве.

⁷¹ Видети чл. 4а, ст. 2.4 Козметичке директиве.

⁷² О томе опширније видети код А. Osborn & А. Gentleman, Secret French move to block animal-testing ban, на сајту <http://www.guardian.co.uk/animalrights/story/0,11917,1021527,00.html>.

⁷³ "Сл. гласник РС", бр. 135/2004.

Закон о ветеринарству⁷⁵ само једном начелном одредбом помиње добробит огледних животиња, у правцу да приликом спровођења научноистраживачких експеримената животиње не смеју да буду "изложене лошем поступању или патњи",⁷⁶ не прописујући истовремено казне за сва она лица која приликом извођења експеримената поступају супротно.⁷⁷

Предлог Закона о добробити животиња, који се иначе налази у скупштинској процедури и очекује се ускоро његово усвајање, по први пут на нашим просторима садржи решења о заштити експерименталних животиња,⁷⁸ која су у претежном делу усаглашена са оним која садржи Конвенција о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе и прописа Европске уније посвећених овом питању.

Закључна разматрања

Сасвим је сигурно, на основу усвојених правних докумената и оних чије је усвајање на прагу, да Европска унија чини квалитативан помак у заштити огледних животиња. То нарочито потврђују Козметичка директива и Предлог директиве о заштити животиња које се користе у експериментима.

Иако је до сада већ потврђена валидност многобројних алтернативних метода којима се замењују експерименти над животињама, са-

⁷⁴ Видети чл. 27 и 28 Закона о заштити животне средине.

⁷⁵ "Сл. гласник РС", бр. 91/2005.

⁷⁶ Видети чл. 138, ст. 5 Закона о ветеринарству.

⁷⁷ Будући да је Закон о здравственој заштити животиња („Сл. гласник РС”, бр. 37/1991, 50/1992, 33/1993, 52/1993, 53/1995, 52/1996 и 25/2000), на основу кога је донет Правилник о мерама за заштиту од мучења при извођењу мера здравствене заштите животиња, извођењу експеримената на животињама и извођењу других поступака са животињама, као и одређивању врсте средстава која се могу користити за убијање животиња на хуман начин („Сл. гласник РС”, бр. 44/1994), престао да важи даном ступања на правну снагу Закона о ветеринарству, а како чл. 138 овог Закона није дато овлашћење ресорном министарству да питања у вези извођења експеримента ближе уреди, следи да је и овај Правилник престао да важи.

⁷⁸ Видети чл. 35-54 Предлога закона о добробити животиња.

свим је сигурно, узимајући у обзир степен постојећих научних сазнања, да потпуног искључивања животиња из експеримената неће бити у догледно време.⁷⁹

Управо због тога, Републици Србији предстоји, уколико жели да се укључи у европске интеграције, потписивање и ратификација Конвенције о заштити кичмењака који се користе у експерименталне и друге научне сврхе, са пратећим Протоколом, али и свих прописа која су надлежна тела у окриљу Европске уније у међувремену усвојила о заштити животиња које се користе у експериментима.

Док се то не догоди, потрошачи у нашој земљи морају да буду информисани, не само путем интернета, већ и у медијима, па и путем обавезног обележавања производа да (ни)је тестиран на животињама, како би сами, избором о (не)куповини таквих производа утицали на пословну политику компанија које тестирају своје производе на животињама, будући да је за њих „главни покретач” профит.⁸⁰

⁷⁹ О томе детаљније видети код А. Р. Worth, М. Balls (ed.), *alternative (non-animal) methods for chemicals testing: Current status and Future Prospects – A report prepared by ECVAM and the ECVAM Working Group on Chemicals. ATLA 30, Supplement 1, July 2002; and CSTEE Opinion of 8 January 2004 (Opinion on the BUAV-ECEAE report on „The way forward – action to end animal testing”)*. Наведено у Explanatory memorandum уз Предлог директиве за заштиту животиња које се користе у научне сврхе, на сајту <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC=543:EN:NOT>

⁸⁰ Производи нпр. Ajax, Ariel, Calgon, Domestos, Glade, Fairy, Lenor, Oust, Pantene, Persil, Palmolive, Rexona, Signal, Tide, Vanish и козметичке линије Max Factor, Garnier, Maybelline, Lancôme, Oil of Olaz, ROC сви су „успешно прошли” тестове на животињама. Спискови компанија које тестирају или не тестирају своје производе на животињама могу се наћи, примера ради, на следећим сајтовима <http://www.caringconsumer.com/pdfs/companiesDoTest.pdf>; <http://www.well.org.rs/testzivotinje.htm>; <http://www.prijatelji-zivotinja.hr/index.hr.php?id=81>.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

LEGAL PROTECTION OF EXPERIMENTAL ANIMALS IN THE EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The European Union has made a huge qualitative step forward in the protection of animals used for experimental purposes, which is clearly reflected in a number of legal documents which have already been adopted or are about to be adopted. The new direction is most prominently articulated in the Directive 76/768/EEC and the Proposed revision of EU Directive 86/609/EC on the protection of animals used for experimental and other scientific purposes.

In spite of the confirmed validity of diverse alternative methods which may substitute for the use of animals in experimental testing, it is rather certain (considering the current level of scientific knowledge) that animals are not likely to be fully exempt from experimental testing in a recent future.

Therefore, in order to join the European Integration processes, the Republic of Serbia has to sign and ratify a number of related documents, such as the European Convention on the Protection of Vertebrates used for experimental and other scientific purposes, the Protocol amending this Convention, as well as all the other regulations adopted to date by the competent EU bodies of authority on the protection of experimental animals.

In the meantime, the consumers in our country must be duly informed about the nature of each product, not only by means of the Internet and media but also by means of product labelling. The label should inform the consumers that the product has (not) been tested on animals and enable them to make their own (informed) choice on whether to purchase such a product or not. Considering the fact that companies are primarily driven by profit, consumers may thus exert some influence on the business policies of the companies using experimental animals in product testing, which alone is often devoid of due scientific treatment and consideration.

Key words: *experimental animals, EU law, Serbian legislation*

УЗ ДИЛЕМУ О ПРЕТХОДНОЈ КОНТРОЛИ УСТАВНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

Апстракт:

Устав Републике Србије од 2006. године установио је нове надлежности Уставног суда и проширио постојеће. У области нормативне контроле права уведена је оцена сагласности потврђених међународних уговора са Уставом (члан. 167. став 1. тачка 2). У бројним модерним уставима Европе овај облик контроле уставности изричито је предвиђен (Аустрија, Шпанија, Француска, Русија). У том погледу, наш уставотворац је следио искуства из упоредног права. Ипак, он је оставио отвореним многа питања у вези са контролом уставности потврђених међународних уговора која ову контролу могу учинити практично неостваривом, чак бесмисленом. Да ли је према овом уставу једини облик контроле уставности међународних уговора накнадна контрола? Да ли је ипак могућа и претходна контрола уставности међународних уговора, која је правило у упоредном уставном праву? Ако је одговор потврдан да ли је могућа сходна примена одредаба о оцени уставности закона пре његовог ступања на снагу (члан 169. Устава)? Да ли Уставни суд може да реши ове дилеме или је, да би се контрола уставности потврђених међународних уговора учинила животном, потребно изменити Устав? То су нека од питања на која аутор покушава да одговори у овом раду.

Кључне речи:

претходна контрола уставности, накнадна контрола уставности, (не)потврђени међународни уговори, члан 169. Устава Србије од 2006, Уставни суд Републике Србије, претходна контрола уставности међународних уговора као искључиви облик контроле

Увод

Позната је мисао М. Капелетија да је 19. век било доба парламента, а 20. век уставног судства. У Србији, на почетку 21. века, обе институције налазе се у тешком положају. Народна скупштина, јер нема ни уставну власт ни политички ауторитет; Уставни суд, јер има довољно уставне власти (премда она Уставом није најбоље уређена), али недовољно судија (већ више од годину дана, од када је конституисан, Уставни суд ради са 10 изабраних судија од 15 колико Устав предвиђа), да би пуним капацитетом вршио своје надлежности.

Одмах по доношењу Устава Србије од 2006, било је видљиво да је Уставни суд амбициозно постављен, начин избора и састав значајно промењени, а његове надлежности увећане и проширене. Међу новим надлежностима Уставног суда издвојило се одлучивање о уставној жалби. У политичкој и стручној јавности највише се говорило о значају Уставног суда као чувара људских и мањинских права и слобода.¹ Када су се стишале прве реакције, на светлост дана изашла су и друга решења овог Устава која су значајна, али спорна. Једно од таквих, кад је реч о надлежностима Уставног суда, односи се на контролу уставности потврђених међународних уговора.

Контрола уставности потврђених међународних уговора последица је Уставом утврђене хијерархије општих правних аката у којој су потврђени међународни уговори, према правној снази, испод Устава, а изнад закона.² У Уставу Србије од 1990. контрола уставности међународних уговора није била предвиђена, јер је то био устав федералне јединице, а закључивање и извршавање међународних уговора било је у надлежности федералних органа.³ Пошто се Република Србија Уставом

¹ Устав је дефинисао Уставни суд као “самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе” (члан 166. став 1), а одлучивање о уставној жалби уредио је у посебном члану (члан 170). Уређењу поступка по уставној жалби највише пажње посветио је и законодавац, оставивши неке друге поступке пред Уставним судом чак и недовољно разрађеним (види: Закон о Уставном суду од 2007, “Службени гласник Републике Србије”, бр. 109/07).

² Види: члан. 16. став 2. и члан 194. став 4. и 5. Устава Србије од 2006.

³ Закон о закључивању и извршавању међународних уговора, “Службени лист

од 2006. конституисала као самостална држава, било је очекивано да овај устав предвиди контролу уставности међународних уговора, што је он и учинио (“Уставни суд одлучује о ... сагласности потврђених међународних уговора са Уставом” - члан 167. став 1. тачка 2).

У овом раду биће речи о неколико спорних питања у вези са поменутом надлежношћу Уставног суда. Прво, да ли је уставотворац установио накнадну или претходну контролу уставности потврђених међународних уговора, или су обе врсте контроле могуће? Друго, ако је уставотворац уредио претходну контролу уставности закона у члану 169, да ли се овај члан односи и на потврђене међународне уговоре? Треће, ако се потврдно одговори на друго питање, да ли је практично остварива контрола потврђених међународних уговора сходно члану 169? Другим речима, да ли поступак који није добро уређен ни за “обичне” законе, може да ваља за потврђене међународне уговоре (законе о ратификацији)? Четврто, да ли би Уставни суд могао да заузме став у погледу контроле уставности потврђених међународних уговора и тиме отклони одређене недоумице које је Устав створио, а Закон о уставном суду није разрешио? Одговор на ова и друга питања у вези са контролом уставности међународних уговора нужан је како би се омогућило да Уставни суд врши ову значајну надлежност.

Укратко о основним обележјима претходне (превентивне) контроле уставности

Претходна контрола уставности за предмет има закон или други општи правни акт који се још не налази у правном поретку. То је контрола која се може вршити од усвајања правног акта до његовог ступања на снагу.⁴ Дуго времена овај облик контроле уставности сматран је

СФРЈ”, бр. 55/1978, још увек је на снази у Републици Србији.

⁴ Познат је пример контроле уставности закона пре његовог усвајања у парламенту. Такав облик контроле постојао је у Мађарској до 1998. Било је дозвољено да најмање 15 парламентарца предложи контролу уставности законског предлога пре коначног гласања у парламенту. Види: T. Bán, „La Cour constitutionnelle de Hongrie“, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, N. 13, 2002, стр. 54-55.

ексрузивитетом Устава Пете франуске републике од 1958.⁵ Данас то више није случај, јер се претходна контрола јавља поред накнадне у великом броју европских земаља (Шпанија, Португалија, Русија, Немачка, Пољска, Словачка, Мађарска итд.)

Ширење претходне контроле уставности као да је извршено под утицајем француског правника Жана Ривероа, који је тврдио да накнадна контрола ствара “прави дармар” (*pagaille insondable*), док претходна контрола уноси ред и сигурност у правном поретку.⁶ Ипак, европске земље које су, поред накнадне, увеле и претходну контролу уставности нису у свему послушале савете француске уставноправне теорије према којој два облика контроле не треба спајати, јер један другог искључују. У овим земљама накнадна контрола остаје правило, а претходна изузетак или допуна накнадној. Отуда је претходна контрола увек ужег обима. То се односи како на предмет контроле (не подлежу јој сви општи правни акти, већ најчешће закони; некад само поједине категорије закона), тако и на круг субјеката који могу да покрену поступак за оцену уставности. Дакле, однос накнадне и претходне контроле уставности је однос правила према изузетку. Од овог постоје два одступања. Прво је у Француској, где је претходна контрола једини облик контроле уставности. Друго је у Португалији, чија је судска контрола уставности особена. У овој земљи равноправно постоје апстрактна и конкретна, накнадна и претходна контрола уставности.

Правило је да примена претходне контроле уставности искључује накнадну контролу. Другим речима, ако се у поступку претходне контроле утврди да је правни акт у складу са уставом, његова уставност

⁵ Педантни уставни писци налазе да је претходна контрола уставности закона сигурно установљена у Колумбији још 1886. и у Ирској 1937. Према члану 90. Устава Колумбије председник Републике може ставити вето на закон усвојен у законодавном телу. Ако парламент инсистира на проглашењу закона, председник Републике мора поднети законски предлог Врховном суду који је дужан да донесе одлуку у року од шест месеци. Ако Врховни суд донесе одлуку којом проглашава закон неуставним, тај закон не може ступити на снагу. Уколико Врховни суд одбије предлог председника Републике, председник је дужан да прогласи закон. Види: A. R. Brewer-Cariás, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, стр. 314.

⁶ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1998, стр. 76-77.

се не може доводити у питање по ступању правног акта на снагу. Та “неповредивост” правног акта који је једном проглашен уставним има своју добру и рђаву страну. Добра се огледа у правној сигурности која се тиме постиже, а рђава у немогућности да се накнадно отклони евентуална грешка уставног суда кад се у примени правног акта покаже да овај, барем у неком делу, није у складу са уставом.

Покретање поступка за оцену уставности правног акта пре његовог ступања на снагу има суспензивно дејство. Тиме се одлаже проглашење и ступање на снагу оспореног правног акта до одлуке уставног суда о његовој (не)уставности. Претходна контрола уставности губи смисао уколико се, по истеку одређеног времена, може претворити у накнадну. Смисао два облика контроле је сасвим различит.

Према својој природи, претходна контрола уставности је апстрактна. У случају да се утврди да је правни акт неуставан, он не може ступити на снагу. Управо се у томе огледа прва функција претходне контроле. Она треба да спречи ступање на снагу правног акта који је неуставан. Стога се она и назива превентивном контролом. Она не елиминира негативне последице као накнадна, већ спречава њихову појаву. Друга функција ове контроле огледа се у постизању веће легитимности правног акта чија је уставност проверена пре ступања на снагу. Такав правни акт ступиће на снагу “безусловно”, а не под “резервом” потенцијалне неуставности.

Најзад, чињеница да се накнадна контрола односи према претходној као правило према изузетку управо потврђује да се два облика контроле не искључују, већ допуњују. Правна сигурност која се остварује употребом прве и правичност којој тежи друга, две су вредности које заслужују да буду подједнако задовољене.

Свакако да теоријско помирење два облика контроле уставности не би имало велики значај ако пракса не би потврдила могућност њихове успешне коегзистенције. И стварно, нису теоријски, већ чисто практични разлози довели до увођења претходне контроле уз накнадну. Тај облик контроле показао се сасвим природним решењем кад су предмет контроле међународни уговори.

Кратак преглед упоредног права у области контроле уставности међународних уговора⁷

Контрола уставности међународних уговора је врста нормативне контроле права. Ипак, она се разликује од контроле уставности закона и других општих правних аката. То се односи на круг субјеката који могу покренути поступак, време у којем се врши ова контрола, предмет контроле, као и на дејства одлуке Уставног суда у случају неуставности уговора.

У теорији је данас владајући став да међународни уговори могу бити како основ (оцена сагласности закона и других општих правних аката са међународним уговором), тако и предмет контроле (оцена сагласности међународног уговора са уставом).⁸ У пракси, “да ли неке међународне норме и конвенције могу бити основ или предмет контроле, зависи пре свега од начина њиховог уношења у унутрашњи правни поредак, односно од ранга који им се одређује у хијерархији правних аката одређене државе”.⁹

Правило је да устав одређује место међународног уговора у правном систему. У основи, постоје три решења. Према једном, међународни уговори се налазе на самом врху пирамиде правних аката и имају највећу правну снагу. У начелу, овакво решење подразумева да се међународни уговор примењује и кад није у складу са уставом. Ако је

⁷ Мерило према којем смо се руководили у одабиру земаља је репрезентативност њихових уставних судова. Укратко су приказана решења у вези са контролом уставности међународних уговора у земљама чији су уставни судови давно стекли репутацију “узора” (Немачка, Аустрија), или су у питању уставни судови са искуством у примени претходне контроле уставности (Француска, Шпанија, Португалија) или уставни судови бивших социјалистичких земаља који већ имају релевантну праксу (Руска Федерација, Пољска, Словачка, Чешка, Румунија, Мађарска, Словенија).

⁸ Види о различитим теоријским ставовима о могућности контроле уставности међународних уговора: В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007, стр. 331-334.

⁹ Љ. Славнић, *Од државе која одумире ка правној држави, уставносудска контрола закона у Југославији и Србији*, Београд, 1994, стр. 48. О различитим начинима уношења међународноправних норми у унутрашњи поредак види у истом раду стр. 48-51. Види и: А. Cassese, *International Law*, Oxford, 2005, стр. 213-217.

међународни уговор “виши” од устава не може бити предмет контроле уставности. Стога овакво решење искључује контролу уставности међународних уговора. Ово изузетно решење познаје, колико нам је познато, само Устав Холандије од 1815 (последња велика ревизија 2002).¹⁰ Према другом решењу, међународни уговори се налазе испод устава, али неспорно изнад закона. Ово решење пружа могућност да се успостави како оцена сагласности међународних уговора са уставом, тако и оцена сагласности закона и подзаконских општих аката са међународним уговором. Први облик контроле врши само уставни суд, а други уставни суд и други судови или само други судови.¹¹ Примат међународних уговора у односу на законе изричито установљава велики број модерних устава (Устав Француске од 1958, Устав Шпаније од 1978, Устав Руске Федерације од 1993).¹² Према трећем решењу, међународни уговори и закони парламента имају исту правну снагу.¹³ Овакво решење искључује могућност да међународни уговори буду основ за оцену

¹⁰ Према члану 91. ставу 3. Устава Холандије од 1815 (2002), свака одредба међународног уговора која је противна Уставу може бити потврђена од стране оба дома парламента двотрећинском већином гласова.

¹¹ Примера ради, у Француској Уставни савет врши контролу уставности међународних уговора, али не и контролу сагласности закона и подзаконских општих аката са међународним уговорима. Он се у више случајева огласио ненадлежним када је од њега затражено да оцени сагласност закона са међународним уговорима, тако да ову врсту контроле у Француској врше судови опште надлежности. Види: P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, 2005, стр. 119.

¹² Већина устава бивших социјалистичких држава, применом различитих формулација, мање или више прецизно, установљава примат међународних уговора (али и обичајних норми међународног права) у односу на законе. Види више о тенденцији тзв. интернационализације уставног права: V. S. Vereshchetin, “New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”, *European Journal of International Law*, 1996, No. 7, стр. 29-41.

¹³ То не мора бити изричито речено у уставу. Такав је случај, примера ради, са Основним законом Немачке од 1949. Ипак, у немачкој уставној теорији сматра се да уговор који је потврђен у форми закона има законску снагу. У Аустрији, такође, међународни уговори који подлежу парламентарној законској ратификацији имају снагу закона, а они који су потврђени уредбом имају снагу уредбе. Ипак, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, изменом Устава Аустрије, добила је ранг устава, што је и став Уставног суда Аустрије. Види: Љ. Славнић, *op. cit.*, стр. 50.

уставности, али допушта да они буду предмет оцене уставности. Стога, ако устав на овај начин одређује место међународних уговора у хијерархији правних аката, али не предвиђа изричито контролу уставности међународних уговора, таква надлежност уставног суда се претпоставља.¹⁴ Ипак, боље је да устав изричито предвиди ову надлежност уставног суда, имајући у виду правило да се надлежност овог органа одређује у уставу системом таксативног набрајања (правило да је надлежност уставног суда *materia constitutionis*).

Као што амерички устав има федерализам и председнички систем, енглески правну сувереност парламента и владавину права, модерни француски устав оличен је у мешовитом (полупредседничком) систему и претходној контроли уставности. Отуда је сасвим природно да се о претходној контроли уставности најпре говори с освртом на француски пример. Поступак контроле уставности међународних уговора уређен Уставом Пете француске републике од 1958. “нема еквивалента у упоредном праву”.¹⁵ Члан 54. овог устава гласи: “Ако је Уставни савет, сазван од стране првог министра, председника једног или другог дома или од стране 60 посланика или 60 сенатора, прогласио да међународни уговор садржи одредбу противну Уставу, ауторизацији ратификације или потврде уговора не може се приступити пре ревизије Устава”.¹⁶ Предмет контроле уставности може бити само међународни уговор који подлеже ратификацији или потврди. Ако Уставни суд нађе да међународни уговор не противречи Уставу, овај уговор може бити ратификован или потврђен. У супротном, обавезно се приступа ревизији Устава како би се омогућила ратификација уговора. Прва ревизија Устава извршена је 1992. како би се Устав довео у склад са Мастрихтским уговором.¹⁷ Исте године, одлучено је да је могуће сазвати

¹⁴ D. Rousseau, *op.cit.*, стр. 90.

¹⁵ L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Paris, 2007, стр. 307.

¹⁶ До 2007. г. Уставни савет се састајао 11 пута ради контроле уставности међународног уговора. По правилу, предлог који је потицао од парламентарца био је боље аргументован од оног који подноси председник Републике или први министар. L. Favoreu et al., *op.cit.*, стр. 308.

¹⁷ Види више: L. Favoreu et al., *op. cit.*, стр. 308; P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, 2005, стр. 119.

Уставни савет још једном после ревизије Устава да би се проверило да ли је измењени текст у сагласности са одредбама међународног уговора.¹⁸ Решење из члана 54. Устава Пете француске републике, према ставу француске теорије и судске праксе, задржава супрематију уставних норми над нормама међународног права. Уставне норме не могу бити измење нормама међународног права, осим одлуком саме уставотворне власти. Штавише, сматра се да постоје уставне норме од фундаменталног значаја које се не могу изменити да би се изашло у сусрет нормама међународног права.¹⁹ Према Уставу Пете француске републике, уговори или споразуми који су потврђени или ратификовани, после објављивања, имају већу снагу од закона, под условом да сваки споразум или уговор примењује друга страна (члан 55).

У Шпанији, “закључење међународног уговора који садржи одредбе противне Уставу захтева претходну ревизију Устава” (члан 95. став 1. Устава Шпаније од 1978). Уставни трибунал не може одлучивати о уставности међународног уговора пре него што текст уговора буде коначно утврђен (члан 78. став 1. Закона о Уставном суду Шпаније). То, у ствари, значи да је предмет контроле уговор који је потписан али још увек није ратификован. Овлашћени предлагачи за покретање поступка за оцену уставности међународних уговора су Влада, први и други дом Кортеса (парламента). Уставни трибунал не доноси одлуку (*sentencia*), већ декларацију (*declaración*). Ова декларација је општеобавезна (дејство *erga omnes*). Овом декларацијом се не спречава него одлаже ратификација међународног уговора који није у складу са Уставом до спровођења уставне промене.²⁰ Према Уставу Шпаније од 1978, претходна контрола је једини облик контроле међународних уговора.

¹⁸ L. Favoreu et al., *op.cit.*, стр. 308.

¹⁹ L. Favoreu et al., *op. cit.*, стр. 309.

²⁰ Предмет претходне контроле уставности био је Мастрихтски Уговор од 1992, тачније један његов члан. Влада је покренула поступак пред Уставним трибуналом, а овај орган је донео декларацију о несагласности Уговора са Уставом. Та декларација била је правни основ за ревизију Устава Шпаније која је извршена 27. августа 1974. Види: P. Von, „Le Tribunal constitutionnel d’Espagne“, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, N. 2, 1996, стр. 60.

У Португалији, земљи са особеним системом судске контроле уставности, Устав од 1976. установљава претходну контролу уставности међународних уговора, коју врши Уставни суд.²¹ Председник Републике може да поднесе предлог за претходну контролу уставности сваког закона и сваке међународне конвенције који су му поднети ради промулгације, потписа или ратификације. Одлука Уставног суда о неуставности међународне конвенције обавезује председника Републике да одбије ратификацију неуставне конвенције.²²

У Руској Федерацији претходна контрола уставности предвиђена је чланом 125. Устава од 1993. и потврђена чланом 3. Закона о Уставном суду од 1994. Према члану 89. Закона о Уставном суду, предмет контроле су међународни уговори који подлежу парламентарној ратификацији и они који су утврђени од стране федералних органа државне власти, а да при том нису ступили на снагу за Руску Федерацију (члан 34. Закона). Предлог за покретање поступка за оцену уставности међународних уговора могу поднети председник Руске Федерације, Савет Федерације, Државна Дума, једна петина чланова Савета Федерације или Државне Думе, Влада, Врховни суд, Врховни арбитражни суд, законодавни и извршни органи субјеката Руске Федерације (члан 88. Закона). Уколико Уставни суд утврди у својој одлуци да оспорени међународни уговор није у складу са Уставом, предметни уговор не може

²¹ Португалија има варијанту мешовитог система судске контроле уставности у којем постоје елементи тзв. централизоване и децентрализоване контроле. Примењују се четири врсте контроле: 1) претходна (превентивна) контрола путем тужбе; 2) накнадна апстрактна контрола путем тужбе; 3) накнадна конкретна контрола путем тужбе; 4) контрола уставности у случају правне празнине. Дакле, контролу уставности врше Уставни трибунал у апстрактном спору и судови опште надлежности у конкретном спору.

²² У Португалији, судови опште надлежности овлашћени су да врше контролу уставности у конкретном спору. Ова конкретна контрола има за предмет све опште правне акте који су на правној снази, самим тим и међународне уговоре. Занимљиво је да судови у конкретном спору могу проверавати уставност правног акта који је био предмет претходне контроле, али су у пракси такви случајеви изузетно ретки. Види: V. Moreira, „Le Tribunal constitutionnel portugais: le „contrôle concret“ dans le cadre d’un système mixte de justice constitutionnelle“, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, N. 10, 2001, стр. 36-37, 62.

ступити на снагу и бити примењиван у Руској Федерацији (члан 34. став 2. Закона о Уставном суду).

Према Уставу Пољске од 1997, Пољска се обавезује да поштује норме међународног права којима је везана (члан 9. Устава Пољске). Ратификовани уговори су извори права, а после објављивања у службеном гласилу Пољске чине интегрални део унутрашњег правног поретка и непосредно се примењују, осим уколико је њихова примена условљена промулгацијом закона (члан 91. став 1. Устава Пољске). Уговор ратификован путем закона о ауторизацији има супрематију у односу на закон кад овај није у складу с уговором (члан 91. став 2. Устава Пољске), а Устав одређује у којим случајевима је потребна ратификација уговора у форми закона (члан 89. став 1. Устава Пољске). Уставни трибунал Пољске надлежан је да оцењује сагласност међународних уговора са Уставом (члан 188. Устава). При том, Уставни трибунал испитује садржину овлашћења надлежног државног органа за закључивање и ратификацију уговора као и поштовање поступка закључења и ратификације уговора. Овлашћени предлагач за покретање поступка за оцену уставности међународног уговора је председник Републике. Ако је председник Републике поднео предлог за оцену уставности међународног уговора пре његове ратификације, - а за ратификацију тог уговора није неопходно доношење закона - Уставни трибунал ће одлучивати на пленарној седници (у пуном саставу). Ако је председник Републике покренуо поступак за оцену уставности ратификованог међународног уговора, одлучује колегијум састављен од пет судија. Током расправе о сагласности међународног уговора са Уставом, обавезно је присуство представника председника Републике, министра спољних послова и државног тужиоца, а у случају кад је за ратификацију уговора неопходна претходна законска ауторизација, и представника Диете.

Устав Румуније од 1991. изричито предвиђа претходну контролу уставности међународних уговора и других међународних споразума. Уставни суд одлучује о уставности уговора или споразума пре њихове ратификације у парламенту. Овлашћени предлагачи су: председник једног од домова парламента, председник Републике, најмање 50 посланика или најмање 25 сенатора (члан 11. и 24. Закона о Уставном

суду). Расправа о уставности међународних уговора или међународног споразума одржава се на пленарној седници, а одлука се доноси већином гласова судија. Уговор или споразум за који се утврди да је неуставан неће бити ратификован (члан 26. Закона о Уставном суду).

Устав Чешке од 1993. предвидео је претходну контролу уставности међународних уговора. Поступак контроле уставности је пажљиво уређен Законом о Уставном суду. Различити субјекти могу покренути поступак, али то не могу учинити у исто време. Један од домова парламента може покренути поступак од тренутка када му је уговор поднет ради давања сагласности за ратификацију до тренутка када уговор добије сагласност. Група од најмање 41 депутата или најмање 17 сенатора може поднети предлог од тренутка када је парламент дао сагласност за ратификацију уговора до тренутка када председник Републике ратификује уговор или од проглашења резултата референдума на којем је дата сагласност на уговор до тренутка када председник Републике ратификује уговор. Председник Републике може покренути поступак за оцену уставности уговора од тренутка кад му је уговор достављен ради ратификације (члан 71а Закона о Уставном суду). У поступку за оцену уставности уговора, поред представника овлашћеног предлагача, учествују и парламент, председник Републике и Влада (члан 71ц). У поступку ће Уставни суд поћи од претпоставке да је садржина уговора у складу с Уставом (Закон употребљава израз “уставни поредак”). Ако Уставни суд утврди да уговор није у складу с Уставом (уставним поретком), он ће у својој одлуци прогласити неуставност уговора и навешће одредбе уставног поретка са којима уговор није у складу. Одлука Уставног суда о неуставности уговора је препрека за ратификацију уговора до отклањања несагласности (члан 71е Закона о Уставном суду).

Према Закону о Уставном суду Словачке од 1993, председник Републике или Влада имају право да, пре расправе у Националном савету, поднесу предлог Уставном суду ради доношења одлуке о сагласности закљученог међународног уговора, - за који је потребна сагласност Националног савета - , са Уставом и уставним законом (члан 41ц Закона о Уставном суду). Уставни суд ће одлучити о предлогу у року од 60 дана од подношења предлога (члан 41д Закона о Уставном суду).

Ако Уставни суд одлучи да закључени међународни уговор није у сагласности са Уставом и уставним законима, тај уговор не може бити ратификован (члан 41е став 2. Закона о Уставном суду).

У Словенији, Устав од 1991. изричито предвиђа претходну контролу уставности међународних уговора. Према члану 160. ставу 2. Устава, током поступка ратификације међународног уговора, Уставни суд се изјашњава о сагласности уговора са Уставом и даје своје мишљење. То значи да Уставни суд оцењује уставност уговора пре него што је окончан поступак његове ратификације. Дакле, није реч о ратификованом (потврђеном) међународном уговору. Овлашћени предлагачи за покретање поступка за оцену уставности међународног уговора су председник Републике, председник Владе и једна трећина посланика Националне скупштине. Иако у овом поступку Уставни суд даје само мишљење о (не)уставности уговора, оно правно обавезује Националну скупштину. Према томе, ако Уставни суд у свом мишљењу процени да одређене одредбе уговора нису у складу с Уставом, Национална скупштина не може да настави ратификацију уговора пре измене Устава.

Устав Мађарске од 1991. припада групи устава који не одређују на изричит начин надлежност уставног суда да контролише уставност међународних уговора. Ипак, Уставни суд Мађарске изјаснио се у корист ове надлежности. Уставни суд је заузео став да национално право, међународни уговори и Устав чине целину. Њихова међусобна повезаност захтева контролу уставности међународних уговора. У једном случају (одлука Уставног суда Мађарске 4-1997), Уставни суд је оценио да акт о промулгацији уговора може бити предмет контроле уставности, а да се ова контрола може проширити и на испитивање међународног уговора интегрисаног у акт промулгације. Овде је реч о накнадној контроли уставности. Претходна контрола уставности међународних уговора уведена је Законом о Уставном суду Мађарске. Овај закон омогућио је контролу уставности међународних уговора пре њихове ратификације. Предлог за покретање поступка може поднети Национална скупштина, председник Републике или Савет министара. Закон не одређује прецизно рок у којем је Уставни суд дужан да донесе одлуку. Употребљен је правни стандард “разуман рок”.

Основни закон Немачке од 1949. не предвиђа изричито надлежност Савезног уставног суда да врши контролу уставности међународних уговора. У пракси, Савезни уставни суд је почетком 50-их година 20. века (Одлука Савезног уставног суда од 30. јула 1952) стао на становиште да је, у складу са прописима о његовој надлежности, да оцењује уставност међународних уговора пре проглашења закона о ратификацији.²³ Посебну пажњу завређује Одлука Савезног уставног суда од 12. 10. 1993. Она је одступање од правила да национални уставни суд не може тумачити одредбе међународног уговора на начин који ове чини уставним. Правило је, дакле, да уставни суд има да се одлучи између одлуке о уставности или одлуке о неуставности међународног уговора. У поменутој одлуци, међутим, Савезни уставни суд Немачке прогласио је да је Мастрихтски уговор у складу са Уставом под условом да буде тумачен на начин који је Суд одредио.²⁴

У Аустрији, контрола уставности међународних уговора установљена је Уставом (члан 140а). Међународни уговори имају снагу закона, а контрола се врши према поступку контроле уставности закона. Реч је о накнадној контроли уставности. Специфично је дејство одлуке Уставног суда којом се утврђује неуставност међународног уговора. Њоме се не укида нити поништава неуставни уговор, већ се он не примењује. Одлука Уставног суда производи дејство само у унутрашњем правном поретку. То значи да надлежни државни органи Аустрије не могу примењивати уговор, али одлука Уставног суда не утиче на међународно-правну обавезност уговора.²⁵

Иако је овај приказ уставне и законске регулативе контроле уставности међународних уговора у европским земљама селективан, он може послужити као основа за извлачење одређених закључака у вези с овим питањем. Прво, правило је да је контрола уставности међународ-

²³ У Немачкој се међународни уговори усвајају у форми савезних закона, тако да је контрола њихове уставности могућа до окончања поступка ратификације, а то значи до потписивања и промуглације закона о ратификацији. Види више у нашој литератури: Љ. Славнић, *Од државе која одумире ка правној држави*, Београд, 1994, стр. 52-53, 55-57.

²⁴ Види више о садржини ове одлуке: D. Rousseau, *op. cit.*, стр. 89-90.

²⁵ Види више у нашој литератури: Љ. Славнић, *op. cit.*, стр. 51-52, 57.

них уговора уставом изричито одређена надлежност уставног суда. У земљама у којима то није случај (Немачка, Мађарска), уставни судови је извлаче из постојећих прописа о надлежности ових органа. Друго, контрола уставности међународних уговора је врста апстрактне и претходне контроле. Међу анализираним земљама постоје три изузетка. У Португалији, могућа је и накнадна конкретна контрола међународних уговора (више теоријски него практично). У Мађарској, накнадна контрола уставности међународних уговора установљена је у пракси Уставног суда, а претходна контрола предвиђена је Законом о Уставном суду. У Аустрији, контрола уставности међународних уговора је накнадна апстрактна контрола. Ипак, природи међународних уговора одговара претходна контрола. Уколико је контрола међународних уговора накнадна, суд који врши контролу је на тешкој муци. У случају накнадне конкретне контроле, суд може поступити на два начина. Он ће одлучити да примењује међународни уговор у поступку који се пред њим води без обзира на могућу несагласност уговора са уставом²⁶ или ће уговор примењивати у оној мери у којој је овај у складу са уставом. Још теже је суду у поступку апстрактне накнадне контроле. Како би се спречило покретање међународне одговорности државе за обавезе из неуставног уговора, суд ће гледати да нађе тумачење које ће омогућити сагласност уговора са уставом. Шта, међутим, преостаје суду у случају очигледне несагласности уговора са уставом? Зато контрола уставности међународних уговора мора бити претходна и она, у сваком случају, мора да искључује накнадну контролу. Ту нужност су анализирани (али и други) устави, углавном, препознали.²⁷ Треће, битно је питање када устав-

²⁶ То је случај са Врховним судом САД који је заузео став да су питања у вези са међународним односима “политичка питања”.

²⁷ “У уставним системима централне контроле уставности прихваћено је да се контрола уставности међународних уговора врши као претходна контрола. Смисао таквог решења је јасан – уколико се жели избегавање конфликта између уговора и устава и поштовање међународних обавеза, утолико се претходна контрола намеће као једино могућа. Претходна контрола уставности ипак рађа извесна питања – како је могуће контролисати правни акт који не постоји и да ли се оцењивањем (не)уставности уговора који није закључен судска контрола приближава стварању права”. В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007, стр. 345-346.

ни суд реагује у поступку претходне контроле, да ли до момента ратификације уговора или после тога. Другим речима, да ли је предмет контроле ратификовани (потврђени) или нератификовани уговор. Према тој постоје одређене недоумице, преовлађује решење према којем је предмет контроле уговор чија ратификација није окончана. У француској уставној теорији постоји мишљење да је контрола уставности међународних уговора “механизам измирења који тежи да се уметне у поступак ратификације” (Pierre Esplugas). Стога, предмет претходне контроле уставности не треба да буде потврђени (ратификовани) међународни уговор, већ уговор који је потписан, али још увек није ратификован. Четврто, круг овлашћених предлагача за покретање поступка за оцену уставности међународних уговора се различито одређује. Може бити врло сужен (нпр. само шеф државе или само одређени број парламентарца) или проширен на све највише државне органе (парламент, влада, тј. први министар, шеф државе; изузетно и највиши судски органи, као и надлежни органи федералних јединица, као у Руској Федерацији). Друго решење је свакако примереније. Пето, одлука уставног суда о неуставности уговора у поступку претходне контроле спречава ратификацију уговора или је одлаже, обавезујући државу да изврши промену устава, како би се овај “прилагодио” уговору и тиме омогућила ратификација уговора. Оба решења, чини се, поштују начело супрематије устава. Ипак, у другом случају, ово начело се тумачи врло флексибилно, јер неуставни међународни уговор не пропада, већ “чека” промену устава која је правно обавезна.

Приказ основних решења у вези са контролом уставности међународних уговора у европским земљама потврђује становиште у уставној теорији према којем је ово једно од најсложенијих питања уставног судства. Оно има за претпоставку адекватно решење односа између норми међународног и унутрашњег права и јасно дефинисану хијерархију правних норми у установном поретку. Ту претпоставку, међутим, често не испуњавају ни најбољи уставни, чак и кад чине озбиљне покушаје. Без сумње, ово питање је “гранично” и “интердисциплинарно”. Оно потврђује тезу да однос између уставног и међународног права није однос равноправности и међусобне независности (чиста дуали-

стичка теорија) нити конкуренције и строге хијерархије (монистичка теорија), већ прожимања и интеграције (теорија о правном плурализму).²⁸

Контрола уставности међународних уговора у уставном систему Републике Србије

Истакнуто је да устави различито одређују место међународних уговора у унутрашњем правном поретку. Они то често чине недовољно јасно и доследно. И поред неуједначене терминологије и не најбоље сročених формулација (члан 16. став 2. и члан 194. став 5. и 6), Устав Србије од 2006. је потврђене међународне уговоре поставио између Устава и закона. Они су испод Устава („...морају бити у складу с Уставом“ – члан 16. став 2; „...не смеју бити у супротности са Уставом“ – члан 194. став 5²⁹), а изнад закона („закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима...“ – члан 194. став 6).³⁰ Као последица овако одре-

²⁸ Према мишљењу у модерној теорији међународног права дуалистичка и монистичка теорија о односу међународног и унутрашњег (уставног) јавног права су “интелектуални зомбији другог времена”. Правна “пирамида” односа између међународног и уставног права треба да буде заснована на концепцији правног плурализма. “Концепција правног плурализма не подразумева строгу поделу правних режима. Она пре да промовише гледиште о постојању интеракције између различитих правних поредака. Та концепција има далекосежне последице за разумевање уставног права: ниједан устав не установљава више нормативни универзум (normative universum), већ ... нормативни плуриверзум (normative pluriversum). Како одредити положај уставног права у овом плуриверзуму? Задовољавајућа концепција била би “спаривање” (coupling). Види више о теорији правног плурализма (legal pluralism): A. V. Bogdandy, “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, July-October 2008, Vol. 6, стр. 396-413.

²⁹ За уставотворца ове формулације имају исто значење, иако оне изражавају два различита степена везаности потврђеног међународног уговора за Устав.

³⁰ Много више недоумица Устав Србије од 2006. оставио је у погледу општеприхваћених правила међународног права (у члану 16. ставу 1. употребљен је израз „општепризнати принципи и правила међународног права“). Постоје три могућа одговора. Према првом, Устав је највиши правни акт. Општеприхваћена правила међународног права имају уставни ранг, али устав остаје *lex superior* јер он одређује правну

ђене хијерархије правних аката, изричито је предвиђено да Уставни суд одлучује о „сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“ (члан 167. став 1. тачка 1) и „сагласности потврђених међународних уговора са Уставом“ (члан 167. став 1. тачка 2).

Одредба о надлежности Уставног суда да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом је школски пример како уставно норма која је наизглед кристално јасна, може изазвати многа спорна питања у примени. Из наведене одредбе произлази само једна извесност: Уставни су је надлежан да врши контролу уставности потврђених међународних уговора. Остаје, међутим, спорно шта је тачно предмет контроле и каква је то контрола.

Кад је реч о предмету контроле, израз „потврђени међународни уговори“ је неодређен. Да ли су предмет контроле уставности само међународни уговори који подлежу обавезној парламентарној ратификацији (Народна скупштина доноси закон о ратификацији) или сви међународни уговори који су потврђени другим инструментима ратификације (нпр. Уредбом Владе)? В. Ђурић, у својој студији „Устав и међународни уговори“, примећује да члан 99. Устава у којем стоји да Народна скупштина, између осталог, „потврђује међународне уговоре кад је законом предвиђена обавеза њиховог потврђивања“, продубљује ову дилему. Ђурић каже: „Изложена одредба значи да нема уставне обавезе парламентарне уставноправне ратификације свих међународних уговора, односно оставља слободу законодавцу да законом који се према члану 105. став. 3. т. 6. Устава доноси већином гласова свих народних посланика, одреди које међународне уговоре потврђује законодавна власт. Уколико се на основу изложене одредбе члана 99. Устава стане на становиште да су потврђени међународни уговори само они међуна-

снагу других правних норми, па и општеприхваћених правила међународног права. Према другом, општеприхваћена правила међународног права су веће правне снаге од Устава, с обзиром на начело супрематије међународног права у односу на унутрашње, које, истина не изричито, признаје и Устав Србије од 2006. Према трећем одговору, Устав од 2006. признао је начело еквиварианости међународног и унутрашњег права, што значи да су према правној снази Устав и општеприхваћена правила међународног права изједначени.

родни уговори које потврди Народна скупштина Републике Србије, утолико се према члану 16. Устава долази до закључка да међународни уговори који нису прошли кроз процес парламентарне уставноправне ратификације, већ су уставноправно ратификовани на другачији начин, нису саставни део унутрашњег правног поретка Републике Србије!! И обрнуто: уколико се на основу изложене одредбе члана 99. Устава стане на становиште да се под потврђеним међународним уговорима могу сматрати како међународни уговори које потврди Народна скупштина, тако и други међународни уговори који се уставноправно ратификују на други начин, односно уколико се сматра да уставотворац изразом „потврђивање“ није означио само парламентарно потврђивање међународних уговора, утолико се према члану 194. ставу 5. Устава долази до закључка да јачу правну снагу у односу на законе и друге опште акте у Републици Србији имају како међународни уговори које је потврдила Народна скупштина Републике Србије, тако и међународни уговори који су уставноправно ратификовани на другачији начин итд.³¹

Питање предмета контроле уставности је, без сумње, претходно питање на које се надовезују друга. Прво, да ли је Устав Србије од 2006. одредио да потврђени међународни уговори буду предмет накнадне или претходне контроле, или су обе примењиве? У основи, могућа су два одговора. Према једном становишту, потврђени међународни уговор може бити предмет како претходне тако и накнадне контроле уставности. Прецизније, ако сагласност потврђеног међународног уговора са Уставом не буде проверена пре његовог ступања на снагу у унутрашњем правном поретку, та провера се може извршити у „редовном“ поступку за оцену уставности закона и других општих аката после ступања на снагу (накнадна контрола). Према другом становишту, Устав је предвидео само накнадну контролу уставности потврђених међународних уговора, а члан 169. Устава, који уређује оцену уставности закона пре његовог ступања на снагу, не може се „проширити“ на потврђене међународне уговоре.

31 В. Ђурић, *op. cit.*, стр. 377. Види више о положају међународног уговора у хијерархији унутрашњег права у овој студији стр. 374-388.

Да најпре изнесемо аргументе у корист првог становишта. Три су главна аргумента у прилог овом становишту. То су уставноправни, упоредноправни и међународноправни аргумент. Кад је реч о уставноправном аргументу, он се налази у члану 169. Устава који уређује поступак оцене уставности закона пре његовог ступања на снагу. Присталице претходне контроле уставности потврђених међународних уговора у нашем праву признају да Устав није изричито предвидео овај облик контроле уговора, али они сматрају да члан 169. Устава ову контролу чини правно могућом. Тако, председник Уставног суда Боса Ненадић сматра да „нормативна контрола уставности закона а ргіогі, Уставом Републике Србије је утврђена, као универзална контрола свих закона ... нема закона у нашем правном поретку који је од те контроле изузет“.³² Стога она закључује, „да се без било каквих уставноправних сметњи, закон о потврђивању међународних уговора, као и сваки други закон може подврћи контроли уставности а ргіогі“.³³ Овај уставноправни аргумент добија на снази, јер је и Венецијанска комисија у Мишљењу о Уставу Србије од 2006. препоручила проширење претходне контроле уставности на међународне уговоре.³⁴ Упоредноправни аргумент је чињеница да већина европских устава уређује контролу уставности међународних уговора као контролу а ргіогі.³⁵ Међународноправни аргумент подразумева да се применом претходне контроле уставности потврђених међународних уговора, речима И. Пејић, „може ... избећи сукоб између устава и међународног уговора, односно, између унутрашњег правног поретка и обавеза државе на међународном плану“.³⁶ Члан 169. Устава не само да је примењив на потврђене међународне уговоре, већ би контролу уставности потврђених међународних уговора требало вршити само према том поступку. У ствари, требало би на-

³² Б. Ненадић, „Претходна контрола уставности закона – у светлу Устава Републике Србије од 2006. године“ *Правна ријеч*, 14/2008, стр. 72.

³³ Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 81. У том смислу и И. Пејић, „Уставни суд и контрола уставности међународних уговора“, *Правни живот*, бр. 14-2008, стр. 752.

³⁴ Европска комисија за демократију (Венецијанска комисија), Мишљење о Уставу Србије усвојено од стране Комисије на 70. пленарној седници (Венеција, 17-18. март 2007), [www.venice.coe.int/does/2007/cdl-ad\(2007\)004-srb.pdf](http://www.venice.coe.int/does/2007/cdl-ad(2007)004-srb.pdf)

³⁵ Овај аргумент посебно наглашава И. Пејић. Види: И. Пејић, *op. cit.*, стр. 750-755.

³⁶ И. Пејић, *op. cit.*, стр. 753.

кнадну контролу сасвим заменити претходном контролом потврђених међународних уговора. И. Пејић то овако оправдава: „Претходна контрола уставности...може да се искористи као правно ефикасан и целисходан инструмент, као и да помири оба захтева у погледу инкорпорације извора међународног права у унутрашњи правни поредак: а) да се оствари контрола уставности потврђених међународних уговора, сходно општем начелу да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом; б) да се одржи у пуној мери уговорна способност Републике Србије, која може да извршава преузете обавезе у међународном праву без последица за саму државу, као и да обезбеди правило *pacta sunt servanda*“.³⁷ Присталице овог становишта не пропуштају да изнесу и одређене критике; две на рачун Устава и закона, једну на рачун другог становишта које искључује могућност претходне контроле уставности потврђених међународних уговора. Тако оне истичу да Устав није ни требало да предвиди накнадну контролу уставности потврђених међународних уговора (с чим се у потпуности слажемо), а да је Закон о Уставном суду требало прецизније да уреди поступак претходне контроле уставности закона, поготово кад је реч о потврђеним међународним уговорима (с овим се не слажемо). Оне, такође, примећују да је друго становиште крајње упрошћено и сувише уско, јер се заснива на језичком тумачењу члана 169. Устава, који помиње само закон, а не и потврђени међународни уговор. У ствари, присталице првог становишта своју аргументацију изграђују на Мишљењу Венецијанске комисије о Уставу Србије. У том мишљењу, у вези с овим питањем, између осталог стоји: „Пошто се овде може поставити питање међународне одговорности Републике Србије било би далеко пожељније да се такве ситуације избегну тиме што би се а priori обезбедила провера сагласности уговора са Уставом, пре потврђивања (подвукао, В. П.). Поступак за оцену уставности закона пре његовог ступања на снагу`, предвиђен у члану 169. Устава, сходно томе би могао да се прошири на оцену уставности уговора пре њиховог потврђивања“.³⁸ У овом одломку две

³⁷ И. Пејић, *op.cit.*, стр. 752-753.

³⁸ Мишљење Венецијанске комисије о Уставу Србије, [www.venice.coe.int/does/2007/cdl-ad\(2007\)004-srb.pdf](http://www.venice.coe.int/does/2007/cdl-ad(2007)004-srb.pdf)

констатације су неспорне, а једна је спорна. Неспорно је да примена на-кнадне контроле уставности потврђених међународних уговора може да постави питање међународне одговорности Републике Србије, као и да треба обезбедити претходну контролу уставности ових аката пре њиховог потврђивања. Спорно је, међутим, да ли претходна контрола уставности међународних уговора може бити обезбеђена применом члана 169. Устава.³⁹

Да видимо који су аргументи против претходне контроле уставности потврђених међународних уговора. Прво, на више места у Уставу уставотворац је јасно исказао свој став да су потврђени међународни уговори и закони различити извори права према садржини и правној снази (члан 99. Устава одвојено уређује надлежност Народне скупштине да потврђује међународне уговоре и надлежност да доноси законе и друге опште акте; члан 194. став 6. Устава, који одређује обавезу да закони и други општи акти донети у Републици Србији не буду у супротности са потврђеним међународним уговорима; члан 167. став 1. тачка 1. у којем се овлашћује Уставни суд да одлучује не само о сагласности закона и других општих аката са Уставом, већ и са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима). Само на једном месту у Уставу то разликовање није учињено. То је члан 169. Устава. У овом члану помињу се само закон, не и потврђени међународни уговор. Да ли је у питању пропуст уставотворца или намера да се овај поступак ограничи само на „обичне“ законе, може се само нагађати. Члан 169. Устава не би требало проширивати на потврђене међународне уговоре, јер се тиме доводи у питање Уставом одређена хијерархија правних аката у нашем правном поретку. Овде се ствари додатно компликују због неодређености израза „потврђени међународни уговори“. Да ли је „потврђени међународни уговор“ само онај међународни уговор који је добио законску ратификацију или сваки међународни уговор без обзира на инструмент његове ратификације? Можда ће одговор на то дати Закон о закључивању и извршавању међународних уговора када буде донет.⁴⁰ У сваком случају, кад је реч о међуна-

³⁹ Венецијанска комисија у свом мишљењу није дала анализу члана 169. Устава.

⁴⁰ У Републици Србији, као што смо навели, још увек је на снази савезни Закон о

родним уговорима који подлежу законској ратификацији у Народној скупштини, они добијају форму закона. Да ли је, међутим, правна снага закона о ратификацији (чији је саставни део међународни уговор) једнака правној снази било ког другог закона усвојеног у Народној скупштини? Ако је одговор потврдан, члан 169. Устава може се применити и на потврђене међународне уговоре. Ако је правна снага закона о ратификацији већа од правне снаге осталих закона, уставотворац је морао изричито предвидети да се члан 169. Устава односи на потврђене међународне уговоре. Треће, претходна контрола уставности је изузетак од правила да се контрола уставности врши по ступању закона или другог општег правног акта на снагу. Изузеци се уско тумаче. Стога је требало у члану 169. Устава изричито навести и потврђене међународне уговоре, ако се хтела обезбедити претходна контрола ових аката. Четврто, већина европских устава предвиђа претходну контролу уставности међународних уговора као искључиви облик контроле, али они то чине изричито и, углавном, тако што контролу смештају у период од потписивања уговора до његове ратификације. Речју, у страним уставима, правило је претходна контрола уставности (не)ратификованих уговора. Пето, члан 169. Устава је, нормативно и садржински, потпуни промашај. Он без сумње показује да уставотворац није разумео смисао института претходне контроле уставности закона. Један поступак који је „мртворођен“, тешко да ће оживети уколико се прошири на потврђене међународне уговоре, акте веће правне снаге од закона у Републици Србији.

Ако би се и прихватило прво становиште према којем Устав Србије од 2006. омогућава претходну контролу уставности потврђених међународних уговора применом члана 169, питање је да ли је то практично оствариво. Ниједан елемент поступка за оцену уставности закона пре његовог ступања на снагу из члана 169. Устава није уређен на ваљан начин. Уставноправна теорија је једногласна у оцени да је круг субјеката који могу да покрену поступак (најмање једна трећина народних посланика) преуско одређен, а да је рок од седам дана (при чему

закључивању и извршавању међународних уговора од 1978.

није прецизно одређено од ког момента почиње да тече рок) у којем је Уставни суд дужан да оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен, непримерено кратак. Ова два елемента поступка довољна су да поступак учине тешко остваривим. Уставотворац се, ипак, потрудио да овај поступак буде сасвим бесмислен, предвидевши да „ако закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са редовним поступком за оцену уставности закона“ (став 2). Како истиче Р. Марковић, „то значи да ће одлука Уставног суда у случају утврђене неуставности имати касаторно (предметни закон престаје бити закон), уместо превентивног дејства (предметни закон не може постати закон)“.⁴¹ Штавише, Устав предвиђа да ће и одлука о неуставности закона пре његовог проглашења, ступити на снагу даном проглашења закона. Дакле, логика и смисао института претходне контроле уставности закона сасвим су промашени. Члан 169. је пример „институционализоване конфузије“, које има и на другим местима у Уставу, али овде је она „флагрантна“. Критике које су упућене на рачун Закона о Уставном суду, јер није разрадио овај поступак, потпуно су непримерене. Најмање штете члан 169. произвешће ако остане „мртворођен“ и причека евентуалну уставну реформу. Уосталом, колико је овај поступак бесмислен потврђује пракса, јер до сада (мај 2009) ниједан закон није оспорен пре његовог проглашења. Ту се налази и највећа грешка у аргументацији оних који тврде да је према Уставу Србије од 2006. могућа претходна контрола уставности потврђених међународних уговора. Они углавном не пропуштају да оштро критикују члан 169, али им то не смета да „препоруче“ његову примену како би се избегла накнадна контрола уставности потврђених међународних уговора. То чини и председник Уставног суда Боса Ненадић, која износи ваљану аргументацију против поступка из члана 169. Устава, оцењује да „систем контроле a priori...није најсрећније уређен, односно нормативно изведен, те да због тога у пракси могу изостати не само његове предности, већ и његова при-

⁴¹ Р. Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2007, стр. 32.

мена уопште“.⁴² Она, ипак, предлаже да би било „сврсисходно да се претходна контрола уставности међународних уговора и у пракси Уставног суда Србије прихвати, тим пре што у Уставу не постоје непремостиве препреке за такво делање Суда...“.⁴³ У настојању да претходна контрола уставности потврђених међународних уговора замени накнадну још даље иде И. Пејић, која препоручује примену члана 169. Устава за контролу потврђених међународних уговора, али пошто тај члан не може да буде уподобљен особеној природи ове контроле, она предлаже: „Уколико Уставни суд нађе да има елемената за противуставност међународног уговора у формалном и материјалном смислу, тада би парламентарни поступак ратификације био обустављен. Уколико Народна скупштина жели да оконча ратификацију међународног уговора, она би морала да приступи уставној ревизији и на тај начин индиректним путем би обезбедила да међународни уговор буде усаглашен са позитивним уставним правом“.⁴⁴ Као што смо видели из упоредног приказа, овакво решење постоји у одређеним земљама (Шпанија, Француска), али оно је тамо изричито прописано. Не видимо како би оно могло да се извуче из члана 169. Устава Србије од 2006.

Најзад, да ли би дилему о претходној контроли уставности потврђених међународних уговора могао барем делимично да отклони Уставни суд? Да ли би Уставни суд могао да заузме став према којем ће у пракси оцењивати само уставност потврђених међународних уговора пре њиховог ступања на снагу? Сматрамо да то не би било могуће барем из два разлога. Један смо већ навели и тиче се практичне неприменљивости, штавише бесмислености члана 169. Устава. Други се налази у члану 167. ставу 1. тачки 2. Устава. У овом члану, одређено је да Уставни суд одлучује о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом. Устав нигде није изричито рекао да ли је ова контрола претходна или накнадна. Ако се, врло натегнуто, може прихватити да Устав не искључује могућност претходне контроле потврђених међународних уговора, сасвим је јасно да се накнадна контрола као редовни об-

⁴² Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 77.

⁴³ Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 81.

⁴⁴ И. Пејић, *op. cit.*, стр. 753.

лик нормативне контроле уставности односи и на потврђене међународне уговоре. С обзиром на то, Уставни суд не може заузети став да ће у пракси примењивати само претходну контролу потврђених међународних уговора. Другим речима, он не може искључити накнадну контролу уставности ових аката. Уставни суд је тумач устава, а његова улога креатора долази до изражаја код уставних празнина и нејасних или неодређених уставних норми. Овде, међутим, нема уставне празнине. Она би постојала да Устав није предвидео надлежност Уставног суда да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора. Тада би Уставни суд могао заузети став да, с обзиром на хијерархију правних аката, он има право контроле уставности међународних уговора и да ће то бити претходна контрола која одговара природи међународних уговора. Члан 167. став. 1. тачка 2. Устава садржи јасну, али недовољно одређену норму. Међутим, та неодређеност може се само односити на могућност претходне контроле уставности потврђених међународних уговора. Накнадна контрола уставности потврђених међународних уговора је неспорна. Уставотворац јесте направио озбиљну грешку јер није предвидео претходну контролу као искључиви облик контроле међународних уговора. Уставни суд, међутим, није изнад Устава и не може исправљати грешке уставотворца, тамо где се оне не могу исправити без ревизије Устава. У крајњој линији, чак и кад би се прихватило да потврђени међународни уговори подлежу само претходној контроли, она би се у пракси, због кратког рока у којем треба донети одлуку, као и због тога што је могуће проглашење закона (о ратификацији међународног уговора) пре него што је Уставни суд донео одлуку о његовој (не)уставности, нужно претварала у накнадну контролу.

Да закључимо. Устав Србије од 2006. изричито је предвидео надлежност Уставног суда да врши контролу уставности потврђених међународних уговора. Он је, међутим, створио и велику дилему о свим питањима која се тичу ове контроле. Између два становишта, оног које дозвољава претходну контролу уставности потврђених међународних уговора сходно члану 169. Устава и оног које узима да је само накнадна контрола ових аката уставно дозвољена, ближи смо овом другом становишту. Чак и кад би се прихватило прво становиште само

би се формално и теоријски отклонила фундаментална грешка Устава. У пракси, свакако не би. Фундаментална грешка Устава огледа се у томе што он није разумео особену природу контроле уставности међународних уговора. Он није изричито предвидео претходну контролу уставности међународних уговора, од момента потписивања уговора до момента коначне ратификације, и то као искључиви облик контроле. Ту грешку нашег устава законодавац (Закон о Уставном суду, будући закон о закључивању и извршавању међународних уговора) и Уставни суд не могу значајно ни ублажити, а камоли отклонити. Она се може отклонити само ревизијом Устава. Пошто уставно питање у Србији, традиционално, „лебди“ над главама грађана, оног тренутка када се ово питање озбиљно постави, можда би требало узети у обзир размишљања о контроли уставности међународних уговора која су овде забележена.

Vladan Petrov, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Belgrade

THE DILEMMA ON THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF THE RATIFIED INTERNATIONAL TREATIES

Summary

The Constitution of the Republic of Serbia of 2006. has established the new competences of the Constitutional court and extended the existing ones. In the sphere of normative control, the assessment of constitutionality of the ratified international treaties has been introduced. In the numerous modern constitutions of Europe this form of assessment of constitutionality has been expressly regulated (Austria, Spain, France, Russia). In this regard, our makers of the Constitution followed the examples from comparative law. However, they left many open questions of the assessment of constitutionality of the international treaties which can make this control practically impossible, even senseless. Is the a posteriori assessment of constitutionality of the ratified international treaties the only form of control? Is a priori assessment of constitutionality of the ratified international treaties possible, which is the rule in comparative constitutional law? If the answer on the previous question is positive, is it possible to apply accordingly the article 169 of the Constitution which regulates the assessment of constitutionality of the law prior to its coming into force? Can the Constitutional Court resolve these dilemmas or is it necessary to change the Constitution in order to make sense to the control of constitutionality of the ratified international treaties possible? Those are some of the questions on which the author is trying to answer in this article.

Key words: *a priori assessment of constitutionality, a posteriori assessment of constitutionality, (un)ratified international treaties, Article 169 of the 2006 Constitution of the Republic of Serbia, a priori assessment of constitutionality of international treaties as the only form of control*

ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ, ЗАШТИТА МАЊИНА И АФИРМАТИВНА АКЦИЈА У ЕУ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт:

Овај рад је компаративна анализа антидискриминације, заштите мањина и афирмативне акције у праву и пракси Европске уније и Републике Србије.

Правни оквир антидискриминације у праву Европске уније и њених држава чланица чине две директиве – Директива Савета 2000/43/ЕС којом се спроводи принцип једнаког поступања са лицима без обзира на расно или етничко порекло и Директива Савета 2000/78/ЕС којом се успостављају општи оквири за једнако поступање у запошљавању и професијама. Главна питања која у обе директиве регулисана су основи дискриминације, разумна дужност прилагођавања, персонални и материјални обим примене, одступања од начела једнаког третмана и позитивна акција, правни лекови и извршавање, као и тела надлежна за унапређење једнаког поступања. Компаративна анализа показује да општи антидискриминациони закон Републике Србије превазилази захтеве права Европске уније нарочито у области основа дискриминације, персоналног и материјалног обима примене и изузетака од начела једнаког третмана.

Посебна пажња у раду посвећена је заштити националних мањина, нарочито питању значења дефиниције националне мањине и припадности мањини. То је веома важно, нарочито у вези са расним и етничким пореклом које је по директивама један од забрањених основа дискриминације. Једна од нејасноћа директива је опсег до којег карактеристике као што су боја коже, национално порекло или језик спадају у оквир националне мањине и припадности мањини, као

и у оквир расног и етничког порекла. Право Републике Србије такође превазилази европске стандарде у тој области. Закон о заштити права и слобода националних мањина Републике Србије садржи ши-року дефиницију националне мањине која је заснована на личном из-бору сваког члана заједнице.

Према праву Европске уније/заједнице позитивна акција (или афир-мативна акција како се у овом раду назива) је изузетак од начела јед-наког поступања. Опис овог изузетка је све више направљен кроз за-једничку призму пропорционалности. Према пропорционалности, позитивна дискриминација, или афирмативна акција у праву Европске уније може да буде прихватљива ако служи легитимном ци-љу и ако остаје у оквирима онога што је одговарајуће и нужно да би се постигао жељени циљ. Тест пропорционалности је део тековина Заједнице у питањима родне равноправности и задржан је у обе ди-рективе. Према Европском суду правде пропорционалност у селекци-ји кандидата није испуњена уколико је преференцијални третман аутоматски и безуслован. У праву Републике Србије не постоји оквир преференцијалног третмана као врсте афирмативне акције.

Кључне речи:

антидискриминација, заштита мањина, афирмативна акција, Европска унија, Република Србија

Појам дискриминације

Реч „дискриминација“ латинског је порекла и значи разликовање. У праву дискриминацијом се означава **недозвољено разликовање**. У праву људских права под дискриминацијом се подразумева „разликовање у погледу поседовања и обима права које није дозвољено због основа и начина разликовања“.¹

У савременом међународном праву сматра се да прописивање шта се сматра недозвољеним разликовањем више није искључива унутрашња надлежност држава.

Конвенција UNESCO о борби против дискриминације у области просвете која је усвојена 1960. под изразом „дискриминација“ подразумева „*свако прављење разлике, искључивање, ограничавање или повлашћивање, које је засновано на раси, боји, полу, језику, вери, политичком или другом убеђењу, националном или друштвеном пореклу, економском положају или рођењу и има за циљ или за последицу да уништи или да наруши једнакост у поступању у области просвете, а нарочито: а) да онемогући ма ком лицу или групи лица приступ разним врстама или ступњевима школовања и б) да ма ком лицу или групи лица ограничи школовање на нижи ступањ.*“

Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације коју је Генерална скупштина УН усвојила 1965. одређује расну дискриминацију као „*свако разликовање, искључивање, ограничавање или давање првенства које се заснива на раси, боји, прецима, националном или етничком пореклу који имају за циљ или резултат да наруше или да компромитују признавање уживања, или вршења под једнаким условима, права човека и основних слобода у политичкој, социјалној и културној области или у свакој другој области јавног живота.*“

Према изричитој одредби Конвенције, та Конвенција се не примењује на разликовања, искључивања, ограничавања или давања првенства које спроводи држава чланица Конвенције када су у питању њени држављани или лица која нису њени држављани, а не сматрају се

¹ В. Димитријевић, М. Пауновић, Људска права, Београд 1997. стр. 185.

ни расном дискриминацијом посебне мере које државе могу да усвоје ради обезбеђивања одговарајућег напретка извесних расних или етничких група, или лица којима је неопходна заштита ради гарантовања, уживања и остваривања права човека.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода предвиђа да је уживање права и слобода признатих у тој Конвенцији обезбеђено без дискриминације на основу пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, припадности некој националној мањини, имовине, рођења или других сличних стања. Сличне дефиниције дискриминације садрже и други међународноправни инструменти у сфери људских права. На основу изложених примера може се закључити да је у савременом међународном праву забрањено разликовање на основу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког или другог уверења, националног и социјалног порекла, имовине, рођења и другог статуса. Будући да је међународно право у сталном развоју, важно је да се укаже да основи разликовања који конституишу дискриминацију нису исцрпљени и да се могу развити нови основи недозвољеног разликовања. Ипак, неки основи разликовања се у међународном праву изузимају из појма дискриминације као што су држављанство и личне особине човека. Осим основа разликовања, други елемент у појму дискриминације је начин разликовања. Будући да је разликовање немогуће избећи и да је оно понекад и корисно, у праву се допуштају изузеци од дискриминације. Тако, у многим правним системима сматра се да је разликовање допуштено уколико је објективно и умесно, а многи акти садрже и одредбе о тзв. позитивним мерама, или афирмативној акцији коју треба предузети ради остварења пуне и ефективне једнакости.

Забрана дискриминације у праву ЕУ и држава чланица

Много година у фокусу пажње ЕЗ/ЕУ у подручју забране дискриминације, због саме природе те заједнице, била је превенција дискриминације на основу држављанства (у оквиру ЕЗ/ЕУ) и на основу пола. Иако је у теорији истицано да се антидискриминационо право ЕУ

не може поставити у једну групу,² Европски суд правде је преко четрдесет година константно дефинисао дискриминацију као „*примену различитих правила у сличним ситуацијама, или примену истог правила у различитим ситуацијама*“.³ Амстердамски уговор из 1997. поверио је Унији надлежност да забрани дискриминацију на основу пола, расног или етничког порекла, религије или уверења, инвалидитета, старости или сексуалне оријентације. Од када је Амстердамски уговор ступио на снагу 1999. усвојене су нове антидискриминационе директиве Савета које су дискриминацију, осим на основу пола, забраниле и у другим областима. Реч је о Директиви 2000/43/ЕС из 2000 којом се спроводи принцип једнаког поступања са лицима без обзира на расно или етничко порекло и Директиви 2000/78/ЕС којом се успоставља општи оквир за једнако поступање у запошљавању и професијама.

Директива 2000/43/ЕС којом се спроводи принцип једнаког поступања са лицима без обзира на расно или етничко порекло предвиђа да ће се сматрати да је директна дискриминација настала када се по основу расног или етничког порекла са једним лицем поступа неповољније него што се, или што би се поступало са другим у сличној ситуацији. Директива прописује да ће се сматрати да је индиректна дискриминација настала када нека наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса стављају лица одређеног расног или етничког порекла у посебно неповољан положај у односу на друга лица, сем ако та одредба, критеријум или пракса нису објективно оправдани легитимним циљевима, а да су средства за постизање тог циља одговарајућа и потребна. Осим директне и индиректне дискриминације, Директива прописује да у дискриминацију спадају и узнемиравање (малтретирање) и налог да се неко лице дискриминише, одређујући и тачну садржину тих облика. Директива одређује делокруг прописујући да ће се директива примењивати на сва лица, у односу како на јавни, тако и на приватни сектор,

² G.de Burca, The Role of Equality in EU Law, in A.Dashwood, S.O’Leary, The Principle of Equal Treatment in EC Law, 1997, p.13.

³ Government of the Italian Republic v. Commission of the EEC, C-13/63 (1963); Racke v. Hauptzollamt Mainz, C-283/83 (1984); Finanzamt Köln – Abstadt v. Roland Schumacker, C-297/93 (1995); Milk Morque and national Farmer’s Union, C-137/00 (2003), итд.

укључујући јавна тела, у односу на: услове за доступност запошљавања, самосталне делатности и професије, доступност свих типова и свих нивоа професионалне оријентације, запошљавање и радне услове, укључујући отказ и плату, чланство и ангажовање у организацијама радника или послодаваца, социјалну заштиту, социјалне бенефиције, образовање и приступ и снабдевање робама и услугама. Предвиђено је да Директива не обухвата разлике у поступању по основу држављанства држављана трећих држава. Посебно је прописано да принцип једнаког поступања неће спречити ниједну државу чланицу да усвоји мере за спречавање или надокнађивање неповољности, а у циљу обезбеђивања пуне једнакости. У преамбуларном делу Директива истиче да у веома ограниченим околностима разлика у поступању може бити оправдана када нека карактеристика повезана са расним или етничким пореклом представља истински и опредељујући професионални услов. Директива уноси и измене у уређењу терета доказивања. У нормативном делу Директива предвиђа да ће државе чланице предузети оне мере које су неопходне, у складу са својим националним судским системом, како би обезбедиле да када лица која сматрају да су оштећена јер принцип једнаког поступања није на њих примењен, утврде пред судом или другим државним органом чињенице из којих се може сматрати да је било директне или индиректне дискриминације, тужена страна буде одговорна да докаже да није прекршен принцип једнаког поступања.

Директива 2000/78/ЕС којом се успоставља општи оквир за једнако поступање у запошљавању и професијама према члану 1. има за сврху да пропише опште оквире за борбу против дискриминације по основу вере или вероисповести, инвалидности, година старости или сексуалног опредељења, у погледу запошљавања и професија. Концепт дискриминације је у тој Директиви уређен идентично као и у Директиви 2000/43/ЕС. Предвиђено је да ће се Директива примењивати на сва лица, у односу како на јавни, тако и на приватни сектор, укључујући јавна тела, у односу на: услове приступа запошљавању, самозапошљавању, или некој професији, приступ свим типовима и свим нивоима професионалног усмерења, обуке и преобуке, услове запошљавања и рада, укључујући отказ и плату и чланство и ангажовање у организацијама

радника или послодаваца. Истоветно као и Директива 2000/43/ЕС и ова Директива предвиђа да принцип једнаког поступања неће спречити ниједну државу чланицу да усвоји мере за спречавање или надокнађивање неповољности, а у циљу обезбеђивања пуне једнакости. Директива предвиђа значајан број изузетака. У том смислу треба истаћи да ова Директива предвиђа могућност да државе чланице ЕУ могу да предвиде да, у мери у којој се то односи на дискриминацију по основу инвалидитета и година, ова Директива не буде примењивана на оружане снаге. Такође, Директива предвиђа и да државе чланице могу да предвиде да поступање које се заснива на некој карактеристици повезаној са основама на којима је дискриминација забрањена, неће представљати дискриминацију ако, из разлога природе одређених професионалних делатности или контекста у којем се обављају, такве карактеристике представљају истински и одлучујући професионални захтев, под условом да је циљ легитиман и захтев оправдан. У смислу професионалних захтева та Директива изричито предвиђа да државе чланице могу, у случају професионалне делатности у црквама и другим јавним или приватним организацијама чији је систем вредности заснован на вери или вероисповести, предвидети да разлика која је заснована на вери или вероисповести тог лица неће представљати дискриминацију када вера или вероисповест неког лица представљају истински, легитиман и оправдан професионални захтев. Директива такође предвиђа и јасно одређује случајеве оправдања различитог поступања по основу година (нпр. у случају утврђивања минималних услова у погледу година, професионалног искуства или година службе ради приступа запошљавању, утврђивање максималне старости за ангажовање, итд).

Уколико се пажљивије сагледају изложена решења садржана у директивама Савета ЕУ, утолико се може доћи до неколико, веома важних закључака:

1. директиве забрањују дискриминацији по тачно и изричито утврђеним основама – на основу расног или етничког порекла, вере или вероисповести, инвалидности, година старости или сексуалног опредељења.

2. директиве јасно опредељују делокруг примене прописујући да ће се примењивати на сва лица, у односу како на јавни, тако и на приватни сектор, укључујући јавна тела, али у односу на тачно одређене ситуације које по својој природи спадају у јавни живот, односно у којима је непосредно ангажован јавни интерес и које су уређене правним актима држава чланица
3. директиве одређују појам директне и индиректне дискриминације
4. директиве садрже правни основ за предузимење мера позитивне акције (афирмативне акције)
5. директиве предвиђају извесне изузетке од забране нарушавања једнаког поступања – нпр. из разлога природе одређених професионалних делатности или контекста у којем се обављају
6. директиве уносе извесне измене у концепт терета доказивања, али те измене ни у ком случају нису револуционарне већ само предвиђају да када тужилац утврди пред судом или другим државним органом чињенице из којих се може сматрати да је било директне или индиректне дискриминације, тужена страна треба да буде одговорна да докаже да није прекршен принцип једнаког поступања, итд.

Директиве Савета нису по својој правној природи непосредно примењиве у државама чланицама. Европско право препушта националном законодавству да имплементира њихов садржај. Државе чланице ЕУ изабрале су различите начине имплементације директива Савета ЕУ. Разлике постоје у погледу врсте и броја аката којима се решења садржана у директивама имплементирају, основа по којима је дискриминација забрањена, дефиниције дискриминације, делокругу у којем је дискриминација забрањена, као и у погледу позитивних мера и изузетака од забране неједнаког поступања.

Државе чланице ЕУ међусобно се разликују у погледу врсте и броја аката којима у националне правне поретке уграђују решења садржана у директивама. Тако, антидискриминационо законодавство које мање или више репродукује решења садржана у директивама усвојили су Кипар, Грчка, Италија и Луксембург. Нису међутим све назначене

државе решења садржана у директивама преузеле у једном законском акту – Кипар, Италија и Луксембург су усвојили по два акта, по један за имплементацију сваке од директива. Аустрија, Белгија, Финска, Немачка, Ирска, Мађарска, Холандија и Словачка определиле су се за антидискриминациони акт који забрањује дискриминацију по више основа од оних које су садржане у директивама. Данска и Шведска су комбиновале један закон који забрањује дискриминацију по више основа и један закон који забрањује дискриминацију по једном основу. Кроз посебно законодавство, радно и кривично, директиве су имплементирале Француска, Литванија и Португалија.

Државе не дефинишу основе по којима је дискриминација забрањена. Најчешће је избегавање дефинисања уочљиво у погледу одређења појмова «религија или уверење» и «сексуална оријентација». Тако, примера ради, немачки антидискриминациони закон одређује под сексуалном оријентацијом «сексуални идентитет» под који се подводе и транссексуалци.

Већина европских држава усваја неколико сличних елемената у дефиницији дискриминације – потреба да се демонстрира мање повољан третман и да се такав третман пореди са другом особом са различитим карактеристикама у сличној ситуацији. Ипак, не садрже сва законодавства дефиницију дискриминације – примера ради, иако забрањују, законодавства Француске и Холандије не дефинишу директну дискриминацију.

Државе чланице ЕУ међусобно се разликују у погледу делокруга примене директива, односно у погледу области друштвеног живота у којима се директиве примењују. Најпре, треба истаћи да у скоро свим земљама ЕУ има извесних дилема у погледу односа одредби антидискриминационог законодавства према уставним одредбама које на уопштени начин забрањују дискриминацију. Уставне одредбе којима се забрањује дискриминација односе се и на области друштвеног живота у којима треба применити директиве, ако ни у чему другом, онда сасвим сигурно у јавном сектору. У Естонији, примера ради, директиве се имплементирају одредбама радног законодавства само у погледу запошљавања у приватном сектору, док је забрана дискриминације у запошљава-

вању у јавном сектору осигурана самим уставним одредбама. Посебан приступ у погледу делокруга примене заузет је у Мађарској. Мађарски антидискриминациони закон не садржи навођење листе области друштвеног живота у којима се примењују антидискриминационе одредбе, већ садржи листу јавних и приватних тела која у свом поступању мора да поштују једнаки третман на начин на који је одређен директивама. То су државни и локални органи јавних власти и четири групе приватних лица – они који објављују јавну понуду за закључење уговора, који учествују у поступцима јавних набавки, који примају државну помоћ и који су послодавци.

Велика већина европских земаља у своје антидискриминационо законодавство унеле су одредбе о изузецима забране дискриминације, нарочито у погледу запослења које је у вези са религијом и убеђењима – Аустрија, Кипар, Данска, Немачка, Грчка, Мађарска, Италија, Ирска, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Словачка, Уједињено Краљевство, итд.

Забрана дискриминације у Републици Србији.

Устав Републике Србије у члану 21. забрањује дискриминацију. Тај члан предвиђа да су пред Уставом и законом сви једнаки, да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације и да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. За припаднике националне мањине забрана дискриминације посебно је предвиђена у одредби члана 76. став 2. Устава, којим је забрањена било каква дискриминација због припадности националној мањини. Уставно прокламовање једнакости и забране дискриминације детаљније је уређено низом закона који регулишу разли-

чите области друштвеног живота – област образовања,⁴ радних односа,⁵ информисања,⁶ здравствене заштите,⁷ итд. Посебно је важно истаћи

⁴ У Закону о основама система образовања и васпитања (члан 46.) забрањене су активности којима се угрожавају, омаловажавају групе или појединци по основу расне, националне, језичке, верске припадности, као и подстицање таквих активности. Тим законом су предвиђене новчане казне за лица која угрожавају или омаловажавају групе и појединце на основу расне, националне, језичке, верске или полне припадности.

⁵ Закон о раду у члану 18. прописује забрану дискриминације, прописујући да се лице које тражи запослење, као и запослени, не може стављати у неповољнији положај у односу на друге на основу рођења, језика, расе, националне припадности, вероисповести итд.

⁶ Закон о радиодифузији Републике Србије предвиђа чланом 3. тачка 6. да се регулисање односа у области радиодифузије заснива, између осталог, и на начелима објективности, забране дискриминације и јавности поступка за издавање дозволе за емитовање. Забрана дискриминације је у том Закону детаљније регулисана низом других одредаба. Члан 38. став 2. Закона о радиодифузији предвиђа да се дозвола за емитовање радио и ТВ програма даје под једнаким условима. Члан 77. став 3. тог закона прописује да се остваривање општег интереса у области јавног радиодифузног сервиса остварује тако што програмима који се производе и емитују у оквиру јавног радиодифузног сервиса мора да се обезбеди разноврсност и међусобна усаглашеност садржаја којима се подржавају демократске вредности савременог друштва, а нарочито поштовање људских права и културног, националног, етничког и политичког плурализма. У циљу остваривања општег интереса у области јавног радиодифузног сервиса, члан 78. Закона о радиодифузији Републике Србије, предвиђа да су носиоци јавног радиодифузног сервиса, између осталог, дужни да производе и емитују програме намењене свим сегментима друштва, без дискриминације, водећи при том рачуна нарочито о специфичним друштвеним групама као што су деца и омладина, мањинске и етничке групе, хедикепирани, социјално и здравствено угрожени итд. Закон о јавном информисању у члану 2. став 3. предвиђа да нико не сме, ни на посредан начин, да ограничава слободу јавног информисања, нарочито злоупотребом државних или приватних овлашћења, злоупотребом права, утицаја или контроле над средствима за штампање и дистрибуцију јавних гласила или над уређајима за емитовање и радиофреквенцијама, као ни било којим другим начином подесним да ограничи слободан проток идеја, информација и мишљења. У члану 16. Закон предвиђа забрану дискриминације у дистрибуцији јавних гласила, односно прописује да лице које се бави дистрибуцијом јавних гласила не сме да одбије да дистрибуира нечије јавно гласило без оправданог комерцијалног разлога, као ни да за дистрибуцију јавног гласила поставља услове који су супротни тржишним принципима. Подстицање дискриминације у идејама, информацијама и мишљењима је према члану 38. Закона о јавном информисању забрањено.

⁷ Једно од основних начела Закона о здравственој заштити садржано у члану 20. тог закона је начело правичности здравствене заштите које се остварује забраном

да Закон о заштити права и слобода националних мањина и Закон о црквама и верским заједницама такође утврђују забрану дискриминације. Осим наведених закона, забрана дискриминације у појединим областима утврђена је и другим законима - Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености, Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Законом о спречавању насиља и недолечног понашања на спортским приредбама, а забрана дискриминације особа са инвалидитетом целовито је решена доношењем Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (2006). Скоро сви наведени закони садрже и одредбе о прекршајним казнама за повреду антидискриминационих норми, а дискриминација и повреда равноправности су Кривичним закоником предвиђени као посебна кривична дела. Иако национално законодавство садржи широку палету антидискриминационих одредби, Народна скупштина Републике Србије, на предлог Владе, усвојила је 26.03.2009. Закона о забрани дискриминације. Закон је усвојен као још један акт на европском путу, али је правно посматрано веома дискутабилан општи правни акт.

У вези са Законом о забрани дискриминације најпре је проблематичан концепт „општег“ закона против дискриминације. Општа забрана дискриминације садржана је у Уставу Републике Србије и законско усвајање појединих уставних решења, чак у истоветном тексту, значи умањивање стечених права, односно умањивање нивоа заштите људских права и свођење забране дискриминације од уставне на законску категорију, што, чисто формалноправно посматрано, води чудном закључку да забрана дискриминације, а тиме и једнакост људи у друштву, зависе од воље већине у парламенту!!! Предлагач је у Образложењу закона навео да се «дошло до чврстог уверења да доношење једног кровног закона против дискриминације нема алтернативу, с обзиром да је ово једини начин постизања пуне заштите за све угрожене категорије у друштву.» Да доношење општег, или кровног закона против дискриминације, како га је предлагач без икаквог упоришта у Уставу на-

дискриминације приликом пружања здравствене заштите, између осталог, по основу расе, националне припадности, вероисповести, културе, језика, итд.

звао, нема алтернативу није тачан закључак речито сведочи неуједначена пракса самих држава чланица ЕУ које су имплементирале директиве Савета. Поједине државе ЕУ усвојиле су опште законе, али не против дискриминације, већ како је то учињено у СР Немачкој, Општи закон о једнаком третману – *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*. Додуше, у једном смислу, „општи“ антидискриминациони закона има своје оправдање – у правном систему Републике Србије, нарочито уколико се жели имплементација директива Европског Савета, заиста постоји потреба за законским одредбама којима би се прецизно одредио појам дискриминације, који иначе није дефинисан у општим правним актима у правном систему (осим ако се изузму дефиниције садржане у појединим међународним уговорима који су по Уставу Србије саставни део унутрашњег правног поретка), њени појавни облици, изузеци од начела једнаког третмана и којима би се предвидели правни поступци за заштиту од дискриминације (изузев у случају дискриминације која представља кривично или прекршајно дело). Међутим, уколико се желео **свеобухватни** закон против дискриминације, утолико је требало извршити кодификацију антидискриминационог законодавства уз прогресивни развој оличен у дефинисању дискриминације и регулисању свих наведених елемената у вези са дискриминацијом. Дакле, ако се већ желео један закон, уместо да припреме текст закона о одређењу дискриминације, њеним појавним облицима, персоналном и материјалном обиму примене, изузецима, и правним поступцима за заштиту против дискриминације, или да предложи усвајање кодификованог антидискриминационог законодавства, са садржајем који је компатибилан директивама, творци су припремили текст који садржи норме изузетно високог степена општости који намеће питање могућности њиховог спровођења.

Из лошег концепта „општег“ закона против дискриминације проистиче још једна мањкавост тог акта. Реч је о недовољно јасном опредељеном односу „општег“ антидискриминационог закона према појавама дискриминације у сфери друштвених односа у којима нису усвојени посебни закони. Док је однос „општег“ антидискриминационог закона према другим, посебним законима јасан на основу правила

lex specialis derogat legi generali, дотле ће у пракси, нарочито судској, велику непознаницу представљати примена Закона у областима које нису уређене посебним законима, а у којима се дискриминација најнајчелније забрањује одредбама овог акта.

Посебан проблем у вези са Законом о забрани дискриминације представљају недовољно јасно формулисана одредбе, односно недовољно јасно утврђен концепт дискриминације. Предлог закона шири одређење дискриминације у односу на европске директиве предвиђајући да, осим, директне (непосредне) дискриминације и индиректне (посредне), узнемиравања и понижавајућег поступања, што су облици које и директиве сврставају у дискриминацију, у дискриминацију спадају још и повреда начела једнаких права и обавеза, позивање на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње. Наведене облике Закон не одређује прецизно, а неки од њих по својој природи заиста чине саму суштину дискриминације, а не и њен посебни облик (нпр. повреда начела једнаких права и обавеза). Такође, није јасан ни однос између појединих тешких облика дискриминације (нпр. изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу националне, расне или верске припадности, језика, политичког опредељења, пола, родног идентитета, сексуалног опредељења и инвалидитета) и кривичних дела која инкриминишу таква понашања, што је нарочито важно за сагледавање и реализовање у пракси поступка заштите који се остварује пред повереником.

У вези са недовољно јасно формулисаним одредбама је и поманкање јасног концепта делокруга примене Закона. За разлику од европских директива које јасно одређују на које се субјекте односе и док је делокруг њихове примене *ratione materiae* јасно утврђен већ из њиховог назива, дотле из Закона није јасно на који ће се круг субјеката и у којим областима друштвеног живота закон примењивати. Творци Закона нису јасно разлучили које су то области друштвеног живота у којима је ангажован јавни интерес и у којима делују субјекти на које ће се одредбе односити. Једноставно речено, Закон брка појмове основа дискриминације и делокруга примене. Са тим у вези, од посебног значаја је да се укаже да, за разлику од европских директива, Закон не са-

држи изузетке од забране нарушавања једнаког поступања – нпр. из разлога природе одређених професионалних делатности или контекста у којем се обављају, нарочито у погледу вере што је уосталом и проузроковало једну легитимну примедбу црква и верских заједница.⁸

Имајући у виду све што је изложено, јасно је да компаративна анализа показује да општи антидискриминациони закон Републике Србије превазилази захтеве права Европске уније нарочито у области основа дискриминације, персоналног и материјалног обима примене и изузетака од начела једнаког третмана и да његове нејасне одредбе, или изостанак регулисања појединих питања мога да изазову велике дилеме у његовој примени.

Заштита мањина у ЕУ и државама чланицама

У вези са европским антидискриминационим директивама и њиховом имплементацијом у државама чланицама поједина питања привлаче посебну пажњу. Реч је о забрани дискриминације на основу расног или етничког порекла и вере или вероисповести. Ти основи забране дискриминације привлаче посебну пажњу из најмање два разлога – најпре због значења тих појмова у праву ЕУ и њених држава чланица, а затим и због могућности евентуалног преклапања тих, али и других персоналних карактеристика као што су националност и језичка припадност.

Право ЕУ не одређује појам „расе“ и „расног порекла“. У ставу 6. Преамбуле Директиве 2000/43/ЕС истиче се штавише да ЕУ *„одбацује теорије које покушавају да одреде постојање посебних људских раса“* и да коришћење појма „расно порекло“ у тој Директиви *„не подразумева прихватање таквих теорија“*. Будући да нема научног оправ-

⁸ Примера ради да ли би црква која распише јавни конкурс за пријем у радни однос директора сопственог музеја, а у коме је предвиђено да може да буде примљен искључиво верник те цркве, одговарала за дискриминацију? Према члану 4. ст. 2. Директиве 2000/78 такво поступање улазило би у оквире професионалних захтева који не представљају дискриминацију, док би у Републици Србији, према Закону било веома дискутабилно.

дања за расну категоризацију, поједине државе чланице ЕУ стале су на становиште да укључивање расе и расног порекла у антидискриминационо законодавство може да појача перцепцију да људска бића могу да буду разликована по раси и стога су у свом антидискриминационом законодавству у погледу основа дискриминације упутила на етничко или национално порекло.⁹ У појединим државама различите законске одредбе односе се на „стварну или претпостављену“ расу.¹⁰

Посебно питање у вези са Директивом 2000/43/ЕС и њеном имплементацијом је обим до којег карактеристике као што су боја коже, припадност националној мањини или језичкој групи спадају у оквире расног или етничког порекла. Многа национална законодавства држава чланица која имплементирају Директиву 2000/43/ЕС као минималне услове предвиђају боју коже и национално порекло. Поједине државе чланице ЕУ имају веома екстензивне законе о националним мањинама. У коментарима се међутим истиче да није јасно да ли ће се на концепт националне/етничке мањине који је садржан у тим законима ослонити национални судови који примењују и тумаче антидискриминационо законодавство тих држава.¹¹

Међународно право не садржи обавезујућу дефиницију расе, расног порекла и појма националне мањине. Посебно питање је да ли међународно право одређује критеријуме на основу којих се утврђује припадништво појединца одређеној расној или националној групи. У том смислу, посебно је важна Општа препорука број 8. Комитета за уклањање расне дискриминације која је посвећена проблематици идентификације са одређеном расном или етничком групом. Комитет је, након што је размотрио извештаје држава у вези са идентификацијом и о начинима на које се појединци идентификују као припадници одређене расне или етничке групе, или група, стао на становиште да ће се таква идентификација, уколико не постоји оправдање за супротно, за-

⁹ Као нпр. у финском Закону против дискриминације – видети *Developing Anti-Discrimination Law in Europe, The 25 EU Member States Compared*, Prepared by M. Bell, I. Chopin and F. Palmer, 2007, p.16.

¹⁰ Као нпр. у Француској – исто, н.м.

¹¹ исто, p.17.

сшивати на самоидентификацији датог појединца.¹² Самоидентификацију као основ припадништва групи изричито предвиђају поједине конвенције. Тако, примера ради, Оквирна конвенција за заштиту националних мањина Савета Европе у члану 3. предвиђа да сваки припадник националне мањине има право да бира да се према њему опходе или не опходе као таквом. У коментару те одредбе истиче се да „ова одредба препушта сваком таквом лицу да одлучи да ли жели или не да се подведе под заштиту која прописује из Оквирне конвенције“, али се додаје да она „не подразумева право појединца да једноставно одлучи да припада некој националној мањини. Субјективни избор појединца неодојиво је повезан са објективним критеријумима релевантним за његов идентитет“. У релевантним коментарима тог члана Оквирне конвенције истиче се да је слобода индивидуе да одлучи да ли припада националној мањини фундаментални елемент заштите националних мањина базиран на демократским принципима и неопходан да осигура поштовање индивидуалне аутономије и слободе.¹³ ЕУ није чланица Оквирне конвенције. У појединим случајевима државе чланице Конвенције одређују у својим декларацијама и резервама садржаним у ратификационим инструментима за Оквирну конвенцију појам националне мањине упућујући на апстрактне критеријуме садржане у националном законодавству уз помоћ којих се одређују националне мањине, набрајајући мањине на које се Конвенција односи, или прецизирајући детаљне критеријуме за идентификацију националних мањина. Критеријуми који се користе за идентификовање постојања националних мањина су различити у различитим државама и обухватају: бројчана инфериорност од остатка становништва, дугорочну везу са државом, држављанство и пребивалиште, различит етнички, културни, религијски или лингвистички идентитет, самоидентификација, итд.¹⁴ Понекад се у

¹² Зборник општих коментара и препорука усвојених од стране уговорних тела за људска права у издању Канцеларије Високог комесаријата за људска права УН у Београду, јун 2002, стр. 166.

¹³ Н.Ј. Heintze, Article 3 in *The Rights of Minorities in Europe, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, ed. by M. Weller, 2005.p. 118, 119.

¹⁴ исто, р. 113, 114.

пракси дешава да постоје разлике између мишљења влада држава чланица Конвенције и ставова лица која припадају мањинама о постојању мањинских група и подвођењу тих група под заштиту која је обезбеђена Оквирном конвенцијом. У таквим случајевима Саветодавни комитет Савета Европе који помаже Комитету министара у процесу надгледања спровођења Оквирне конвенције стоји на становишту да државе чланице треба да имају консултације са релевантним групама, а да је у крајњем исходу мишљење Саветодавног комитета, нарочито у случају да је држава чланица декларацијом или резервом утврдила обим примене Конвенције утврдивши на које се мањине Конвенција примењује, обавезујуће за државе чланице што је од пресудног значаја за избегавање арбитрарне и неоправдане дистинкције међу групама под њиховом јурисдикцијом.¹⁵ Саветодавни комитет у поступку надгледања спровођења Оквирне конвенције посебно цени инклузивни приступ појединих држава које су широко тумачиле појам националне мањине. Тако је у Уједињеном Краљевству појам „расне групе“ који је садржан у Закону о расним односима из 1976. а којим се предвиђа да је „расна група“ свака група лица која је одређена бојом њихове коже, расом, националношћу (укључујући и држављанство), или етничким и националним пореклом, широко тумачен тако да се под њим подразумевају и националне мањине. Судови су даље тумачили тај појам и под њега су подвели Шкоте, Ирце и Велшане, Роме и Ирске номаде.

Посебно питање у вези са забраном расне дискриминације и заштитом мањина односи се на религиозну припадност као чинилац етничког порекла. Основни проблем у вези са односом између религиозне припадности и етничког порекла које се, као што изложени примери показују, може сматрати основом за утврђивање постојања расе и расне групе, своди се на чињеницу да је материјални обим примене Директиве којом се спроводи принцип једнаког поступања са лицима без обзира на расно или етничко порекло (2000/43/ЕС) много шири него материјални обим примене Директиве којом се успоставља општи оквир за једнако поступање у запошљавању и професијама (2000/78/ЕС).

¹⁵ исто, р. 130.

Другим речима, уколико је религиозна припадност саставни део етничког порекла и компонента у одређењу појмова национална мањина и расна група, утолико ће се на њу примењивати решења садржана у Директиви 2000/43/ЕС, док би у супротном дискриминација по основу вере била забрањена само у обиму утврђеном Директивом 2000/78/ЕС.

Европски суд за људска права стоји на становишту да су концепт етничитета и религиозна припадност веома блиски и да „етничитет има своје порекло у идеји друштвених група означених заједничком националношћу, племенском припадношћу, религиозношћу и заједничким језиком, или културним и традиционалним пореклом“.¹⁶ Државе чланице ЕУ својим законодавствима не одређују појам религије и вере, али поједине од њих захтевају да верске заједнице и организације буду регистроване и званично признате, нарочито да би у правном поретку могле делотворно да функционишу. Наметање захтева за државно признање иначе, само по себи, није неспојиво са слободом мисли, савести и вероисповести из члана 9. Европске конвенције за заштиту људских права, али држава мора да буде веома обазрива и мора да задржи своју позицију строге неутралности. Поред тога процес регистрације мора да штити од неспретних дискреционих овлашћења и мора бити такав да се избегне произвољно доношење одлуке, а држава не би требало да процењује упоредну легитимност различитих уверења.¹⁷ Иако у законодавству држава чланица нема одређења појмова религија, вера и уверење, у појединим државама, у судској пракси, утврђено је да се дискриминација против појединих верских/националних група сматра расном дискриминацијом. Тако се дискриминација против Јевреја и Сика у Уједињеном Краљевству и против Јевреја и донекле муслимана у Холандији сматра расном дискриминацијом. Међутим, у теорији је истакнуто да инклузивни приступ у Уједињеном Краљевству може да роди питање неједнакости група будући да муслимани и остале религиозне групе нису подведени под појам расне групе, па се стога за-

¹⁶ *Timishev v. Russia* br. 55762/00; 55974/00 par. 55.

¹⁷ Ц. Мурдок, Слобода мисли, савести и вероисповести, Водич за примену члана 9. Европске конвенције о људским правима, Београд 2008. са позивом на *Hasan and Chau v. Bulgaria*, br. 30985/96 par. 78.

кључује да недостатак дефиниције националне мањине, а може се додати и недостатак дефиниције односа између националне и верске припадности, може да остави простор за арбитрерно изузимање појединих група из обима примене.¹⁸

Заштита мањина у Републици Србији

Устав Републике Србије из 2006. не садржи одређење националне мањине. У Преамбули Устава истиче се да грађани Србије доносе Устав, полазећи, између осталог, од државне традиције српског народа и *равноправности свих грађана и етничких заједница у Србији*. У нормативном делу Устава нема одредби о етничким заједницама, већ су у Другом делу који је посвећен људским и мањинским правима и слободама, садржане одредбе о правима припадника националних мањина. Уставотворац је у неколико одредби које су посвећене мањинским правима упутио на законско уређивање начина остваривања мањинских права, што се може сматрати имплицитним упућивањем на законско одређење националне мањине јер се оно појављује као претходно питање остваривања мањинских права зајамчених Уставом.

У Републици Србији примењује се Закон о заштити права и слобода националних мањина који је 2002. донесен у бившој Савезној скупштини СР Југославије.¹⁹ Према члану 2. став 1. Закона о заштити права и слобода националних мањина, националном мањином у правном поретку може се сматрати *свака група држављана која је по бројности довољно репрезентативна, иако представља мањину, која припада некој од група становништва које су у дуготрајној и чврстој вези са територијом државе, која поседује обележја као што су језик, култура, национална или етничка припадност, порекло или вероисповест по којима се разликује од већине становништва и чији се припадници одликују бригом да заједно одржавају свој заједнички идентитет, укључујући културу, традицију језик или религију*. Законско одређење националне

¹⁸ Н.Ј. Heintze, н.д. р. 112, 113.

¹⁹ „Службени лист СРЈ“ бр. 11/02.

мањине у Републици Србији садржи неколико основних елемената – држављанство, бројност, дуготрајна и чврста веза са територијом државе, објективне критеријуме у које спадају језик, култура, национална или етничка припадност, порекло или вероисповестни субјективни критеријум који се своди на бригу за очувањем идентитета.

Објективни критеријуми идентификације националне мањине су у домаћој законској дефиницији мањине означени појмом «обележја» у која законодавац сврстава језик, културу, националну или етничку припадност, порекло или вероисповест. У вези са тим елементом законског одређења националне мањине треба истаћи две важне напомене. Најпре, законодавац не само да, у односу на међународне акте, и законодавство других држава, шири палету обележја по којима се националне мањине разликују од већине (уврштавајући у њих изричито културу, порекло и вероисповест), већ изложена обележја наводи *exempli causa*, тако да се може стати на становиште да листа обележја по којима се нека група држављана може разликовати од већинског, српског становништва није у Закону исцрпљена и могла би у пракси да буде проширена етнонимима, посебном традицијом (тим пре јер се она наводи код субјективног елемента), итд. Обележја која Закон наводи као могуће основе разликовања између група којима треба признати статус националне мањине и већинског, српског народа алтернативно су постављена, тако да је за постојање националне мањине у Републици Србији довољно да се група држављана макар по једном обележју може разликовати од већинског српског народа и других националних мањина, уз услов да испуњава и остале елементе законске дефиниције националне мањине, у првом реду елементе субјективне природе.

У изложеном законском одређењу националне мањине посебну пажњу завређује субјективни критеријум одређења, односно део који предвиђа да је национална мањина група држављана “*чији се припадници одликују бригом да заједно одржавају свој заједнички идентитет, укључујући културу, традицију, језик или религију*”. Изложено законско одређење треба тумачити тако да се нека група држављана, иако поседује обележја по којима се разликује од већине становништва, не може сматрати националном мањином уколико се њени припадници

не одликују бригом да заједно одржавају свој заједнички идентитет, укључујући културу, традицију, језик или религију. Такво схватање проистиче и из уставне слободе изражавања националног идентитета (члан 47. Устава Републике Србије), односно из права сваког припадника националне мањине да слободно бира да се према њему опходе или не опходе као таквом (члан 3. Оквирне конвенције за заштиту националних мањина). Самоодређењу националне мањине законодавац придаје посебан значај што је уочљиво и из законског одређења према коме припадници мањине треба *заједно* да одржавају свој *заједнички идентитет*, тако да се у субјективном критеријуму за одређивање националне мањине из законске дефиниције заправо могу открити два субјективна елемента – најпре заједничка свест о сопственом идентитету који може да почива на култури, традицији, језику или вери (који су алтернативно постављени!!), а затим и заједничка брига за очување, односно одржавање тог идентитета.

Имајући у виду све што је изложено, јасно је да право Републике Србије садржи правни основ за широку антидискриминациону заштиту свих група које се (само)одреде као националне мањине. Штавише, Закон о забрани дискриминације у члану 24. став 1. изричито прописује да је забрањена дискриминација националних мањина и њихових припадника на основу националне припадности, етничког порекла, верских уверења и језика..

Афирмативна акција у ЕУ и државама чланицама

Афирмативна акција је *«доследан пакет мера привременог карактера изричито усмерен на исправљање положаја припадника циљне групе у једном или више видова њиховог друштвеног живота, како би се постигла ефективна једнакост»*.²⁰ Преференцијални третман је форма

²⁰ Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous People and Minorities, The Concept and Practice of Affirmative Action – Progress Report submitted by Mr. Bosuout, Special Rapporteur in accordance with Sub-Commission Resolution 1998/5 превод у Б. Кривокапић, Заштита мањина: историјски развој, основна питања и заштита у оквиру УН, 2004. стр. 834.

афирмативне акције којом се посебан значај даје раси и/или полу (као и националној и религиозној, или некој другој групној припадности - прим. В.Ђ.) као основу за давање првенства, најчешће у процесу одабирања при заснивању радног односа или упису у школе. Степен давања првенства у преференцијалном третману може бити слабије изражен, уколико се оно даје једнако квалификованим кандидатима припадницима бенефицираних група, или пак јаче изражен, уколико се предност даје мање квалификованом кандидату, само зато што потиче из мањинске, или неке посебне друштвене групе.²¹ Наравно, преференцијални третман чак и у најизраженијим случајевима, у неким областима друштвеног живота (као што су нпр. радни односи), не мора нужно да укључује у своје мере избор неквалификованих кандидата нити обезбеђивање избора кандидата по унапред утврђеном броју (квоте). Квоте, како се то исправно запажа у домаћој литератури, могу означавати минимално или максимално учешће припадника неких друштвених група. Систем квота може бити флексибилан када се захтева да одређени проценат примљених или изабраних буду представници мањина, или друштвених група које су бенефицијари мера, који испуњавају минималне услове (на конкурс), или нефлексибилан када је пријем, или избор кандидата представника мањина, односно друштвених група, загарантован у одређеном проценту, независно од испуњености услова.²² На основу изложеног, закључак би могао бити да се појмом афирмативна акција, као родним појмом, може обухватити читава лепеза различитих мера у корист појединих бенефицираних група које, сликовито представљено, у најширем концентричном кругу не мора да укључе преференцијални третман у избору кандидата, већ се свде на рекламирање конкурса са афирмативном акцијом, осигурање процедуре да пријаве кандидата мањина не буду безразложно одбачене или одбачене из погрешног разлога, позиве припадницима мањина да се јаве на одређене конкурсе итд. Следећи, ужи концентрични круг, је преференцијални третман за једнако квалификоване кандидате, затим флексибил-

²¹ N. Bowie, R. Simon, *The Individual and The Political Order*, 1986, p. 203.

²² З. Мршевић, *Контроверзе афирмативне акције*, Архив за правне и друштвене науке 1-3/1996. стр. 411.

не квоте, па преференцијални третман који даје предност мање квалификован кандидату, док је најужи круг нефлексибилни систем квота.

У праву ЕЗ/ЕУ²³ мере афирмативне акције најпре су биле предвиђене у области родне равноправности Директивом Савета европских заједница 76/207 од 9. II 1976. о имплементацији једнаког третмана за мушкарце и жене. Члан 2. ст. 1. те Директиве била је одредба по којој је принцип једнаког поступања значио да неће бити дискриминације на основу пола, ни директно ни индиректно, док је став 4. тог члана била одредба која је прописивала да Директива неће бити штетна по мере за унапређење једнаке могућности за мушкарце и жене, нарочито не за оне мере које унапређивање једнаких могућности чине уклањањем постојећих неједнакости које нарушавају шансе жена. Изложене одредбе различито су тумачене у државама чланицама и довеле су до разних поступака који су даље развили европско право у тој области.

У октобру 1995. г. Европски суд правде је одлучио у случају *ECKARD KALANKE v. FREIE HAMSESTADT BREMEN*. Поступак је вођен према одредби члана 177. Уговора о ЕЗ по којем суд било које државе чланице може, када је то потребно за доношење његове пресуде, затражити од Европског суда да, између осталог, протумачи акт(е) који су донели органи Заједнице. У назначеном случају предмет тумачења је био чл. 2. ст. 1. и 4. Директиве Савета европских заједница 76/207 од 9. II 1976. о имплементацији једнаког третмана за мушкарце и жене. Захтев за тумачењем Директиве је потекао од немачког Федералног суда за радне спорове. Пред тим судом се у последњем степену расправљао спор између Е. Каланкеа и града Бремена. Спор је настао јер је Комитет за особље у Департману паркова града Бремена одбио да да своју сагласност за унапређење инжењера Каланкеа. Уместо њега унапређење је добила Хајке Глисман, такође инжењер у споменутом Департману. Таква одлука је била заснована на члану 3. Закона града - државе Бремен

²³ У праву ЕЗ/ЕУ такве мере не означавају се појмом афирмативна акција, најчешће са образложењем да је афирмативна акција амерички појам који подразумева привремене мере за исправљање дискриминације из прошлости. Ипак, полазећи од изложеног одређења афирмативне акције, и европске „позитивне мере“ могу се сматрати афирмативном акцијом.

(Бремен је федерална јединица) о једнаком третману за мушкарце и жене у јавној служби од 1990.г. Закон је предвиђао да, у случају постављања у службу или унапређења, женама са истим квалификацијама треба дати предност у секторима у којима нису довољно представљене, а то се по изричитој одредби Закона сматра да постоји уколико жене не чине најмање пола особља у релевантним персоналним групама (нпр. руководећим или у платним групама). Каланке је тврдио не само да је боље квалификован у односу на Хајке Глисман, већ и да је Закон са изложеном одредбом супротан Уставу Бремена и Основном закону СР Немачке. У претходном судским инстанцама, задуженим за радне спорове, које нису покретале поступак оцене уставности,²⁴ Каланке је губио. Савезни суд за радне спорове је заузео становиште да случај не садржи квоте које дају предност на основу квалификација кандидата већ да пре садржи систем квота који зависи од способности кандидата (чини се да је ипак у питању био преференцијални третман – прим. В.Ђ.). Жене не уживају никакав приоритет, тумачио је Савезни суд за радне спорове Бременски закон, осим у случају да су кандидати оба пола једнако квалификовани. Национални суд је сматрао да је такав систем квота (односно преференцијалног третмана) у сагласности са немачким Уставом и није налазио за сходно да покрене поступак пред Савезним уставним судом.

Ипак, немачки Савезни суд за радне спорове затражио је тумачење Европског суда поводом два претходна питања која су била у вези са споменутом Директивом Савета. Немачки Савезни суд за радне спорове затражио је мишљење Европског суда о томе да ли је изложене одредбе Директиве ваљало тумачити тако да оне искључују, или тако да оне дозвољавају примену одредби Бременског закона. У 16.ставу своје пресуде, Европски суд је, у вези са чл. 2. ст. 1. изложене Директиве, стао на становиште да национално правило према коме се предност даје женама у секторима у којима нису довољно представљене, у случају када су мушкарци и жене једнако квалификовани кандидати за унапређење,

²⁴ У СР Немачкој судови поводом конкретног спора могу покренути питање оцене уставности неког општег акта пред Савезним уставним судом.

садржи дискриминацију на основу пола.²⁵ У вези са могућношћу коју је изложени ст. 4. чл. 2. Директиве допуштао, Европски суд је сматрао да је та одредба "специфично и ексклузивно дизајнирана да допусти мере које су, мада дискриминаторске у настанку, у суштини намењене да елиминишу или редукују актуелне случајеве неједнакости које могу постојати у реалности социјалног живота."²⁶ Та одредба према мишљењу Суда дозвољавала је националне мере које су у вези са приступом запослењу, укључујући напредовање, и које дају специфичну предност женама у циљу побољшања њихове способности да се такмиче на тржишту рада.²⁷ Ипак, Суд је резонувао да је у члану 2. ст.4. Директиве била постављена дерогација индивидуалног права и да се стога изложени став мора тумачити уско.²⁸ Закључак је био да, *stricto sensu* национална правила која гарантују женама апсолутну и безусловну предност за намештење, или унапређење иду изван унапређивања једнаких шанси и прекорачују границе изузетка у чл. 2. ст. 4. Директиве.²⁹ Одговор националном суду је стога био да изложени чланови Директиве искључују националне норме попут оних из Бременског закона.³⁰ Одлуку Суда пратила је снажна негативна реакција у СР Немачкој у којој је афирмативна акција постала прихваћени део политике једнаких шанси, али и у научним круговима.³¹

Веома брзо након случаја KALANKE, Суд се суочио са сличним програмом афирмативне акције у случају HELLMUT MARSHAL v. LAND NORDRHEIN WESTFALEN који је послужио за развој и усавршавање судске праксе у погледу афирмативне акције. Предмет случаја било је оцењивање да ли је у складу са изложеном Директивом Савета била одредба члана 25. став 5. Закона о службеницима који је донела Северна Рајна Вестфалија, федерална јединица у оквиру СР Немачке, а

²⁵ C-450/93 ст. 16.

²⁶ C-450/93 ст. 18.

²⁷ C-450/93 ст. 19.

²⁸ C-450/93 ст. 21.

²⁹ C-450/93 ст. 22.

³⁰ C-450/93 ст. 24.

³¹ S. Moore, Nothing positive from the Court of Justice, *European Law Review*, 21/1996 p.156.

који предвиђа да ће се унапређивању женских кандидата који су једнако квалификовани на основу своје подобности, компетентности и професионалних резултата дати приоритет у случају да на нивоу релевантних места у сектору јавних служби има мање жена од мушкараца, осим ако разлози специфични за појединог мушког кандидата не превагну у његову корист. Суд је најпре стао на становиште да „изгледа да се у случајевима када су мушки и женски кандидати једнако квалификовани предност у напредовању даје кандидатима мушког пола нарочито због стереотипа у вези са улогом и капацитетом жена у радном животу и страха да ће жене чешће прекидати своје каријере“ и из изложених разлога закључио да *„чињеница да су мушки и женски кандидати једнако квалификовани не значи и да имају једнаке шансе.“*³² За Суд је из тога следило да „национално правно правило које даје преференцијални третман једнако квалификованим кандидатима женског пола у секторима у којима нису довољно заступљени улази у оквире члана 2. став 4. Директиве „уколико такво правило може да се супротстави штетним ефектима по кандидате женског пола описаних ставова и понашања и тако смањи актуелене примере неједнакости који могу да постоје у реалном свету“.³³ Ипак, позвавши се на своју одлуку у случају KALANKE, Суд је истакао да будући да је члан 2. став 4. Директиве конституисао дерогацију индивидуалног права, националне мере у корист кандидата женског пола *„не могу да гарантују апсолутни и безусловни приоритет женама“*.³⁴ Суд је закључио да за разлику од националног правног правила које је испитивао у случају KALANKE, одредба закона која је била предмет тог спора не прелази те границе јер садржи „клаузулу обезбеђења“ које постоји ако правило *„у сваком појединачном случају предвиђа за кандидате мушког пола који су једнако квалификовани као и кандидати женског пола гаранцију да ће кандидатуре бити подрвгнуте објективној процени која узима у обзир ове критеријуме специфичне за поједине кандидате и која ће имати већу тежину од приоритета додељеног женским кандидатима када један или више од тих критерију-*

³² C – 409/95 ст. 29-30.

³³ C - 409/95 ст. 31.

³⁴ C-409/95 ст. 32.

ма превагну у корист мушког кандидата“.³⁵ Суд је наставио да у том смислу „ипак треба запамтити да ти критеријуми не смеју да буду такви да дискриминишу женске кандидате.“³⁶

Упоредјујући случајеве KALANKE и MARSHAL, поједини аутори су истакли да је промена у приступу Суда позитивној акцији у сфери полне једнакости између та два случаја пример касније врсте узвраћања на спољне критике на основу чега се закључује да је Суд сигурно свестан политичког окружења у којем дела и да су његове одлуке понекад под утицајем аргумената који нису правни или под утицајем критика од стране јавног мњења или комунитарних или националних извора.³⁷ Поједини коментари случаја MARSHAL истичу да је налаз Суда да чињеница да су мушки и женски кандидати једнако квалификовани не значи и да имају једнаке шансе, пример изјаве начела садржаног у одлуци које не мора да подржи логику резоновања, али које је јасно уврштено као политички сигнал.³⁸ Случај MARSHAL, будући да омогућава немачким женама, да уживају у програмима афирмативне акције, не предвиђа, по појединим ауторима, ништа позитивно у смислу одржавања обећања једнакости кроз европско грађанство за оне који се залажу за афирмативну акцију у другим државама чланицама ЕУ, иако, заједно са случајем KALANKE, сага о позитивној акцији у Суду мора да буде виђена као индиректни допринос ширењу капацитета суштинске једнакости, нарочито кроз решења која су у оснивачки уговор уврштена у Амстердаму.³⁹ Наиме, након случаја KALANKE, негативне реакције нису имали само немачко јавно мњење, заговорници мера афирмативне акције, и део научних кругова, већ и сама Комисија. Комисија је стала на становиште да нису све квоте у супротности са европским правом и да постоје мере афирмативне акције које је навела које би у њеном виђењу биле прихватљиве и поред Директиве и схватања Суда. Ко-

³⁵ C-409/95 ст. 33.

³⁶ исто

³⁷ P. Craig, G. de Burca, EU Law, Texts, cases and Materials, 2003. p. 89.

³⁸ J. Shaw, Gender and the Court of Justice, in *Europa Court of Justice*, ed. by G. de Burca, J. H. H. Weiler, p. 129.

³⁹ исто, н.м.

мисија је такође предложила да се услови из члана 2. став 4. Директиве протумаче на начин који би дозволио квоте, ако оне не дају аутоматско првенство полу који није довољно заступљен, већ дозвољавају процену специфичних индивидуалних услова у сваком конкретном случају.⁴⁰

На Амстердамској међувладиној конференцији усвојен је нови став 4. додат члану 141. Уговора који предвиђа да „у циљу осигурања пуне једнакости у пракси између мушкараца и жена у области рада, принцип једнаког третмана неће ометати било коју државу чланицу од одржавања и усвајања мера предвиђених за специфичне предности да би се олакшало мање заступљеном полу да постигне стручну предузимљивост или да спрече или надокнаде за штете у професионалним каријерама.“ Оригиналну Директиву о једнаком третману за мушкарце и жене, у погледу схватања афирмативне акције, допуниле су нове. Реч је о Директиви 2000/43/ЕС из 2000 којом се спроводи принцип једнаког поступања са лицима без обзира на расно или етничко порекло и Директиви 2000/78/ЕС којом се успоставља општи оквир за једнако поступање у запошљавању и професијама. Обе директиве установљавају правни основ за позитивну акцију прописујући да у циљу обезбеђивања пуне једнакости у пракси, принцип једнаког поступања неће спречити ниједну државу чланицу да одржи, или усвоји конкретне мере за спречавање или надокнађивање неповољности повезаних са, у директивама забрањеним, основама дискриминације. Директива о једнаком третману за мушкарце и жене измењена је Директивом 2002/73 која је у члану 2. ст. 8 (сада члан 3. Пречишћене Директиве) предвидео да државе чланице могу да примењују и уводе мере да би осигурале пуну једнакост у пракси између жена и мушкараца у оквиру значења члана 141. став 4. Уговора (мисли се на Амстердамски уговор – прим.В.Ђ.)

Измена става Суда од чисто индивидуалног приступа ка балансираном групном приступу који дозвољава да индивидуалне одлуке давања првенства буду оправдане на основу групне једнакости јасно је изречена у случају BADECK. У том случају Европски суд је стао на становиште да „мера која има за циљ приоритет у унапређењу жена у сек-

⁴⁰ (1996) OJ C 179/8.

торима јавних служби у којима нису довољно заступљене, мора бити сматрана сагласном комунитарном праву, ако не даје аутоматски и безусловно предност женама када су жене и мушкарци једнако квалификовани и када су кандидатуре подвргнуте објективној процени која узима у обзир специфичну личну ситуацију свих кандидата.⁴¹

Захтев за објективном проценом која пореди намеравану индивидуалну бенефицију и жртву мере колективне позитивне акције даље је развијена од стране Европског суда правде у случају ABRAHAMSSON. У том случају Суд је разматрао решење из шведског правног система према којем је на универзитетима било дозвољено давање првенства кандидату слабије заступљеног пола који, иако довољно квалификован, не поседује квалификације једнаке кандидатима супротног пола. Суд није могао да прихвати изостанак једнаке квалификације, сматрајући то великим одступањем од начела једнакости, што је такву меру, нарочито имајући у виду изостанак разматрања специфичне личне ситуације свих кандидата, *a priori* чинило неприхватљивом.⁴²

Европски суд је након случаја ABRAHAMSSON у случају LOMMERS јасно поставио начело пропорционалности у оквиру кога афирмативна акција треба да се креће. Према ставу Суда у том случају: «у одређивању обима сваког одступања од индивидуалног права као што је једнак третман мушкараца и жена који је постављен у Директиви, одговарајућу пажњу мора да има принцип пропорционалности који захтева да дерогације (од једнакости – прим.В.Ђ.) мора да остану у оквиру граница онога што је примерено и нужно да би се постигао циљ у виду и да начело једнаког третмана, докле год је могуће, буде помирено са захтевима циља...».⁴³ У научним коментарима праксе суда истиче се да, иако још има доста простора за развој теста пропорционалности, знамо да пропорционалност у селекцији кандидата није остварена ако је преференцијални третман аутоматски и безуслован и ако не укључује објективну процену личних карактеристика свих кандидата.⁴⁴

⁴¹ C – 158/97 ст. 23.

⁴² C-407/98.

⁴³ C-476/99 ст. 39.

⁴⁴ M. DeVos, Beyond Formal Equality, 2007. p. 25.

Афирмативна акција у Републици Србији

Без изричитог уставноправног основа, извесне мере у корист припадника појединих друштвених група у Републици Србији биле су познате и за време социјализма и садржане су у одредбама појединих закона којима се регулисао начин остваривања појединих права и слобода. Пример таквих одредби и таквих мера садрже Закон о основној школи и Закон о средњој школи који су и даље на снази у Републици Србији, а који у корист припадника националних мањина предвиђају да школа остварује наставни план и програм на мањинском језику, ако се за то изјасни најмање 15 ученика у одељењу првог разреда, иако се за извођење наставе тим законима предвиђа већи број ученика у одељењу.

Мере за унапређење пуне и ефективне равноправности, под тим именом и циљем, први пут су уведене у домаћи правни систем одредбама Закона о заштити права и слобода националних мањина који је донесен 2002. за време важења Устава СР Југославије. Закон је у члану 4. предвидео да органи власти у СР Југославији могу у складу са Уставом и законом да доносе прописе, појединачне правне акте и да предузимају мере у циљу обезбеђења пуне и ефективне равноправности између припадника националних мањана и припадника већинске нације. Доношење таквих аката и предузимање таквих мера према ставу 2. истог члана било је обавеза за органе власти у циљу поправљања положаја лица која припадају ромској националној мањини, док је став 3. истог члана прописивао да се прописи, појединачни правни акти и мере у циљу обезбеђења пуне и ефективне равноправности неће сматрати актом дискриминације. У члану 21. Закон о заштити права и слобода националних мањина је предвидео да се приликом запошљавања у јавним службама, укључујући и полицију води рачуна о националном саставу становништва, одговарајућој заступљености и о познавању језика који се говори на подручју органа или службе. Изложене одредбе Закона о заштити права и слобода националних мањина још увек важе у правном поретку и намећу низ питања. Осим Законом о заштити права и слобода националних мањина, поједине мере предвиђене су и другим прописима. Тако, Закон о избору народних посланика предвиђа још

једну меру афирмативне акције – члан 81. став 2. тог Закона предвиђа да у расподели посланичких мандата законски цензус од 5% не важи за странке и коалиције политичких странака националних мањина, односно да мањинске политичке странке и коалиције политичких странака националних мањина учествују у расподели мандата и кад су добиле мање од 5% гласова од укупног броја бирача који су гласали.

Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености (члан 31.) предвиђено је да Влада, односно надлежни орган територијалне аутономије и локалне самоуправе може да донесе програм активне политике запошљавања којим се уређују приоритети, мере, средства и надлежност за њихово остваривање, а нарочитио запошљавање одређених категорија незапослених, запошљавање избеглица и расељених лица, запошљавање припадника националних мањина код којих је израженија стопа незапослености, итд. Чланом 34 истог закона предвиђено је да послодавац који заснује радни однос са лицима која траже прво запослење, са лицима која дуже чекају на запослење, са лицима која су старија од 50 година, са избеглим и расељеним лицима, са припадницима националних мањина код којих је израженија стопа незапослености, са инвалидима и лицима са смањеном радном способношћу, итд може да оствари субвенцију доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености која се остварује преко Националне службе за запошљавање.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом из априла 2006. предвиђа у члану 8. став 1. да се не сматрају повредом начела једнаких права и обавеза, нити дискриминацијом одредбе закона, прописа, као ни одлуке или посебне мере донесене у циљу побољшања положаја особа са инвалидитетом, чланова њихових породица и удружења особа са инвалидитетом, којима се пружа посебна подршка, неопходна за уживање и остваривање њихових права под истим условима под којима их уживају и остварују други. У ставу 2. истог члана, превиђено је да се такође не сматрају повредом начела једнаких права и обавеза, нити дискриминацијом доношење, односно задржавање постојећих аката и мера чији је циљ отклањање или поправљање неповољног положаја особа са инвалидитетом којима се пружа посебна

подршка. У члану 23. став 2. Закон је предвидео да се дискриминациом у запошљавању не сматра предузимање подстицајних мера за брже запошљавање особа са инвалидитетом у складу са законом којим се уређује запошљавање особа са инвалидитетом.

Нови Устав Републике Србије усвојен на референдуму у јесен 2006. у члану 21. предвиђа једнакост пред Уставом и законом и забрану дискриминације. У ставу 4. тог члана, Устав предвиђа да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима. Осим изложене, опште одредбе, Устав садржи и неколико одредби које су посвећене мерама афирмативне акције у корист појединих група, или које се могу сматрати посебним уставноправним основом за предузимање појединих мера афирмативне акције. Тако Устав у члану 76. став 3. изричито предвиђа да се не сматрају дискриминацијом посебни прописи и привремене мере које Република Србија може увести у економском, социјалном, културном и политичком животу, ради постизања пуне равноправности између припадника националне мањине и грађана који припадају већини, ако су усмерене на уклањање изразито неповољних услова живота који их посебно погађају. У члану 77. Устав прописује да припадници националних мањина имају, под истим условима као остали грађани, право да учествују у управљању јавним пословима и да ступају на јавне функције, али у ставу 2. истог члана предвиђа да се при запошљавању у државним органима, јавним службама, органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе води рачуна о националном саставу становништва и одговарајућој заступљености припадника националних мањина. Штавише, у члану 180. став 4. Устав предвиђа да се у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе у којима живи становништво мешовитог националног састава, омогућује сразмерна заступљеност националних мањина у скупштинама, у складу са законом. Заступљеност представника националних мањина у представничким телима није обезбеђена само на локалном и покрајинском нивоу. Према члану 100. став 2. Устава, у Народној скупштини Републике Србије обезбеђује се равноправност и заступљеност полова и

представника националних мањина, у складу са законом. Поједине мере афирмативне акције предвиђене су и подзаконским актима (нпр. статутима јединица локалне самоуправе). Закон о забрани дискриминације у члану 14. предвидео је да се не сматрају дискриминацијом посебне мере уведене ради постизања пуне равноправности, заштите и напретка лица, односно групе лица која се налазе у неједнаком положају.

Изложене одредбе Устава и појединих закона намећу низ значајних питања у вези са суштином и садржином појединих мера афирмативне акције и изискују продубљеније сагледавање и тумачење, нарочито у контексту европских искустава, *a fortiori* јер су биле предмет појединих уставносудских поступака.

У једном случају пред Уставним судом Републике Србије из 2003. иницијативом је оспоравана уставност члана 13. Статута општине Стара Пазова која прописује да су општинска управа, јавне установе и јавна предузећа чији је оснивач општина Стара Пазова приликом запошљавања дужне да воде рачуна о националном саставу и одговарајућој заступљености из реда националних мањина и о познавању језика који се говори на подручју општине, као и да су те установе обавезне да у својим актима о систематизацији одреде минималан број радника из реда националних мањина који не може да буде мањи од утврђеног процента припадника одређене националне мањине у односу на укупан број становника и истог тог процента у односу на укупан број запослених, *уз обавезу приоритетног запошљавања припадника националне мањине док се не постигне наведени проценат*, под условом да кандидат испуњава прописане услове приликом запошљавања. Иницијатор оцене уставности је сматрао да изложене мере афирмативне акције које се заправо своде на преференцијални третман у запошљавању док се не постигне квота учешћа кандидата припадника националних мањина која одговара процентуалном учешћу мањине у укупном броју становника, нису сагласне са чланом 35. тада важећег Устава Републике Србије који је, између осталог у ставу 2. предвиђао да је свакоме, под једнаким условима доступно радно место и функција. Истоветну одредбу садржи и нови Устав Републике Србије из 2006. који у члану 60. став 3. предвиђа да су свима, под једнаким условима, доступна сва рад-

на места. Иницијатор је стајао на становишту и да мере афирмативне акције садржане у Статуту општине Стара Пазова не одражавају заштиту националних мањина која је прописана чланом 21. Закона о заштити права и слобода националних мањина који предвиђа да се приликом запошљавања у јавним службама, укључујући и полицију води рачуна о националном саставу становништва, одговарајућој заступљености и о познавању језика који се говори на подручју органа или службе. Уставни суд је у својој Одлуци поводом наведене иницијативе стао на становиште да је изложена одредба члана 13. Статута у складу са одредбом члана 21. Закона о заштити права и слобода националних мањина. По мишљењу Суда, «не стоји навод иницијатора да је уређивање питања запошљавања припадника националних мањина чланом 13. оспореног Статута извршена таква нормативна прецизност која не одражава заштиту националних мањина предвиђеном чланом 21. Закона о заштити права и слобода националних мањина, јер је утврђивање минималног броја радника из реда националних мањина у односу на укупан број становника општине и истог тог процента у односу на укупан број запослених, *питање одговарајуће политике коју води општина и процене целисходности и опредељења доносиоца оспореног Статута, односно Скупштине општине.*». Суд је штавише стао на становиште да «нису основани ни наводи иницијатора да је оспорена одредба Статута несагласна са одредбом члана 35. став 2. Устава, *из разлога што се оспореном одредбом Статута само разрађује одредба члана 21. Закона о заштити права и слобода националних мањина и она се односи на грађане који испуњавају законом прописане услове за одређено радно место.*»⁴⁵ Изложеним резонавањем Уставни суд Републике Србије је заправо допустио безусловни преференцијални третман у запошљавању као разраду непрецизне законске одредбе према којој се приликом запошљавања у јавним службама, укључујући и полицију води рачуна о националном саставу становништва, одговарајућој заступљености и о познавању језика који се говори на подручју органа или службе. Образложење Суда према коме се разрада једне непрецизне законске одред-

⁴⁵ IY бр.171/2002 – «Службени гласник РС»бр. 66/2003.

бе може унапред сматрати уставним не може да буде подржано. Суд је пропустио да образложи због чега је првенство у запошљавању уставно, уколико Устав прописује да је свакоме, под једнаким условима доступно радно место, односно у свом Образложењу Одлуке је изоставио објашњење уставног стандарда једнаких услова доступности радних места. Додуше, Суд је изложио оgradu према којој се мера афирмативне акције садржана у Статуту општине односи на грађане који испуњавају законом прописане услове за одређено радно место, из чега следи да је Суд стајао на становишту да се једнакост услова доступности радних места заправо своди на поступање према сваком кандидату једнако као и према осталима, до тренутка селекције. Чини се ипак да безусловност преференцијалног третмана у селекцији кандидата није спојива са уставним гарантовањем једнаких услова под којима су доступна сва радна места и да једнакост услова намеће да, осим критеријума припадништва групи која је бенефицијар мера афирмативне акције, нормативна разрада, или уставносудско тумачење тог уставног стандарда мора да уважи могућност постојања и поштовања објективне процене засноване и на критеријумима специфичним за поједине кандидате који су другачије природе од критеријума припадништва групи која је бенефицијар мера афирмативне акције и који их, под одређеним условима, могу превазићи. Европска искуства која оспоравају аутоматски и безусловни преференцијални третман потврђују изложени став.

Vladimir Đurić, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Legal Science,

University "Apeiron", Banja Luka,

NON-DISCRIMINATION, MINORITY PROTECTION AND AFFIRMATIVE ACTION IN THE EUROPEAN UNION AND IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This article is comparative analysis of antidiscrimination, minority protection and affirmative action in the EU and Serbian law and practice.

The legal framework of antidiscrimination in the EU law and the laws of its member states has been laid down in two directives: the Racial Equality Directive (2000/43/EC) on implementing the principle of equal treatment irrespective of racial or ethnic origin, and the Employment Equality Directive (2000/78/EC) on establishing the general framework for equal treatment in employment and occupation. The main issues regulated in both Directives are the grounds of discrimination, the reasonable accommodation for people with disabilities, the personal and material scope of applicability, exceptions from the equal treatment principle and positive action, remedies and enforcement, as well as competent bodies for promoting equal treatment. The comparative analysis shows that the general antidiscrimination legislation in Serbia exceeds the EU law requirements, particularly regarding the grounds of discrimination, personal and material scope, and exceptions.

In this article, the author has given special attention to the national minority protection, especially regarding the meaning of the definition of a national minority and the minority membership. This is particularly important in terms of racial and ethnic origin which is, under these Directives, one of the prohibited discrimination grounds. One of the ambiguities underlying these two Directives is the extent to which certain characteristics such as color, national origin and language fall within the concept of national minority and minority membership, and within the scope of racial and ethnic origin. The Serbian law exceeds the European standards in this field again. In the Serbian Act on the Protection of Rights and Freedoms of National Mi-

norities, a national minority is defined in very broad terms and regarded as a matter of personal choice of each member of the community.

*Under the EC/EU law, the positive action (herein referred to as affirmative action) is an exception to the principle of equal treatment. The delineation of this exception has been increasingly carried out through the common prism of proportionality. Under the proportionality principle in the EU law, positive discrimination (or affirmative action) can be acceptable if it serves a legitimate aim and remains within the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve the aim. The proportionality test is part of the Community's *acquis* in gender issues and has been maintained by both Directives. According to the European Court of Justice, the proportionality in the selection of candidates has not been satisfied if the preferential treatment is automatic and unconditional. In the Serbian law, there are no precise boundaries on the preferential treatment as a kind of affirmative action.*

Key words: *anti-discrimination, minority protection, affirmative action, the European Union, the Republic of Serbia*

ЛИСАБОНСКИ УГОВОР НАСПРАМ ПРЕДЛОГА УСТАВА ЗА ЕВРОПСКУ УНИЈУ

Апстракт:

Након неуспеха предлога Устава за Европску унију, државе чланице су наставиле рад на даљој институционализацији Европске уније, али не доношењем устава који би заменио постојеће оснивачке уговоре, већ акта којим би се они само изменили и допунили. Устав, као највиши правни акт, асоцирао је на конституисање једне сложене државе и на претварање Европске уније у јединствену државну структуру. То је очигледно био и један од разлога његовог неуспеха, па је његов наследник, Лисабонски уговор, по својој природи недвосмислено морао бити документ међународног јавног права којим се ближе уређује заједница више држава чија је сувереност посебно наглашена. Међутим, анализа Лисабонским уговором предложеног институционалног оквира намеће закључак да нема суштинских разлика у односу на решења која су предвиђена предлогом Устава за Европску унију. Готово истоветна решења су замаскирана у нечитком документу, у форми међународног уговора, кога закључују самосталне државе. Но, иако је избегнуто коришћење речи устав, Лисабонским уговором се конституише нови уставноправни поредак. Остаје дилема да ли ће због те претеране сличности по садржини, а различитости само по форми, Лисабонски уговор доживети неславну судбину предлога европског Устава.

Кључне речи:

Европска унија, Уставни уговор, Лисабонски уговор, конституционализација, устав, међународни уговор

Увод

У свом знаменитом и толико често навођеном говору на Универзитету у Хумболту 12. маја 2000, тадашњи министар спољних послова Немачке, Јошка Фишер (Joschka Fischer), је изразио потребу за успостављање европске федерације.¹ Како је, због њеног проширивања, рад на даљој институционализацији Европске уније био неопходан већ тада се могло наслутити да је идеја о доношењу европског устава све реалнија. Наиме, институционални оквир заснован на Уговору из Нице је установљен када је Европска унија имала 15 држава чланица. Пријем десет нових чланица учинио је постојећи институционални оквир Европске уније унеколико неделотворним јер је њено функционисање било отежано и успорено. Истовремено, устав је требало да обезбеди легитимитет надлежностима Европске уније које су у међувремену проширене без одговарајућег самосталног извора демократског легитимитета. Такође, како се у теорији истиче, сакупљање уставног права у једном писаном документу не само да јача његову нормативност и стабилност, већ допушта уставном поретку да буде доживљаван јединственим.²

Међутим, са великим ентузијазмом најављиван и на ратификацију државама чланицама послат у октобру 2004, Уговор о успостављању Устава Европе (*Treaty establishing a Constitution for Europe* – будуће Уставни уговор) је доживео неуспех на референдумима у Француској 29. маја 2005. и Холандији 1. јуна 2005. Одустало се од расписивања нових референдума³ у овим државама будући да би се на тај начин могле угрозити и саме институционалне реформе које је предвиђао Уставни уговор. Наиме, како су истраживања јавног мњења указивала грађани

¹ Поменути говор Јошке Фишера је доступан на интернет адреси: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/joschka_fischer_en.rtf

² Jürgen Bast, *The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution*, German Law Journal, Vol. 6, No. 11, 2005, p. 1436.

³ У случају ранијих уговора из Мастрихта и Нице првобитно неуспели референдуми су били поновљени у Данској и Ирској. О томе више: Александра Чавошки, *Будућност Европе у светлости Уговора из Лисабона*, Анали Правног факултета у Београду, 2/2008, стр. 230-232.

ове две европске државе се нису руководили садржином институционалних решења када су се изјашњавали на референдуму већ су свој глас опредељивали првенствено према унутрашњој политичкој ситуацији. Одбијањем Уставног уговора грађани су пре свега изразили незадовољство у односу на економску ситуацију у својим земљама, будући да је истовремено постојала бојазан да би се усвајањем акта заснованог на принципима англосаксонског економског либерализма, изазвало додатно повећање незапослености.⁴ Била је то прилика да гласањем против пројекта европског устава грађани дају свој негативан глас политици својих националних влада.

Ипак, када би се у потпуности прихватио претходно изнет став да је незадовољство грађана Француске и Холандије политичким околностима на националном нивоу био искључив разлог неуспеха Уставног уговора истрајало би се на идеји да Европска унија треба да добије свој устав. Но, очигледно је да су постојали и неки други, озбиљнији разлози да се даља институционализација Европске уније не спроводи путем устава, већ као и до тада закључивањем међународног уговора.

Уговор о успостављању Устава Европе – међународни уговор или устав?

Несумњиво је да је покушај доношења европског устава био превише исхитрен па тако и не много мудар потез. Наиме, у уставноправној књижевности се истиче да је временска димензија у поступку доношења устава од суштинског значаја. Како је о томе писао Едвард Меквини (Edward McWhinney), успешни акти правне кодификације се појављују непосредно након периода великог јавног одушевљавања када постоји погодна клима за широки политички консензус.⁵ Такви тренуци по правилу следе након великих политичких криза као што су по-

⁴ Видети: Robert Podolnjak, *Explaining the Failure of the European Constitution: A Constitution-Making Perspective*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 57(1), Zagreb, 2006, pp. 122-124.

⁵ Видети: Edward McWhinney, *Constitution-making: Principles, process, practice*, University of Toronto Press, Toronto, 1981, pp. 14-19.

слератна реконструкција, политичка или социјална револуција или успешно окончани ратови за остваривање националне независности. Након ових речи долазимо до недоумице да ли су околности које су пратиле покушај доношења европског устава биле оваквог ранга, односно да ли је постојао прави уставни тренутак. Извесно је да не постоји ниједан од тих крупних историјских догађаја о којима је говорио Меквини. Проширивање Европске уније, уместо да подстакне један нови занос у грађанима будући да учествују у стварању уније држава готово континенталних размера, изазвао је бојазан у појединим „старијим“ државама чланицама да ће изгубити дотадашњи утицај. Истовремено, како нису били добро упознати са поступком припреме и доношења Уставног уговора, а још мање са његовом садржином, у грађанима Европске уније није могао бити створен одговарајући ентузијазам који би био у стању да устав од идилично замишљене идеје претвори у стварност.

Но, поред изостанка правог уставног тренутка, постоје и други уверљиви разлози због којих је овај амбициозни пројекат, назван европски устав, доживео крах. Чини се да је нејасна правна природа овог акта такође допринела да он остане само једна лепо осмишљена и заводљива, али истовремено, због своје преурањености, и неостварива идеја. Наиме, веома живахна расправа је вођена о томе да ли је предложени акт, без обзира на његов званичан назив, по својој природи устав или међународни уговор. Са једне стране, постојало је мишљење да је уставна реторика само увертира за трансформисање Европске уније у јединствену супра-државу, док су са друге стране стајали заговорници става да предложени документ не доноси ништа револуционарно ново и да је на трагу већ постојећих конститутивних аката Европске уније који не садрже елементе државности. Ко је од припадника ових двају дијаметрално супротних ставова у праву може се рећи тек након сучељавања њихових аргумената.

Јошка Фишер је и пре окончања рада на овом документу изјавио „без обзира како га назвали – устав, уговор или како год другачије – то ће у суштини бити устав“⁶. Доиста, Уставни уговор је садржао све еле-

⁶ Наведено према: Robert Podolnjak, *op.cit.*, p. 133.

менте класичних устава: преамбулу, основне вредности и циљеве Европске уније, каталог људских права, организацију власти на европском нивоу, а такође и свој ревизиони поступак. Поред уставне реторике и нека друга обележја Уставног уговора наводе на закључак да је овај акт по својој природи устав. Пре свега, Уставни уговор је, формално укидајући их, требало да замени све дотадашње уговоре на којима је заснован институционални оквир Европске уније. Прокламовано је начело примата права Европске уније у односу на национално право држава чланица. Имајући у виду називе органа Европске уније, поменимо само председника Европског савета и министра спољних послова, уз изричито предвиђање и њених симбола као што су застава и химна, могло се наслутити да формалним конституционализовањем Европска унија добија обриси државности. Уосталом, општа правна и политичка култура устав сматра нераскидиво повезаним са националном државом. Тако је и холандски министар за европске послове Франс Тимерманс (Frans Timmermans) потврдио да за Холанђане сама реч устав подразумева постојање „европске супер-државе“.⁷

Да све није кренуло оним путем који су желели креатори Уставног уговора посведочио је на духовит начин Ђулијано Амато (Giuliano Amato), иначе потпредседник Конвенције о будућности Европе која је припремила првобитни нацрт овог документа. Наиме, говорећи о роду овог документа, Амато је изјавио да је новорођени текст требало да буде „девојчица“ (una femmina), а не „дечак“ (un maschio), будући да је конвенција која је била задужена за његову израду прижељкивала устав (costituzione – именица женског рода), а не уговор (trattato – именица мушког рода).⁸ Дакле, било је јасно да предложени документ, имајући у виду његову правну природу, није испунио жеље својих твораца, о чему је уосталом посведочио и сам његов назив - Уговор о успостављању Устава Европе. У том смислу, постоје веома уверљиви аргументи који

⁷ Ingolf Pernice, *Salvaging the Constitution for Europe – A Reform Treaty for the EU*, Walter Hallstein – Institut, Humboldt – Universität zu Berlin, Paper 4/07, September 2007, p. 2.

⁸ Наведено према: Dario Castiglione, *Constitutional Moment or Constitutional Process?*, in Dario Castiglione, Justus Schönlaue, Chris Longman, Emanuela Lombardo, Nieves Perez-Solorzano Borragan and Miriam Aziz, *Constitutional Politics in the European Union*, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2007, pp.42-43.

Уставни уговор, као и све претходне акте на којима је заснована Европска унија, сврставају у документе међународног јавног права. Чињеница да је Уставни уговор закључен као споразум између држава које задржавају своју сувереност је најверљивији аргумент за претходно изнету тезу. Такође, предвиђени поступак ратификовања Уставног уговора у коме се тражи сагласност свих држава чланица, као и могућност његовог накнадног мењања путем уговора, иду у прилог ставу да је овај документ по својој природи међународни уговор. Ове речи су у потпуности у складу са мишљењем које је изнела и Жисела Стјуарт (Gisela Stuart), британска чланица председништва Конвенције: „За мене је ово уговор који ће ступити на снагу када га ратификују све државе чланице. Без обзира да ли он себе назива уставом, механизми његове ратификације су механизми ратификације једног уговора – и крај приче“⁹. Уосталом, имајући у виду садржину Уставног уговора више је него очигледно да он није акт дисконтинуитета већ континуитета са претходним уговорима. Коришћење декларација од стране држава чланица у циљу тумачења Уставног уговора је још један од уверљивих аргумената за заступање оваквог става. Право на иступање држава чланица не може бити довољно убедљив разлог да се Уставни уговор оквалификује актом међународног јавног права, будући да постоје федерације у којима је конституционализовано право на сецесију.¹⁰ Напослетку, без обзира што садржи све елементе класичних устава, постоји мишљење да због своје структуре он не може бити поистовећен са основним законом једне државе. Наиме, са својим прегломазним трећим делом посвећеним политикама и начину функционисања Уније и четвртим делом који се односи на његову примену, Уставни уговор се знатно разликује од многих, ако не свих, устава.¹¹ Уосталом, број његових чланова (448) уз велики број пропратних протокола и декларација унеколико потврђује

⁹ Robert Podolnjak, *op.cit.*, p. 134.

¹⁰ Примери таквих федерација су: Острва Светог Китса и Невиса по Уставу од 1983. и Етиопија по Уставу од 1994. Насупрот ове две федерације стоји Канада у којој право на сецесију није конституционализовано, али је потврђено одлуком Врховног суда Канаде (*Reference re Secession of Quebec (1998) 2 S.C.R.217*).

¹¹ Clive Church and David Phinnemore, *Understanding the European Constitution*, Routledge, New York, 2006, p. 35.

претходну констатацију. Због тога, овом документу се сасвим оправдано може оспорити уставни статус јер се он није задржао само на јасном и сажетом прокламовању основних принципа поретка који се установљава, већ изражено на духовит начин речима једног француског социјалисте, више наликује трговинском уговору или правилнику кућног савета.¹²

Поједини теоретичари су били веома искључиви у својим ставовима сматрајући да Уставни уговор не изгледа као устав, да се не чита као устав, а такође и да се не примењује као устав, па стога он и није устав.¹³ Наиме, Уставни уговор је, у највећој мери, само кодификовао постојеће правне норме и праксе које су представљале саму срж европског правног поретка. Државе чланице и даље остају неприкосновени господари овог документа будући да би свака његова ревизија захтевала сагласност свих чланица уније. Такође, начело примата права Европске уније над националним правом није општег карактера, већ је прокламовано искључиво у односу на тачно одређене надлежности Уније. Дакле, Уставни уговор се не може сматрати уставом у правом значењу те речи, већ је то конститутивни правни документ међународне организације, заправо међународни уговор по својој правној природи.

Није занемарљиво да се у теорији све чешће могло чути како је Европска унија у убрзаном процесу федерализације и како би усвајањем Уставног уговора она добила карактеристике у којима се могу сустрести готово све одлике федералне државе.¹⁴ Међутим, за разлику од аутентичних федералних система изостале би две кључне одлике. Прво, државе чланице остају истински господари Уставног уговора, а једна од основних премиса федералне државе је да ниједан од два нивоа власти не може самостално да мења уставну структуру државе. Друго,

¹² Ibidem.

¹³ Elena Simina Tanasescu, *Between a Treaty with Constitutional Authority and the Authority of a Constitution*, VII Congress of the IACL – Athens – 11-15 June 2007, p. 2. Доступно на интернет адреси: <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Prof%20Elena%20Simina%20Tanasescu.pdf>

¹⁴ Tanja Börzel, *What Can Federalism Teach Us About the European Union? – The German Experience*, paper prepared for the Conference “Governing together in the New Europe”, Robinson College, Cambridge, 12-13 April 2003, p.3.

Европска унија не би располагала самосталним правом опорезивања, због чега је, услед недостатка финансијске аутономности, такође непосредно зависна од својих држава чланица. Тачно је да би Уставни уговор представљао значајан корак напред ка федерализовању Европске уније, али претерано би било рећи да би се њиме конституисала једна сложена држава. На том трагу је и Моравчик (Andrew Moravcsik), по чијем мишљењу Европској унији недостаје готово свака карактеристика која одликује савремене европске државе.¹⁵ Због тога, Европска унија није држава, већ је само ограничена уставна заједница коју одликују лимитирана финансијска овлашћења и скромна средства принуде будући да не поседује сопствене полицијске снаге, док је установљен само ембрион одбрамбених снага. Моравчик додаје како је постојећи правни оквир Европске уније тренутно ограничен на пројекат креирања јединственог тржишта роба, услуга и капитала у Европи.¹⁶

Након овог кратког, али обиму овог рада примереног, излагања о правној природи Уставног уговора, чини се да су уверљивији разлози у прилог става да је овај документ по својој природи ближи међународном уговору. Несумњиво је, истовремено, да овај документ има и одређене елементе карактеристичне за класичне уставе националних држава, те је због његове хибридне природе непримерено бити искључив у теоријским расправама о овом питању. Често се занемарује да су, историјски посматрано, поједини акти уговорног карактера били механизми за успостављање уставних структура. То је био случај у 19. веку у Немачкој¹⁷, а нама далеко ближи и познатији је пример Дејтонског споразума који је 1995. поставио уставне темеље Босне и Херцеговине након грађанског рата. Дакле, ови примери само додатно потврђују да се треба клонити аподиктичних судова будући да поједине историјске околности могу да допринесу да се елементи међународног уговора и устава подударе у једном правном акту. Зато је и основно опредељење

¹⁵ Наведено према: Olivier Ruchet, *Debating the Democratic Deficit: The Question of Legitimacy in the European Union*, in Julia White, *Redefining Europe: Federalism & the Union of European Democracies*, Inter-Disciplinary Press, Oxford, 2004, p. 84.

¹⁶ Наведено према: Olivier Ruchet, *op.cit.*, p. 85.

¹⁷ Clive Church and David Phinnemore, *op.cit.*, p. 38.

писца ових редова да овај правни акт, управо због његове хибридне природе, уместо пуног званичног имена назива Уставним уговором.

Но, још неки аргументи се могу изнети у прилог тезе да је Уставни уговор по својој природи хибридног карактера. Наиме, не може се оспорити да европски правни поредак већ садржи уставни оквир, у коме је Европски суд правде константно узурпирао традиционалну улогу уставног суда, и на основу кога се национална права и политике постепено субординирају структури федералног карактера која је заснована на начелу супрематије европског правног поретка.¹⁸ Дакле, несумњиво је да Европска унија већ има устав у материјалном смислу који установљава аутономан правни поредак. У том смислу, Уставни уговор би у највећој мери само кодификовао већ постојећа правна правила при чему не би дошло до промене правне природе Европске уније. Међутим, испоставило се да је уставна реторика била непремостива препрека за ступање на снагу овог документа иако он садржински радикално не одступа од претходних уговора. Покушај спуштања уставне терминологије са нивоа политичких елита на ниво грађана Европске уније у циљу прибављања демократског легитимитета даљем институционализовању ове трансдржавне организације се показао погрешним. Како је то Туори (Kaarlo Tuori) приметио, неуспех Уставног уговора је непосредна последица очигледног раскорака између правне и политичке културе европских елита и грађана.¹⁹ Сада, са ове временске дистанце, је јасно да међу европским политичарима није било довољно мудрих, далековидих и спретних лидера који би били пандан америчким „очевима оснивачима“ и који би на својој харизми могли да изнесу један тако амбициозан и претенциозан пројекат као што је европски устав. Дакле, било је јасно да формално конституционализовање Европске уније није пут којим се може одвијати њена све неопходнија институционална реформа.

¹⁸ Michelle Everson and Julia Eisner, *The Making of a European Constitution*, Routledge, New York, 2006, p. 3.

¹⁹ Kaarlo Tuori, *The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy*, in Joakim Nergelius (ed.), *Constitutionalism – New Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, p. 103.

Лисабонски уговор као (не)веродостојна замена европског устава

Поред прилагођавања унеколико неадекватног институционалног оквира значајно проширеној Европској унији, ову трансдржавну организацију је истовремено требало приближити грађанима, што је по речима Перницеа (Ingolf Pernice) значило створити једноставније и делотворније институционалне аранжмане, као и већи степен транспарентности, демократског легитимитета и одговорности.²⁰ Како је неуспели Уставни уговор требало да послужи остварењу свих тих циљева било је јасно да треба очувати срж институционалне реформе коју је он предвиђао, али истовремено и клонити се уставне реторике која је била главна препрека његовом отеловљењу у пракси. Требало је, дакле, брзо и без непотребне буке радити на формално деконституционализованом уговору који би обухватио све реформе које је предвиђао Уставни уговор будући да оне нису биле разлог његовог неуспеха. Тако је, јуна 2007, Европски савет затражио од међувладине конференције да састави реформски уговор „у циљу повећања делотворности и демократске легитимности проширене Уније, као и кохерентности њених спољних акција“. Истовремено, наглашено је да је „уставни концепт, који се састојао у укидању свих постојећих уговора и њиховом заменом јединственим документом под називом „устав“, напуштен“²¹. Несумњиво је да је такво опредељење било мотивисано настојањем да се избегне одржавање референдума у циљу ратификовања Реформског уговора, будући да је уставни концепт претходног документа тако нешто подразумевао у већем броју држава. Веома брзо након тога, већ средином октобра 2007, је постигнут договор о коначном тексту Реформског уговора који је свечано потписан 13. децембра 2007. у Лисабону.

Пре него што се упустимо у анализу институционалних решења, неопходно је напоменути да је састављање Лисабонског реформског

²⁰ Ingolf Pernice, *op.cit.*, p. 3.

²¹ Наведено према: Stefan Griller, *Is this a Constitution? Remarks on a Contested Concept*, in Stefan Griller, Jacques Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer – Verlag, Wien, 2008, p. 21.

уговора било „право ремек-дело дипломатије“²² јер је требало, међу државама чланицама, помирити веома удаљене и супротстављене ставове присталица и противника Уставног уговора, а да се при том остваре постављени циљеви институционалне реформе. Зато је, уместо устава, институционалну реформу требало спровести унеколико прагматичнијим приступом, допунама и изменама постојећих оснивачких уговора Европске уније. Уосталом, сам назив Лисабонског уговора, „Уговор за промену Уговора о Европској унији и Уговора о оснивању Европске заједнице“ (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*), је довољан да закључимо да он не укида већ само мења и допуњава постојеће уговоре. Треба напоменути да се мења и назив Уговора о оснивању Европске заједнице, који би након ратификовања Лисабонског уговора требало да буде преименован у Уговор о функционисању Европске уније (*Treaty on the Functioning of the European Union*). Није сувишно додати да би се преамбула измењеног Уговора о Европској унији завршавала констатацијом да су се учесници у изради тог акта споразумели о тексту, што је формулација која не асоцира на устав као акт државе, због чега би се могло закључити „да се не ради о конституисању једне, свеједно како, сложене државе, већ о акту којим се ближе уређује заједница више држава“²³.

Први је утисак да Лисабонски уговор задржава централне реформе предложене Уставним уговором. Европска унија ће и према Лисабонском уговору задржати правни субјективитет. Значајно је да, као и у Уставном уговору, Повеља о основним правима постаје правно обавезујућа за државе чланице. Лисабонски уговор задржава и одредбе које се односе на хијерархију правних аката Европске уније, а такође и одредбе које се односе на расподелу надлежности између Европске уније и држава чланица. Институционализован је Европски савет који је неформално, на иницијативу Жискара Д`Естена (*Valéry Giscard d'Estaing*), настао још 1974. Непосредна последица формалног институционализо-

²² Ingolf Pernice, *op.cit.*, p. 5.

²³ Дарко Симовић, Александар Фира, *Институционални оквир Европске уније након Лисабонског уговора*, Факултет за услужни бизнис, Сремска Каменица, 2008, стр. 6.

вања Европског савета је да његови акти подлежу контроли Суда правде Европске уније. Не мање значајно је и то што је Европски савет добио свог председника који се бира на две и по године и који ће у будуће симболизовати јединство Европске уније. Када се говори о функцијама Европског савета, предвиђено је да ова институција даје Унији неопходне подстицаје за њен развој и да одређује њену општу политичку оријентацију и приоритете. Такође је изричито наведено да Европски савет не обавља законодавну функцију, коју уз буџетску функцију врше Европски парламент и Савет. Правила која се односе на доношење одлука у Савету преузета су такође из Уставног уговора. Високи представник Европске уније за спољне послове и безбедоносну политику задржава своју двоструку улогу. Њему је поверено вођење заједничке спољне и безбедоносне политике Уније, али је он истовремено и један од потпредседника Комисије што треба да допринесе већој кохерентности европске спољне политике. Од 2014. се смањује број чланова Комисије са 27 на две трећине од броја држава чланица. Оснажује се улога националних парламената који треба да обезбеђују поштовање начела субсидијарности при доношењу законодавних аката Европске уније. Укидају се стубови Европске уније, а од битног значаја је то што ће зона слободе, сигурности и правде потпадати под иста правна правила као и друге комунитаризоване политике, иако ова материја у великој мери остаје предмет посебних правила. Напоследку, додајмо и то да се задржавају одредбе о могућности добровољног иступања држава чланица из Европске уније.

Но, истовремено се могу уочити и разлике између Реформског уговора из Лисабона и његовог неуспешног претходника, Уставног уговора, које могу да допринесу отклањању појединих дилема о правној природи поменутих аката:²⁴

1) Како је већ напоменуто идеја јединствене структуре Уставног уговора је напуштена у корист два уговора: Уговора о Европској унији и Уговора о функционисању Европске уније (убудуће Уговори).

²⁴ Разуме се да природа овога рада не допушта да се упустимо у анализу свих нијанси у разликама између ова два акта, тако да ће бити реч само о оним разликама које су најзначајније и најупадљивије.

2) Одредба о симболима Европске уније у Уставном уговору је изостављена, будући да се они традиционално утврђују уставима, а Лисабонски уговор нема претензију да то буде.²⁵

3) Изостављена је одредба о примату права Европске уније у оквиру поверених јој надлежности. Занимљиво је напоменути да је у Уставном уговору по први пут у правној норми прокламовано првенство европског права над националним правом. Иначе, то начело је успостављено још 1964. одлуком Европског суда правде као „фундаментални принцип комунитарног права“. Изричита писана норма из Уставног уговора о начелу примата је замењена пропратном Декларацијом број 17 уз Лисабонски уговор у којој је наведено да та чињеница што поменуто начело није предвиђено будућим уговором „ни на који начин не утиче на постојање начела примата и на постојећу судску праксу Европског суда правде“.

4) Повеља о основним правима која је представљала други део Уставног уговора, није садржана у Лисабонском уговору, али јој се промењеним текстом Уговора о Европској унији прокламује иста правна снага као и Уговору о Европској унији и Уговору о функционисању Европске уније (члан 6). Није сувишно напоменути да постоји посебан Протокол о статусу Пољске и Велике Британије који у одређеној мери ограничава примену Повеље о основним правима у ове две државе чланице.

5) Министар спољних послова је преименован у Високог представника за спољне послове и безбедоносну политику.

6) У оквиру одредби које се односе на ревизиони поступак новину представља изричито предвиђање могућности како проширивања тако и сужавања надлежности које су Унији поверене овим Уговорима (члан 48(2) Уговора о Европској унији).

²⁵ У посебној Декларацији Белгија, Бугарска, Немачка, Грчка, Шпанија, Италија, Кипар, Литванија, Луксембург, Мађарска, Малта, Аустрија, Португал, Румунија, Словенија и Словачка Република изјављују да застава са кругом од 12 златних звезда на плавој позадини, химна заснована на „Оди радости“ из Девете симфоније Лудвига ван Бетовена, мото „уједињени у раличитости“, евро као монета Европске уније и 9. мај као дан Европе за њих остају симболи који изражавају осећање заједништва народа Европске уније и њихову приврженост њима.

7) Уместо закона и оквирних закона као аката које би доносиле институције Европске уније према Уставном уговору, задржана је терминологија примењена у дотадашњим уговорима (уредбе, директиве и одлуке).

8) Надлежност Европског суда правде у односу на трећи стуб Европске уније који се односи на зону слободе, сигурности и правде је одложена за пет година. (члан 10 Протокола о прелазним одредбама).

9) Одложена је примена правила „двоструке већине“ (сагласност 55% држава које представљају 65% становништва држава чланица Европске уније) при доношењу одлука у Савету министара до 2014, а могуће је да под одређеним условима примена тог правила буде одложена и до 2017.

10) Изостављена је фраза „слободна и ненарушена конкуренција“ из циљева Уније предвиђене Уставним уговором.

11) Одредбе о проширеној сарадњи могу бити примењене од стране девет држава чланица (члан 20(2) измењеног Уговора о Европској унији), за разлику од једне трећине држава што је био услов за примену ових одредаба према Уставном уговору.

12) Постоје новине у Лисабонском уговору које се односе на климатске промене (члан 191(1) Уговора о функционисању Европске уније) и енергетску солидарност (члан 194(1) Уговора о функционисању Европске уније).

Досадашње излагање недвосмислено наводи на закључак да, у садржинском смислу, разлике између Уставног уговора и Реформског уговора из Лисабона нису од суштинског значаја. Овај став потврђују и речи Жискара Д'Естена који је пред члановима Одбора за уставна питања Европског парламента изјавио да је садржина ова два документа иста.²⁶ Једина разлика је у томе што је Уставни уговор био јасан, прегледан и интегрисан документ, док је Лисабонски уговор потпуно неразумљив будући да се њиме само интервенише у постојеће оснивачке уговоре Европске уније. Због тога је Лисабонски уговор у теорији назван

²⁶ Наведено према: Jans-Peter Bonde, *From EU Constitution to Lisbon Treaty*, p. 28. Доступно на интернет адреси: http://www.indemgroup.eu/fileadmin/user_upload/groupdocs/Research_publication/From_EU_Constitution_to_Lisbon_Treaty_april_2008.pdf

„нечитким монструмом“²⁷ који је по броју чланова (411) тек незнатно краћи од Уставног уговора (448). Дакле, измењена је само техника којом је потребно спровести институционалне реформе. Уместо устава који би, такође, по својој природи првенствено био акт међународног јавног права, користи се међународни уговор који је ослобођен уставне реторике да би се избегло расписивање референдума у државама чланицама, што би као и у случају Уставног уговора могло бити непремостива препрека његовом ступању на снагу. Уосталом, Европски савет је још у периоду усаглашавања текста реформског уговора изричито нагласио да Уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније „неће имати уставни карактер“²⁸. Међутим, без обзира што је избегнуто коришћење речи устав, несумњиво је да се Лисабонским уговором установљава нови уставни поредак Европске уније. Изостанак уставне терминологије није од одлучујућег значаја за доношење закључка да реформском уговору одуземо уставни карактер. Наиме, читав низ одредби Лисабонског уговора има изразити уставноправни карактер, при чему се посебно могу издвојити одредбе о вредностима и циљевима Уније, о држављанству Уније, о подели надлежности између Уније и држава чланица, о демократским принципима, институцијама, законодавству и финансијској области.²⁹ Дакле, с обзиром да у највећој мери обухвата уставну материју, није претерано рећи да ће са Лисабонским уговором Европска унија добити устав, али, Сомековим (Alexander Somek) речима изражено, са малим словом „у“.³⁰

Уместо закључка

Да би се избегла неславна судбина Уставног уговора, европски лидери су се договорили да у свим државама у којима расписивање референдума није уставна обавеза Реформски уговор из Лисабона буде

²⁷ Thomas Oppermann, *Европска унија из Лисабона*, Правни живот 13/2008, Београд, стр. 799.

²⁸ Наведено према: Stefan Griller, *op.cit.*, p. 22.

²⁹ Thomas Oppermann, *op.cit.*, p. 799.

³⁰ Alexander Somek, *Postconstitutional Treaty*, German Law Journal, Vol. 8, No. 12, 2007, p. 1126.

ратификован у националном парламенту. Једина држава коју је устав обавезивао на расписивање референдума била је Ирска. Референдум је одржан 28. јуна 2008. и 53,4% грађана ове државе се изјаснило против ратификовања Лисабонског уговора. Разуме се да ни овога пута садржина предложеног документа није била пресудна за његово одбацавање. Један од разлога ирског „не“ је свакако и револт њених грађана што се једна тако значајна институционална реформа жели спровести на заобилазан, мање демократичан начин, преко националних парламената, а не путем изјашњавања грађана. Тај пут који су одабрали европски лидери директно противречи принципима утврђеним на Европском самиту у Лакену 2001, на којима је требало засновати даљи правац институционализовања Европске уније. Наиме, на том скупу је изричито закључено да „грађани траже јасан, отворен, делотворан и демократским средствима контролисан комунитаран приступ“³¹. Испоставило се да основни проблем европског конституционализма није у одсуству писаног устава и традиционалног демократског система заснованог на принципу већине, већ у одсуству *demos*-а који је у стању да пружи легитимитет том уставу.³² Када већ документ који је претендовао да буде устав није успео да покрене ентузијазам грађана ка уставном патриотизму, то се још мање може очекивати од Лисабонског уговора који је само инструмент за спровођење једне неопходне институционалне реформе. Истовремено, ако се за предлог европског Устава говорило да је то акт „без визије, без ентузијазма, без душе и без амбиције“ (А. Маттега)³³, далеко оправданије је то исто поновити за Лисабонски уговор. Подсећајући се Амадове духовите опаске о полу Уставног уговора, међу естонским писцима је такође луцидно примећено да је, за разлику од Уставног уговора, Лисабонски уговор бесполан.³⁴ Једна нова етапа у

³¹ Декларација из Лакена о будућности Европске уније (Laeken Declaration on the Future of the European Union) је доступна на интернет адреси: <http://www.eunow.eu/laeken%20declaration.html>

³² Miguel Poiras Maduro, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?*, in J.H.H. Weiler and Marlene Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 78.

³³ Наведено према: Robert Podolnjak, *op.cit.*, p. 139.

³⁴ Наведено према: Grainne de Burca, *The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper, 03/08, p. 10.

развоју европских интеграција не би смела бити крунисана јаловим документом у коме су само у нечитком облику и без уставне терминологије замаскирана институционална решења из Уставног уговора. У том смислу, неће зазвучати превише оштро ако закључимо да су европски лидери очигледно недорасли постојећим изазовима будући да нису сигурни, не само којом брзином треба да се крећу напред, већ ни којим путем треба да ходе у процесу институционализовања Европске уније.

Darko Simovic, LL.D.

Assistant Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

THE LISBON TREATY IN COMPARISON WITH THE EU CONSTITUTION DRAFT

Summary

Following the failure of the EU constitution draft, the member states continued to work on the further institutionalization of the European Union, but not with the adoption of a new constitution, instead with an act which amends and supplements the existing treaties. The constitution, as the highest legal act indicated the gradual transformation of the European Union into a united state structure and the establishment of a single complex state. That was obviously one of the reasons for its failure, hence the Lisbon Treaty, otherwise in its nature a document of international public law, is an act which further regulates the association of multiple states whose sovereignty is particularly emphasized. However, an analysis of the institutional framework proposed by the Lisbon Treaty imposes the conclusion that there are not any fundamental differences in relation to the solutions which were proposed in the EU constitution draft. Almost identical solutions are disguised in an unreadable document, in the form of an international treaty, concluded by independent and mutually equal states. Therefore, based on this form it is clear that a united supra-state is not being created, but in fact, it is still a trans-state organization whose legal nature is very difficult to define. Nevertheless, although the use of the word “constitution” was avoided, the Lisbon Treaty constitutes a new constitutional order. The dilemma remains as to whether the Lisbon Treaty will experience the inglorious fate of the EU constitution draft, because of its extreme similarity in content and difference only in form.

Key words: European Union, Constitutional Treaty, Lisbon Treaty, constitutionalization, constitution, international agreement

ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ О ОМБУДСМАНУ

Апстракт:

Омбудсман је широко распрострањени контролни механизам у свету који штити права и слободе грађана од лошег управљања (*maladministration*) државних органа. Свака држава одлучује да ли ће у свом правном систему основати парламентарни омбудсман, као национални омбудсман од опште надлежности или ће имати специјализоване омбудсмане који штите одређена права грађана или права одређене категорије грађана.

Полазећи од анализе правног оквира и функционисања омбудсмана у земљама Европске уније и омбудсмана у региону, може да се закључи да не постоје строго прописана правила за функционисање омбудсмана. Међутим, позитивна пракса омбудсмана који су повезани у различитим сферама и на различитим нивоима, а имајући у виду стварање европског управног простора ипак намећу одређене принципе који су карактеристични за институцију омбудсман, као на пример објективност, независност, стручност и др.

Кључне речи:

омбудсман, лоше управљање (*maladministration*), права и слободе грађана, европски стандарди, Европски управни простор

Увод

Ступање у чланство Европске уније тражи испуњавање јасно дефинисаних критеријума од стране држава које настоје да се прикључе Унији. Након усвајања Копенхагенских критеријума из 1993. године Европски савет истиче демократију, владавину права и људска права, као критеријуме које државе треба да испуне приликом приступања у чланство Европске уније. С обзиром на то да нису донете опште одредбе за јавну администрацију у Унији референтан је приступ националних администрација приликом имплементације њених директива и регулатива. То значи да су земље чланице слободне да самостално организују јавну администрацију, али при том оне морају да функционишу на начин који ће да осигура ефикасно и правовремено испуњавање задатака Заједнице. У том правцу Бела књига из Кана генерално је дала високи ниво приоритета административној реформи земљама које настоје да се прикључе Унији.¹ Кључно је то да државе треба да имају административни капацитет да предузму обавезе чланства.

Дуго време је предмет проучавања било питање да ли постоји Европски управни простор и од чега се састоји. Данас је јасно да он постоји и да се односи на рад административних система тј. на њихов општи квалитет предвидљивост, сигурност, ефикасност, транспарентност итд. Значи, и поред тога што не постоји један прихваћени европски модел јавне администрације ипак у оквиру Европске уније системи, принципи, вредности и делатности јавних управа појединих држава чланица се приближавају, теже конвергенцији. То се односи на заједничке обрасце поступања при утврђивању управне политике у основним ресорима, слични механизми доношења управних одлука и појединачних управних аката. Методе извршења се обављају по систему “benchmarking” или систему најбољег примера што опет води сличности. Слична је и организација.²

¹ SIGMA/PUMA (98) 39, Preparing Public Administrations for European Administrative Space

² Dragoljub Kavran, *Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave, Pravni život*, br. 9, Beograd, 2004, str. 1065

У савременим условима истиче се значај постизања стандарда “добре владавине” или “good governance”. Према дефиницији Светске Банке good governance, укључује професионалну јавну службу, елиминацију корупције у управи, транспарентну и одговорну управу, демократски начин одлучивања, супремацију владавине права, ефикасну заштиту људских права, независно судство, праведан економски систем, одговарајућу децентрализацију управе, одговарајућа нивоа потрошње војске итд.³

Државе у Европској унији па и у свету већ неколико деценија прихватају потребу за оснивањем и функционисањем институције која делује као контролни механизам за демократску контролу управе како би се створили неопходни предуслови за целовиту и ефикасну заштиту права свих грађана. Наиме, поред тога што постоје традиционалне врсте контрола које врше судови, парламент, влада итд., намеће се потреба за развијањем новог облика (неформалне) контроле државне управе, која на јефтин и једноставан (cheap and easy) начин штити уставна и законска права грађана. Ради се о институцији омбудсмана.⁴

Омбудсман приликом свог функционисања које се односи на анализирање управне (административне) функције посебно обраћа пажњу на листу параметара повезаним са принципима “добре администрације” и “савесног управљања”, као што су одговарајући третман људи и љубазности према њима, употреба јасног, свеобухватног и експлицитног језика са људима, добро информисање, принцип непристрасности, принцип разумности и пропорционалности, принцип здравог

³ World Bank's definition of “good governance” in World Bank, *Governance: The World Bank's Experience* (Washington, D.C., World Bank, 1993) ср: International Ombudsman Institute, *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 8, 2004, Edmonton, Alberta, Canada, Marie-Jose Chidiac, *Administration mediation and ombudsmen: An encounter with internormativity*, стр. 95

⁴ Реч омбудсман је шведска општа именица која означава представника, заступника, повереника, односно лице које представља друге или брани интересе других Engelsk-svensk/Svensk-engelsk, Norstedts Forlag AB, Uppsala, 1991, стр. 519, Види: Ivo Bor-kovic, “Upravno pravo”, Zagreb, 1995, стр.107

разума, употреба Кодекса доброг понашања државних службеника и принцип поступања у разумно време.⁵

1. ПОЈАМ И НАДЛЕЖНОСТИ ОМБУДСМАНА

Опште је познато да институција омбудсман постоји у великом броју држава у свету. У неким од њих се користи шведски термин ”омбудсман”, као на пример у Норвешкој (ombudsmann) и Данској (ombudsmand).⁶ У другим земљама користи се назив “омбудсман” без додатка, као на пример у Новом Зеланду (из 1975 године), у Аустралији, у неким савезним државама у Канади (Онтарио, Алберта и др.), на Фиџију, Аљасци, Хавајима итд. Неке земље иза националног назива ове институције додају име омбудсман. Такав је случај у Шри Ланки⁷, на Новом Зеланду⁸ од 1962. до 1975. године и др. У неким земљама као у Великој Британији, Финској, Немачкој, реч омбудсман се преводи на њихов језик, при чему се додаје реч “парламентарни”.⁹ Затим, у неким земаљама име ове институције се опредељује на њиховом националном језику полазећи од њене основне функције, а то је да буде заштитник права грађана. Такав је случај у Републици Македонији, Републици Хрватској, Аустрији, Шпанији, у Пољској и др.¹⁰ У неким земљама, на при-

⁵ International Ombudsman Institute, *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 8, 2004, Edmonton, Alberta, Canada, Marie-Jose Chidiac, *Administration mediation and ombudsmen: An encounter with internormativity*, стр. 87

⁶ Име омбудсмана у Норвешкој је “омбудсман Стортинг-а за оружане снаге” (Stortingets ombudsman for forsvaret) и “омбудсман Стортинг-а за управу” (Stortingets ombudsman for forvaltningen), а име данског омбудсмана је “омбудсман Фолкетинг-а” (Folketingets Ombudsmand), при чему Стортинг и Фолкетинг су имена норвешког и данског парламента.

⁷ Parliamentary Commissioner for Administration (Омбудсман) на Шри Ланки

⁸ Име ове институција у Новом Зеланду је бил Parliamentary Commissioner (Ombudsman)

⁹ Име Британског омбудсмана је “Парламентарни претставник управе” (Parliamentary Commissioner for Administration), Фински омбудсман “Парламентарен повереник” (Eduskunnan oikeusasiamies), Германски омбудсман “Претставник Бундестаг-а за одбрану” (Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages)

¹⁰ У Републици Македонији је Народни правобраниоц, у Аустрији “Народни адвокат” (Volksanwaltshaft), у Шпанији је “Народни браниоц” (El Defensor del Pueblo), у

мер у Француској¹¹, дају се сасвим нови термини, при чему од основне карактеристике може да се закључи да се ради о институцији омбудсман.

И поред тенденција у свету да се оснивају различите врсте омбудсмана (омбудсмани основани од Влада¹², затим омбудсмани у приватном сектору¹³), ипак, када је реч о омбудсману у класичном смислу се мисли на заштитника права грађана који као основну карактеристику има независност и који се бира од стране законодавног органа. У овом правцу је мишљење Робертсона Ј.Ф, који указује на случај Новог Зеланда, када су у 1991. години били донесени амандмани Закона о парламентарном претставнику (омбудсману) из 1975. године, са којим је био законом заштићен назив "омбудсман" и са тиме нико у Новом Зеланду, осим оног који је поменут у том Закону, не сме да користи назив "омбудсман".¹⁴

Омбудсман у свом класичном облику је демократски механизам контроле над управом који се бира од стране законодавног органа једне државе која настоји да буде демократска, у којој постоји владавина права (rule of law) и у којој се поштују људска права. Омбудсман је независан, непристрасан и објективан орган који штити права грађана од лошег управљања (maladministration)¹⁵ државних органа. При том појам "maladministration" или "лоше управљање" означава администра-

Пољској је "Заступник права грађана" (Rzecznik praw obywatelskich), у Хрватској "Народни правобраниоц", у Словенији "Заштитник људских права" итд.

¹¹ У Француској омбудсман је "Посредник" (Mediateur)

¹² У Шведској поред парламентарног омбудсмана постоје и други омбудсмани као нпр. Омбудсман за заштиту потрошача, омбудсман за заштиту једнакости жена и мужева на берзи рада

¹³ Омбудсмани у приватном сектору имају за циљ да испитују законитост пословања приватних организација (на пр: омбудсмани осигуравајућих компанија)

¹⁴ Robertson, J.F.: Protection of the Name "Ombudsman", Occasional Paper No. 48, Edmonton, International Ombudsman Institute, 1993, sp: D. Aviani, "Hrvatska javna uprava", god. 1 (1999), br. 1, str. 77

¹⁵ Jeoff Gilbert i Jane Wright, "Средства за заштита на правата на човекот во Обединетото кралство", Правен Факултет - Скопје, Скопје, декември 1996 година, сматрају да maladministration значи пристрасност, небрежност, непажња, каснење, нестручност, неспособност, корумпираност, арбитражност и др.

тивне неправилности, пропусте, злоупотребе положаја, немарност, незаконито поступање, нефер поступање, неправилно или некомпетентно поступање, дискриминацију, непотребно одлагање или одбијање информација.¹⁶ Надлежности Омбудсмана се односе на заштиту права грађана од ситних неправди, некоректног односа службеника, шиканирања, до већих неправди, убрзавања управних поступака који се неоправдано одлажу и контролирање законитости рада управе.

Истичу се дефиниције класичног појма омбудсмана у односу на то да представља канцеларију основану уставом или актом законодавства или парламента, којом руководи независни јавни службеник високог ранга, који је одговоран законодавству или парламенту, који прима представке од оних који сматрају да су им њихова права нарушена од стране државних органа, службеника и запослених, који делује по сопственим уверењима и који има овлашћења да истражује, препоручује корективна дејства и који издаје извештаје.¹⁷

Када је реч о надлежности омбудсмана може се констатовати да је то институција која врши контролу над свим управним органима и осталим органима и организацијама које имају јавна овлашћења. Омбудсман врши контролу рада свих управних органа и осталих органа и организација које имају јавна овлашћења, са изузетком судова. Као изузетак се наводи Шведска, у којој омбудсман има право да врши контролу над радом судова¹⁸, конкретније над самом процедуром, као на пример у односу на одуговлачење поступка и третмана странака, али при том не може да утиче на мериторно одлучивање судова. Оваква ситуација постоји и у Финској¹⁹. У осталим земљама, пре свега Европске уни-

¹⁶ Mr. Jacob Soderman, *The Role of the European Ombudsman*, 6th Meeting of European National Ombudsmen, Jerusalem, Israel, September, 1997.

¹⁷ Ombudsman Committee, *International Bar Association Resolution* (Vancouver: International Bar Association, 1974), quoted in Reif, *ibid*, at 3, *ср*: International Ombudsman Institute, *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 8, 2004, Edmonton, Alberta, Canada, Dejo Olowu, *Good Governance and development challenges in the South Pacific: The promise of ombudsmanship*, *стр.* 103.

¹⁸ Закон са упутством Парламентарном омбудсману, 13. новембар 1986. године.

¹⁹ Constitution Act of Finland, amended by Constitutional Act 1221/90 and by Constitutional Act 969/95, члан 49.

је, полази се од схватања да такво поступање омбудсмана представља мешање у рад суда, па се омбудсману углавном не даје надлежност да поступа у случајевима који се односе на рад суда, већ имају надлежност једино да врше контролу рада управних органа.

Поступак који води Омбудсман је неформалан и започиње увек када сматра да постоји повреда права грађана од стране државних органа. У таквом случају Омбудсман започиње поступак и уколико констатује постојање повреда права грађана, упућује своје одлуке као што су препоруке, мишљења, сугестије одговарајућим државним органима указујући на потребу да отклоне такве повреде. Карактеристика ове институције је што не поседује моћ кажњавања, односно нема овлашћења да употреби принудне мере за примену својих одлука. Због тога најефикасније средство које стоји на располагању Омбудсману, поред достављања извештаја законодавном органу, је извештавање јавности о повредама које су урадили државни органи.

2. ВРСТЕ ОМБУДСМАНА

Када се говори о Омбудсману, пре свега у његовом класичном смислу, углавном се мисли на орган чија независност се обезбеђује његовим избором од стране парламента коме једино подноси извештај о свом раду. Међутим, уколико се посматра у колико облика функционише институција Омбудсман у разним државама Европске уније и у свету може да се закључи да се разликују више врсти омбудсмана, а класификација се прихвата и од стране International Ombudsman Institut-a²⁰. Наиме, у зависности од полазног критеријума разликују се: парламентарни и егzekутивни омбудсман, национални, локални и међународни омбудсман, инокосни и колегијални омбудсман, општи и посебни омбудсман. Исто тако постоје омбудсмани у јавном и приватном сектору, затим омбудсмани који примају жалбе директно од грађана и омбудсмани који примају жалбе једино преко чланова парламента, омбудсмани који могу да поступају једино на основу писмених жалби подне-

²⁰ Види: D. Aviani, "Hrvatska javna uprava", god. 1 (1999), br. 1, Zagreb, стр. 78

сених од стране грађана и омбудсмани који могу да поступају и на основу усмених жалби итд.

Најзначајнија класификација омбудсмана која је опште прихваћена, је она која полази од критеријума који орган именује омбудсмана и коме је омбудсман одговоран, а то је подела на парламентарног и егzekутивног омбудсмана. Док је парламентарни омбудсман именован од стране парламента и за свој рад одговара једино њему²¹, егzekутивни омбудсман је именован од стране одређеног извршног тела државне власти и у његово име контролише државу и штити права грађана.²² Егzekутивни омбудсман је више заступљен од парламентарног омбудсмана уколико се узме у обзир да постоји у већем броју земаља на пример у Сједињеним Америчким Државама, у Аустралији, латиноамеричким државама, афричким и азијским државама. Овде би требало да се помену и прелазни облици омбудсмана, као што је британски Омбудсман (Parliamentary Commissioner for Administration), који својим именом означава да је одговоран парламенту и делује као његов представник, али са друге стране има карактеристику егzekутивног омбудсмана тиме што га именује краљица посебним актом (Letters Patent).²³ За разлику од њега Француски Омбудсман (Mediateur) има карактеристике егzekутивног омбудсмана тиме што је именован од стране владе, али годишњи извештај доставља и председнику Републике и Парламенту.²⁴ Закон предвиђа да Медијатор не прима инструкције од било које власти, а финансијска контрола буџета Медијатора је у надлежности ревизора, али не и Министарства финансија. Без обзира који орган именује парламентарног и егzekутивног омбудсмана ипак њихова заједничка карактеристика је да се ради у главном о независном органу (иако се код

²¹ Парламентарни омбудсман постоји у Шведској, Финској, Данској, Норвешкој, Новом Зеланду и др.

²² У Шведској и Финској поред парламентарног омбудсмана постоји и Канцелар правде, који има исту или сличну улогу као и омбудсман са том разликом што улогу контролора управе и заштитника права грађана врши у име владе.

²³ Parliamentary Commissioner Act 1967, Section I, Subsection 2, Види: D. Aviani, "Hrvatska javna uprava", god. 1 (1999), br. 1, Zagreb, стр. 80

²⁴ Loi No 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Mediateur, J.O., 4 janvier, стр. 164 (art. 2 i 14) Види: D. Aviani, "Hrvatska javna uprava", god. 1 (1999), br. 1, Zagreb, стр. 80

егзекутивног омбудсмана поставља питање о целокупној независности), који контролише управу и њене службенике у погледу законитости и правилности њихових поступања. Затим оба омбудсмана поступају неформално и на бази свог нахођења доносе одлуке о постојању незаконитости у пословању државних органа, при чему немају овлашћења да ставе ван снаге акте оних органа чији рад контролишу.

Није мање значајна дистинкција на националне, локалне и међународне омбудсмани полазећи од територије на коју се оснива омбудсман. Национални омбудсмани се успостављају на целој територији државе, локални омбудсман за део територије суверене државе и међународни омбудсман се успоставља за територије више суверених држава.

Међународни омбудсман је Европски омбудсман (European Ombudsman), који поступа по достављеним жалбама од стране било ког држављана Уније или било којег физичког или правног лица које се налази или има представништво у земљи чланици, када је реч о лошем управљању (maladministration) институција и тела Заједнице, осим Суда правде или Суда у првом степену у вршењу њихове судске функције. Европски омбудсман поступа у сагласности са чланом 195 Уговора о оснивању Европске заједнице (Treaty establishing the European Community), Статутом о Омбудсману (The European Ombudsman Statute), Уговора о оснивању Европске заједнице за угљен и челик (Treaty establishing the European Coal and Steel Community) и Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију (Treaty establishing the European Atomic Energy Community). На основу искуства канцеларије Европског омбудсмана донете су одредбе за имплементацију 8-ог јула 2002. године, које су ступиле на снагу 1-ог јануара 2003. године.²⁵

Сагласно наведеној регулативи Европски омбудсман поступа по представкама поднесеним од било ког држављанина Уније или било ког физичког или правног лица које се налази или има представништво у земљи чланици, када је реч о maladministration или лошем управљању институције и тела Заједнице, осим Суда правде или Суда у првом сте-

²⁵ Одредбе за имплементацију 8. јула 2002. године, које су ступиле на снагу 1ог јануара 2003 2003 године, Службени гласник од 19. октобра 2002. године (Official Journal C 252/24).

пену у обављању њихове судске функције. При томе предвиђено је да институције и тела Заједнице имају обавезу да обезбеде Европском Омбудсману било коју информацију коју је тражио и да му омогуће приступ свим досијеима. Једино постоји могућност да одбију његов захтев ако је на прописани начин предвиђено да постоји основа тајности података. У току 2001 године Европски парламент је усвојио резолуцију којом је допуњен члан 3(2) Статута²⁶, са којом се предвиђа да институције и тела Заједнице имају обавезу да доставе Европском омбудсману било које информације које тражи од њих и да му допусте да се користи и добија копије било којих докумената.

Имајући у виду да у духу омбудсман институције и Европски омбудсман не може да промени или поништи одлуке надлежних органа него једино може да критикује и препоручује, предвиђена је обавеза на крају године да поднесе годишњи извештај²⁷ Европском парламенту о резултатима његових истрага по поднесеним представкама и покренутим истрагама по сопственој иницијативи, али пре свега о утврђеним неправилностима у пословању институција Заједнице са циљем превентивног деловања у будућности како би се спречило њихово понављање.

Значи, Европски омбудсман намеће се као један наднационални омбудсман чија се надлежност протеже на територије више суверених држава. И поред тога што поступа у конкретним случајевима има огромни утицај и на превентивно деловање како би се умањили они поступци који се подводе под *maladministration*. У том погледу, огромно је значење које даје искуство и пракса Европског омбудсмана са којим се стварају реалне претпоставке за давање конструктивних предлога у смеру стварања ефикасније, брже и хуманије администрације у Европској унији. У том смеру у новембру 1998. године Европски омбудсман самостално је започео истраживање о односу службеника у

²⁶ 6. септембра 2001. године, Европски парламент је усвојио резолуцију са којом је допунио члан 3(2) Статута, који се заснова на извештају Комитета за уставне односе (подносиоц извештаја Tereza Almeida Garet) A5-0240/2001-PE 294.729DEF.

²⁷ Treaty establishing the European Community, члан 195, извор: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/selected/livre203.html>

различитим институцијама и телима Заједнице са јавношћу. Део о основним правима Европске уније, прокламован на самиту у Ници 2000. године, садржи фундаментална права држављанства, право на добру администрацију и право на жалбу против *maladministration* до Европског омбудсмана. Доношење Кодекса доброг понашања администрације има за циљ да детаљније објасни шта у пракси значи право на добру администрацију. У септембру 2001. године, Европски парламент је усвојио резолуцију за доношење Кодекса за добро административно понашање, који институције и тела Европске уније, њихове администрације и њихови службеници би требало да поштују у односима са јавношћу.

Подела омбудсмана на инокосан и колегијалан омбудсман полази од броја лица који су носиоци функције омбудсмана, па тако уколико је једно лице носилац функције омбудсмана реч је о инокосном органу (нпр: Шведски *Justitieombudsman*, Народни правобраниоц Републике Македоније, Заштитник људских права Републике Словеније и др.), док уколико функцију извршава већи број лица онда се ради о колегијалном омбудсману (нпр: Аустријски омбудсман-*Volksanwaltschaft*).

Подела омбудсмана на опште и посебне или специјализоване полази од критеријума који се односи на надлежности њиховог поступања. Тако, уколико омбудсман штити уставна и законска права грађана реч је о омбудсману опште надлежности (нпр: већ поменути омбудсмани у Шведској, Финској, Великој Британији, Словенији, Хрватској, Македонији и др.). Уколико омбудсман има ужи обим поступања и делује једино у правцу заштите одређених права грађана или права одређене категорије грађана онда се ради о посебном (специјализованом) омбудсману. Посебни (специјализовани) омбудсмани могу да буду изабрани од стране парламента или да буду именовани од извршне власти, могу да буду на локалном или националном нивоу. Овај облик омбудсмана може да штити тесно одређена права грађана, као на пример у Канади где на федералном нивоу постоји представник за службене језике (*Federal Commissioner of Official Languages of Canada*). Исто тако се ради о посебном омбудсману уколико омбудсман штити права одређене категорије грађана (нпр: омбудсман за заштиту права деце у

Шведској) и уколико сузи круг субјекта према којима поступа и чији посао контролише (као нпр: Омбудсман за војна питања Норвешке, Немачке и Израела, Полицијски омбудсман Северне Ирске, Омбудсман о затворима и пробацији у Енглеској и Велсу) итд. Тако на пример, Омбудсман о затворима и пробацији у Енглеској и Велсу је именован од стране Министра унутрашњих послова као независни орган од затворских служби и Националне службе за пробацију Енглеске и Велса. Омбудсман доставља годишњи извештај о свом послу Министру унутрашњих послова, који га потом доставља Парламенту.²⁸ Иначе, Омбудсман поступа по примљеним жалбама које су поднесене од индивидуалних затвореника, када су незадовољни системом жалби затворским службама; лица која су или су била под супервизијом Националне службе за пробацију или су тамо били смештени; за које Национална служба за пробацију је припремила извештаје пре изрицања пресуде; лица која нису задовољна системом жалби.²⁹

У Републици Македонији институција Омбудсман је предвиђена Уставом Републике Македоније из 1991. године под називом Народни правобраниоц, а основана је 1997. године.

Народни правобранилац Републике Македоније³⁰ је парламентарни, инокосни омбудсман опште надлежности, који у оквиру својих овлашћења самостално и независно штити права грађана када су повређена од стране органа државне управе. У сагласности са његовим законским овлашћењима Народни правобранилац је орган Републике Македоније који штити уставна и законска права грађана и свих других лица када су повређена актима, делатностима и пропустима од стране органа државне управе и других органа и организација која имају јавна

²⁸ The Prisons and Probation Ombudsman for England and Wales, Terms of Reference, 23, <http://www.ppo.gov.uk/tersref.htm> [извор интернет]

²⁹ The Prisons and Probation Ombudsman for England and Wales, Terms of Reference, 2, <http://www.ppo.gov.uk/tersref.htm> [извор интернет]

³⁰ Седиште Народног правобраниоца Републике Македоније је у Скопљу, а ради извршавања послова његове надлежности организују се канцеларије као подручне организационе јединице и то у Тетову, Кичеву, Штипу, Струмици, Куманову, Битољу, са којима руководи заменик народног правобраниоца.

овлашћења.³¹ Скупштина Републике Македоније, на предлог надлежне Комисије, бира и разрешава Народног правобраниоца већим бројем гласова од укупног броја посланика, при чему мора да има већи број гласова од укупног броја посланика који припадају заједницима које нису већина у Републици Македонији. Народни правобранилац се бира за време од осам година, са правом на још један избор.³²

Треба истаћи да постоји могућност да се предвиди да омбудсман од опште надлежности посебно штити одређена права грађана или права одређене категорије лица. Тако још 1998. године у оквиру институције Народног правобраниоца Републике Македоније започело је да функционише посебно Одељење за заштиту права деце формирано на иницијативу УНИЦЕФ-а. Такође Законом је предвиђено да Народни правобраниоц Републике Македоније прати стање у области поштовања и заштите уставних и законских права лица у оним органима, организацијама и установама у којим је слобода кретања ограничена и посебно приведенем, притвореним и лицима која издржавају казну затвора или васпитно-поправне мере у казнено-поправним и васпитно-поправним установама. У том погледу је посебно значајна законска могућност Народног правобраниоца да врши посете и увиде у свако време без претходног најављивања и одобрења и да разговара са лицима смештеним у овим органима, организацијама или установама без присуства службених лица.³³ У сагласности са законским овлашћењима Народни правобраниоц може да покрене поступак уколико је поднета жалба или по сопственој иницијативи, уколико оцени да су уставна и законска права грађана повређена. Децидирано навођење надлежности Народног правобраниоца да врши непосредне увиде и посете у свако време без претходне најаве и одобрење, да разговара са лицима смештеним у овим органима, организацијама или установама без присуства службених лица даје додатну могућност Народном правобраниоцу да делује у овој области у правцу јачања заштите права ове категорије грађана. У том правцу је и предвиђена могућност лица сме-

³¹ Закон за народниот правобранител ("Службен весник на РМ" бр. 60/2003), чл. 2.

³² ЗНП, чл. 5, ст. 1.

³³ ЗНП, чл. 31, ст. 1, 2 и 3.

штених у овим установама да имају право да упућују представке Народном правобраниоцу и да добију одговор у затвореном коверту без могућности провере службених лица органа, организација или установа у којима су смештени.³⁴ Поред тога у сваком затвору су постављени метални сандучићи које може да отвори једино Народни правобранилац, чиме се обезбеђује да представке од стране осуђених лица види једино Народни правобраниоц како њихови подносиоци не би трпели негативне реперкусије. Накнадно, крајем 2008. године донет је Закон за ратификацију Факултативног протокола према Конвенцији против тортуре и друге врсте суровог, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, са којим је Народни правобраниоц Републике Македоније означен као национални превентивни механизам у борби против тортуре. У сарадњи и након добијене претходне сагласности од Народном правобраниоца, и невладине организације регистроване у Републици Македонији и организације које имају статус хуманитарних организација, могу да преузму неке од надлежности националног превентивног механизма.

На основу изнесеног може да се констатује да постоје различите врсте омбудсмана, које имају и сличности и разлике између себе, а Народни правобраниоц Републике Македоније је један пример како једном омбудсману од опште надлежности могу да се додају и специфичне надлежности у односу на заштите одређених права грађана или заштите права одређених категорија лица.

3. (ЕВРОПСКИ) СТАНДАРДИ О ОМБУДСМАНУ

У стварању стандарда најбоље праксе омбудсмана и његовог функционисања доприносе тзв. мреже које се стварају за различите врсте омбудсмана, као на пример Европску мрежу омбудсмана за децу. Овде би поменули Европску мрежу омбудсмана преко које национални омбудсмани размењују информације о праву Европске уније и најбоље праксе путем семинара и састанака, редовном билтену и дискусијама на

³⁴ ЗНП, чл. 31, ст. 4.

електронском форуму и информацијама која свакодневно се размењују електронским путем. Такође Европски омбудсман обезбеђује Extranet сервис земљама чланица Европске мреже омбудсмана, укључујући размењивање дискусија и докумената, а врши и обнављање овлашћене листе националних и регионалних омбудсмана у земљама чланицама Европске уније, Норвешке, Исланда и у земљама који су кандидати за чланство у Европској унији.

Полазећи од претходно изнесеног може да се констатује да нема опште прихваћених и прецизно утврђених стандарда који се односе на институцију омбудсман. Међутим, више деценијско постојање ове институције у многим земљама у Европској унији и у свету намеће одређене карактеристике и квалитете које пре свега треба да поседује носилац саме функције омбудсман, али и принципе и стандарде који треба да се поштују приликом функционисања институције омбудсмана. Полазећи од тога да институција омбудсман нема моћ кажњавања, њен значај и положај који ће имати у друштву, када се ради о заштити људских слобода и права, у многоме ће зависити од самог избора онога који ће бити носилац функције. У том смеру истиче се да лице које може да буде изабрано за омбудсмана треба да представља признати ауторитет, доказан у професионалној делатности, да поседује етичност, тактичност, високи морал и политичку независност.

Карактеристично за институцију Омбудсман је то што води неформалне поступке када се ради о утврђивању лошег пословања (*maladministration*) управе и других органа и организација које имају јавна овлашћења и врше јавне службе. У оним случајевима када омбудсман констатује противправно и незаконито поступање упућује препоруке, сугестије и указивања. Треба потенцирати да омбудсман не може да делује као супститут за рад управних органа и других органа и организација које имају јавна овлашћења и које врше јавне службе. Тако нпр, у случајевима ћутања администрације омбудсман не може да донесе одлуку уместо управе.³⁵ У највећем броју случајева Омбудсман поступа је-

³⁵ И поред тога што се истиче да у различитим инстанцима, Медијатор (Омбудсман) Француске може лакше да реши конфликт него административни судови због флексибилности која јој је додељена при поступању по жалбама. Види више: Interna-

дино против лошег пословања управе, са изузецима Шведске, Финске, Македоније и др., који поступају и када се ради о одуговлачењу судског поступка или лошег пословања судске администрације.

Без обзира на то о каквом типу омбудсмана је реч, парламентарни, егзекутивни, од опште надлежности или посебни (специјализовани) итд., важно је истаћи да омбудсман треба да настоји да буде што је могуће независнији од управе и оних органа чији рад треба да контролише. У том смеру можда највећи гарант независности омбудсмана представља његов избор од стране законодавног органа, парламента, коме треба да доставља своје годишње извештаје о констатованим повредама људских права и слободе од стране управе. Његовој независности би допринела и већа финансијска самосталност приликом функционисања ове институције како ни у једном случају то не би представљало препреку за остваривање основне функције омбудсмана, а то је – заштита људских права и слобода од лошег пословања управе.

Полазећи од праксе функционисања различитих врста омбудсмана у свету, и пре свега у Европској унији могу се истаћи следећи принципи и стандарди за које може да се каже да су карактеристични за ову институцију, а то су: законитост, објективност, ефикасност, стручност, савесност, једнакост, отвореност и становиште за преговарање, неутралност и етичност.

Закључна разматрања

Институција омбудсман постоји у многим земљама и све је јасније да се намеће као значајан контролни механизам у заштити права грађана. То се дешава посебно када затаје традиционалне институције система које су надлежне за заштиту права грађана и када је реч о лошем управљању (*maladministration*) од стране органа државне управе и других органа и организација које имају јавна овлашћења и које врше

itional Ombudsman Institute, *The International Ombudsman Yearbook*, Vol. 8, 2004, Edmonton, Alberta, Canada, Ivan Mifsud, Cecile Plaidy, *The role of administrative courts and ombudsman in France and Malta, A review of two contrasting systems*, стр. 65

јавне службе. На тај начин омбудсман постаје једна од веома значајних карика чије постојање, функционисање и деловање представља део глобалног мишљења међународне и европске заједнице за стање јавне администрације у једној земљи у односу на пословање сагласно принципу *good governance* и принципа доброг административног пословања.

У савременим условима карактеристично је функционисање различитих облика омбудсмана: парламентарни, егzekутивни, инокoсни или колегијални, са општом надлежношћу или специјализоване итд. Сви они штите права грађана када су повређена лошим управљањем државне управе.

Проучавајући правни положај и улогу омбудсмана у земљама чланицама Европске уније може да се утврди да у већем броју земаља постоје опште прихваћени стандарди, али и да у неким случајевима постоје и извесне разлике. Овде би поменули Немачку и Италију где постоје и функционишу велики број регионалних и покрајинских омбудсмана. У односу на питање око именовања омбудсмана постоје специфичности у неким земљама, на пример у Француској и Великој Британији. Поред тога они се разликују од осталих омбудсмана и по томе што грађани не достављају представке директно омбудсману него посредно преко чланова парламента. Као што је већ било поменуто, омбудсмани у Шведској и Финској врше контролу не само рада управе него и судова, али једино у односу на њихово поступање, а не и у односу на мериторно одлучивање. Што се тиче самог поступања може се закључити да омбудсмани углавном имају иста или слична овлашћења у заштити права грађана и вршењу контроле управе. При томе омбудсман своју функцију обавља на тај начин што уколико констатује повреду права грађана онда упућује неформалне одлуке у облику препорука, сугестија и мишљења органима управе и другим органима и организацијама које имају јавна овлашћења. Чињеница је да омбудсман нема овлашћења да мериторно одлучује у управним стварима. Такође, омбудсман може да иницира дисциплински и кривични поступак против одређених службених лица, а најчешће има право и на законодавну иницијативу.

Као резултат проучавања избора, надлежности и функционисања различитих облика омбудсмана у свету, а пре свега у Европској унији могу се истаћи следећи принципи и стандарди које су карактеристичне за институцију омбудсман, а то су: законитост, објективност, ефикасност, стручност, савесност, једнакост, отвореност и становиште за преговарање, неутралност, етичност и тактичност.

Литература:

1. Авиани Д., “Хрватска јавна управа”, год. 1, Загреб, 1999
2. Аќимовска Малетиќ Искра, “Народниот правобранител на Република Македонија во заштитата на уставните и законските права на граѓаните” (магистерски труд), Универзитет “Св. Кирил и Методиј”, Правен Факултет - Скопје, 2002
3. Борковиќ Иво, “Управно право”, Загреб, 1995
4. Chidiac Marie-Jose, Administration mediation and ombudsmen: An encounter with internormativity International Ombudsman Institute, The International Ombudsman Yearbook, Vol. 8, 2004, Edmontom, Alberta, Canada
5. Dejo Olowu, Good Governance and development challenges in the South Pacific: The promise of ombudsmanship, International Ombudsman Institute, The International Ombudsman Yearbook, Vol. 8, 2004, Edmontom, Alberta, Canada
6. Dragoljub Kavran, Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave, Pravni život, br. 9, Beograd, 2004
7. Gregory Roy, Comparing Ombudsman offices: statistics, statutory provisions, style and working practices, “Looking for ombudsman standards”, Gent, 2000
8. Gilbert Jeoff, Wright Jane, “Средства за заштита на правата на човекот во Обединетото кралство”, Правен Факултет - Скопје, Скопје, декември 1996 година
9. Mifsud Ivan, Plaidy Cecile, The role of administrative courts and ombudsman in France and Malta, A review of two contrasting systems,

International Ombudsman Institute, The International Ombudsman Yearbook, Vol. 8, 2004, Edmontom, Alberta, Canada

10. SIGMA/PUMA (98), Preparing Public Administrations for European Administrative Space

11. Soderman Jacob, The Role of the European Ombudsman, 6th Meeting of European National Ombudsman, Jerusalem, Israel, September, 1997

12. Закон за народниот правобранител (“Службен весник на РМ” бр. 60/2003)

13. Закон за ратификацију Факултативног протокола према Конвенцији против тортуре и друге врсте суровог, нечовечног или понижавајучег поступања или кажњавања (Службен весник на Република Македонија бр. 165-2008)

14. Prisons and Probation Ombudsman for England and Wales, <http://www.ppo.gov.uk> [извор од интернет]

15. <http://www.ombudsman.europa.eu/activities/network.faces>

Iskra Aćimovska-Maletić, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Security, Skopje

EUROPEAN STANDARDS ON THE INSTITUTION OF AN OMBUDSMAN

Summary

A great number of countries have introduced the institution of an ombudsman in their legal systems as a control mechanism that protects citizen's rights and freedoms from the maladministration of state bodies of authority. Each country decides on the type of ombudsman that is to be instituted in its legal system. Countries may establish the parliamentary ombudsman, as a national mechanism where the ombudsman has wide general competences, or they can institute specialized ombudsman institutions that protect the citizens' special rights or the rights of the specific category of citizens.

Upon analyzing the legal framework and the operation of the ombudsman institutions in the European Union countries and in the region, we can conclude that there are no strict rules for the operation of the ombudsman institution. On the other hand, the positive ombudsman's practice is interrelated in different fields and at different levels. Considering the process of creating a common European Administrative Space, there are some principles that characterize the institution of an ombudsman, such as independence, impartiality, competence, etc.

Key words: *ombudsman, bad management (Maladministration), the rights and freedoms of citizens, the European standards, European administrative space*

ЈАЧАЊЕ АДМИНИСТРАТИВНИХ КАПАЦИТЕТА КАО УСЛОВ ЗА ЧЛАНСТВО У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Апстракт:

Потреба за јачањем административних капацитета произилази из политичких и правних услова за чланство у Европској унији (ЕУ), али се због своје важности често издваја у посебан услов. Јачање административних капацитета у процесу интергације у ЕУ обухвата два сегмента: изградњу националних институционалних структура за спровођење процеса интеграције, као и јачање капацитета за преузимање уговорних обавеза и за преузимање и имплементацију *acquis communautaire*. Јачање капацитета административних јединица (у ширем смислу) чији се делокруг послова односи на сам процес интеграције обухвата њихово оспособљавање (с аспекта људства, стручности и техничке опремљености) да припреме, координирају и спроведу интеграцију у ЕУ (пре свега у оквиру активности везаних за преговоре са ЕУ). Захтев да се преузму обавезе из уговора и чланства (*acquis*) повлачи за собом нужност јачања административних капацитета у управи *en general* као и у различитим секторима. ЕУ инсистира на јачању административних капацитета у државама које су (потенцијални) кандидати за чланство јер у крајњој линији ЕУ „зависи“ од националних администрација тако што се у спровођењу комунитарног права превасходно ослања на управу држава чланица. У Србији је у складу са опредељењем за евроинтеграције формирана административна структура која управља и координира процес приближавања ЕУ, а јачање административних капацитета се

одвија у оквиру реформе државне управе, као и по секторима. Резултати су амбивалентни, што је укратко приказано у раду.

Кључне речи:

политика условљавања, јавна администрација, *acquis communautaire*, реформа државне управе у Србији

1. Увод

Усклађивање националног правног поретка са правним тековинама Европске уније (*acquis communautaire*), које је саставни и незаобилазни део европских интеграција, подразумева не само усвајање одређених правних аката на националном нивоу, већ и њихову ефикасну примену. Квалитетан закон је први корак, али је његова ефикасна примена одлучујући фактор у остварењу делотворног правног поретка. Што је јаз између прописаног права и примењеног права мањи, правни поредак је квалитетнији. С обзиром да је јавна администрација, уз судство, један од најважнијих стубова примене права, у процесу усклађивања националног са комунитарним правом велика пажња се посвећује административним капацитетима за спровођење усвојених прописа.

Проблем јачања административних капацитета се у раду анализира на три нивоа. Прво су приказани услови које држава треба да испуни како би напредовала ка чланству у Европској унији (ЕУ), а који су релевантни за питање јачања административних капацитета. Затим се анализирају важност јачања административних капацитета за интеграцију у ЕУ и одређена мерила на основу којих се процењује ниво административних капацитета држава које теже чланству у ЕУ. На крају је у кратким цртама представљено стање у Србији у овој области.

2. Интеграција у ЕУ као условљен процес

Приближавање држава ЕУ са чланством као крајњим циљем је процес који се одвија у фазама у којима се напредак процењује на основу способности држава да испуне одређене услове и постепено ускладе

свој поредак са принципима и стандардима ЕУ. Протеком времена и стицањем искуства у различитим таласима проширења, ЕУ је утврдила сет услова који се везују за чланство у ЕУ. Ови услови су правно утемељени у члану 49. став 1. у вези са чланом 6. став 1. Уговора о оснивању ЕУ. Иако члан 49. Уговора о ЕУ превасходно регулише поступак приступања државе ЕУ, он садржи и материјалне услове за чланство¹. У ставу 1. наведеног члана предвиђена је могућност за сваку европску државу која поштује принципе наведене у члану 6. став 1. Уговора о ЕУ да поднесе захтев за чланство у ЕУ. Право на подношење захтева (кандидатуре) за чланство претпоставља да захтев подноси европска држава са демократским државним поретком (чл. 6. ст. 1). Кроз упућивање на члан 6. став 1. Уговора о ЕУ, ЕУ поставља услове који се тичу уређења државно-правног поретка држава кандидата². Од њих се очекује да поштују принципе слободе, демократије, заштите људских права и слобода, као и правне државе (владавине права). Члан 6. став 1. Уговора о ЕУ садржи централне елементе модерног конституционализма³, али се њиме не конструише неки униформан и потпун демократски модел, већ се захтева само минимум или срж основних демократских вредности. Ипак, и поред уопштене формулације наведена норма пружа довољно садржине да може служити као мерило за процену политичких система држава чланица⁴.

Централну смерницу у политици проширења ЕУ представљају тзв. Копенхашки критеријуми. Иза ове синтагме се крије листа услова коју је у оквиру закључака са самита у Копенхагену 1993. формулисао Европски савет⁵. Иако су ови услови формулисани у светлу промена у државама средње и источне Европе и односе се превасходно на њих, Копенхашки критеријуми су се етаблирали у општи услов за чланство у ЕУ и незаобилазно су место у сваком даљем проширењу ЕУ. Копенха-

¹ Н-Ј. Cremer, Art. 49, C. Callies/M. Ruffert (ур.), EU/EG Kommentar, 2002, став 5.

² Ibid.

³ Т. Kingreen, Art. 6 EUV, C. Callies/M. Ruffert (ур.), EU/EG Kommentar, 2002, став 2 и 3.

⁴ А. Verhoeven, How Democratic Need European Union Members Be?, E.L. Rev 1998, стр. 230.

⁵ Bull. EC 6/1993, стр. 8 и даље (посебно видети тачку I.13. Закључака).

шки критеријуми садрже услове који се могу груписати у политичке, економске и правне (интеграциона способност држава која се процењује кроз способност држава да преузму *acquis communautaire*), али садржи и услов који се тиче саме ЕУ и односи се на њену способност да прими нове чланице. Услови из Копенхашких критеријума се међусобно разликују по два основа. Први је тај да су само политички критеријуми (изузимајући обавезу заштите националних мањина) кодифицирани у Уговор о ЕУ. Са друге стране, временски оквир у коме државе треба да испуне ове услове је различит. Испуњеност политичких услова је неопходна за отварање преговора о чланству, док економски услови морају бити испуњени у моменту приступања ЕУ. Правне тековине ЕУ (*acquis communautaire*) морају исто тако бити преузете у тренутку приступања, али се испуњавање ове обавезе у одређеним сегментима може пролонгирати кроз прелазне одредбе у уговору о чланству.

Политика условљавања коју ЕУ примењује према Србији (и осталим државама западног Балкана) ослања се на Копенхашке критеријуме, али и на услове који произилазе из Процеса стабилизације и придруживања, из одговарајућих докумената који се односе на мере финансијске и техничке помоћи, као и на услове (тј. обавезе држава) који произилазе из мировних споразума^{6,7}. Европски савет је на самиту у Солуну 2003. године потврдио опредељење ЕУ да ефикасно подржи европску перспективу држава западног Балкана које теже чланству у ЕУ, чим ове испуне утврђене услове⁸, и то Копенхашке критеријуме и услове који су потврђени у Завршној декларацији са самита одржаног у Загребу 2000. године⁹. Документ из Загреба упућује на услове које је у априлу 1997. дефинисао Савет ЕУ и који се тичу демократских, економских и институционалних реформи, као и на напредак у имплементаци-

⁶ Нпр. Дејтонски споразум.

⁷ Упор. О. Anastakis/D. Bechev, *EU Conditionality in South East Europe. Bringing Commitment to the Process*, European Studies Centre, Oxford april 2003, стр. 7 и 8.

⁸ Тачка 40 Закључака Европског савета из Солуна, 19. и 20. јуни 2003, Bull. EU 6/2003 (I.17).

⁹ Види став 4. Декларације са Самита ЕУ и земаља западног Балкана у Солуну, 21. јун 2003.

цији споразума о стабилизацији и придруживању, уз посебну оцену на- претка у регионалној сарадњи^{10, 11}

Како би државама западног Балкана олакшала испуњавање на- ведених услова, ЕУ је на Самиту у Солуну 2003. године предвидела Европска (Приступна¹²) партнерства као нови инструмент за прибли- жавање ових држава ЕУ¹³. Европска партнерства садрже приоритете одн. конкретне мере које држава треба да предузме како би се прибли- жила ЕУ. Приоритети нису нови услови за интеграцију у ЕУ, већ пред- стављају конкретизацију Копенхашких критеријума и услова који се везују за Процес стабилизације и придруживања и треба их посматрати у светлу већ раније дефинисаних услова. Ови приоритети служе као конкретна мерила на основу којих се процењује способност државе да испуни утврђене услове¹⁴. Дефинисањем јасних приоритета, одн. мера које држава треба да предузме, (не)успех државе постаје видљив и у не- ку руку мерљив¹⁵. Пошто ЕУ кроз инструмент Европског партнерства даје битне смернице за неопходне реформске мере у државама запад- ног Балкана, она тиме битно утиче на унутрашње реформе у овим др- жавама.

¹⁰ Тачка 4 Завршне декларације из Загребa, 24. новембар 2000. Документ је досту- пан на интернет страници http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/sap/zagreb_summit_en.htm.

¹¹ Више о условима за државе западног Балкана види Lj. Djordjević, *Serbien und die EU. Staatsreform und europäische Integration*, Baden-Baden 2007, стр. 45 и даље.

¹² Кад држава добије статус кандидата за чланство овај инструмент се преименује у Приступно партнерство, али задржава ранију форму и структуру. Види нпр. Одлуку Савета о основама, приоритетима и условима Приступног партнерства са Хрватском од 20. фебруара 2006, ОЈ ЕУ L 55, од 25. фебруара 2006, стр. 30-43.

¹³ Институт Европског партнерства је правно утемељен 2004. године кроз Регула- тиву (ЕЗ) 533/2004 о оснивању Европских партнерстава у оквиру Процеса стабилиза- ције и придруживања, ОЈ ЕУ L 86 од 24. марта 2004, стр. 1 и даље.

¹⁴ Council Decision (2008/213/EC) on the principles, priorities and conditions contain- ed in the European Partnership with Serbia including Kosovo as defined by United Nati- ons Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999 and repealing Decision 2006/56/EC, ОЈ ЕУ L 80, од 19. марта 2008, стр. 46-70, стр. 48 (анекс 1, принципи).

¹⁵ Упор. L. Cyrus, *Das Gipfeltreffen EU-Westliche Balkanstaaten in Thessaloniki, Südo- steuropa Mitteilungen* 4-5/2003, стр. 8.

3. Неопходност јачања административних капацитета у процесу интеграције у ЕУ

Потреба за јачањем административних капацитета у државама (потенцијалним) кандидатима за чланство у ЕУ произилази из политичких и правних услова за чланство. С обзиром да се у оквиру политичких услова од државе кандидата захтева да оствари институционалну стабилност као гаранцију за демократски поредак и заштиту људских и мањинских права, овим условима је обухваћена и потреба да се јавна управа успостави на принципима правне државе и владавине права. Правни услови непосредније дотичу проблем јачања административних капацитета, јер се овим условима захтева да држава кандидат може да преузме обавезе из чланства. При том, испуњеност ових услова се не мери само степеном хармонизације домаћег са европским правом и преузимањем *acquis communautaire*, већ и способношћу државе да у пракси примени усвојене правне прописе. Стога, да би држава могла да имплементира *acquis* неопходно је да развије административне капацитете. Схватајући значај јачања административних капацитета Европски савет је 1995. године у Закључцима из Мадрида додатно нагласио потребу за „прилагођавањем административних структура“ држава кандидата¹⁶. Од тада се јачање административних капацитета често издваја у посебан услов за чланство у ЕУ. Тако је нпр. Европска комисија 2004. године у свом редовном извештају о напретку Србије (и Црне Горе) у Процесу стабилизације и придруживања означила административне капацитете као кључни услов за успешну интеграцију у ЕУ¹⁷.

Јачање административних капацитета у процесу интеграције у ЕУ обухвата два сегмента. Први се односи на изградњу националних структура за спровођење процеса интеграције, а други на јачање капа-

¹⁶ Madrid European Council (15. и 16. децембар 1995), Presidency Conclusions, тачка III. А., текст доступан на интернет страници http://www.europarl.europa.eu/summits/mad1_en.htm.

¹⁷ European Commission, Serbia and Montenegro. Stabilisation and Association Report 2004, SEC (2004), 376, стр. 30. Документ је доступан на интернет страници http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/serbia_and_montenegro/cr_s-m_en.pdf.

цитета за испуњавање обавеза које произилазе из уговора¹⁸ као и за преузимање и имплементацију *acquis*-а.

3.1. Изградња националних структура за спровођење процеса интеграције

Интеграција у ЕУ, са чланством као крајњим циљем, је дуг и сложен процес који изискује успостављање одређене структуре административних јединица (у ширем смислу). Јачање административних капацитета ових јединица обухвата њихово оспособљавање (с аспекта људства, стручности и техничке опремљености) да припреме, координирају и спроведу интеграцију у ЕУ. Ове административне јединице нарочито долазе до изражаја у процесу преговора са ЕУ, и то оних који резултирају успостављањем посебних уговорних односа са ЕУ (Споразум о стабилизацији и придруживању) и што је важније, преговора за чланство у ЕУ¹⁹. Начин организације административних јединица које су надлежне за послове интеграције у ЕУ је препуштен самим државама (потенцијалним) кандидатима. Не постоји модел административне структуре који ЕУ намеће државама. Она од њих очекује да успоставе функционалан и ефикасан систем, који је властан и поуздан партнер у спровођењу европских интеграција. Државе углавном формирају „тро-

¹⁸ У случају Србије реч је о обавезама које произилазе из Споразума о стабилизацији и придруживању.

¹⁹ Држави која је поднела захтев за чланство у ЕУ, Савет ЕУ може доделити статус кандидата за чланство. Стицање статуса кандидата не повлачи за собом и отварање преговора, јер је за почетак ове фазе неопходно да је држава испунила политичке критеријуме за чланство (пример Македоније служи као добра илустрација). Тек кад држава испуни политичке критеријуме, ЕУ може отворити преговоре за чланство. Предмет преговора су услови и временски оквир за усвајање и примену *acquis*-а у дотичној држави кандидату. При том треба имати на уму да термин „преговори“ иако прихваћен није потпуно прикладан, јер се о самом *acquis*-у не може преговарати. Уствари, преговара се о томе како и када држава кандидат мора да преузме правила и процедуре ЕУ. Преговори се одвијају према поглављима (њих 35), која се односе на различите области *acquis*-а. Види: European Commission, Understanding Enlargement. The European Union's enlargement policy, ЕС 2007, стр. 9 и 10. Публикација је доступна на интернет страници http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/publication/enl-understand_en.pdf.

слојну“ структуру за европске интеграције која се састоји из политичког центра, оперативног центра и „мреже“ административних јединица које су инкорпориране у постојећу административну структуру.

3.2. Јачање административних капацитета (у ужем смислу)

Потреба за јачањем административних капацитета произилази из уговорних односа које државу (потенцијалног) кандидата прате на путу до чланства у ЕУ. Ефикасна управа треба пре свега да обезбеди спровођење обавеза из „претприступних“ уговора са ЕУ²⁰, али она мора бити оспособљена и да примењује *acquis*. Иако обавеза преузимања *acquis*-а генерално произилази из уговора о чланству, она није без значаја и у претприступној фази јер се државе и „претприступним“ уговорима обавезују на усклађивање националног законодавства и преузимање *acquis*-а у областима које су регулисане овим уговорима²¹. При том су обим и интензитет обавезе преузимања *acquis*-а све већи са приближавањем тренутка чланства у ЕУ.

Разлози за инсистирање ЕУ на јачању административних капацитета у државама (потенцијалним) кандидатима, крију се (у крајњој линији) у зависности ЕУ од управа њених чланица. ЕУ на државном нивоу нема сопствену администрацију и стога се у спровођењу свог права ослања на управу држава чланица. Спровођење комунитарног права је добрим делом у надлежности националних администрација, које су постале међусобно повезане и зависне организације. Ефикасност националних администрација држава чланица утиче на ефикасност саме ЕУ и остварење њених циљева и политика. Осим тога, ефикасност националних администрација утиче и на примену комунитарног права у другим државама чланицама. Наиме, у оквиру ЕУ је прихваћен принцип међусобног признања аката и радњи управе, према ко-

²⁰ За државе средње и источне Европе то су били „Association agreements“, а за државе западног Балкана „Stabilisation and Association Agreements“.

²¹ Види нпр. чл. 68. Споразума о стабилизацији и придруживању са Македонијом, чл. 69. Споразума о стабилизацији и придруживању са Хрватском, чл. 70. Споразума о стабилизацији и придруживању са Албанијом, чл. 72. Споразума о стабилизацији и придруживању са Србијом.

ме управа сваке државе чланице мора признати меру државне управе друге државе чланице, као да ју је сама донела. Прекогранично дејство управних аката наступа аутоматски, без потребе да се донесе додатни акт о признању²². Стога националне администрације у оквиру ЕУ стичу одређен наднационалан карактер: оне структурно остају у границама држава чланица, али се функционално повезују у својеврстан сегмент „ЕУ управе.“²³

У складу са принципом супсидијарности, организација националних администрација је у надлежности држава чланица, а комунитарно право се у свакој држави чланици начелно спроводи по правилима њеног (управног) права²⁴. Свака држава чланица је слободна да уреди своју администрацију према сопственим потребама и проценама. Административна структура и прописи који регулишу ову материју су у државама чланицама ЕУ различити и као израз државног суверенитета релативно отпорни на промене²⁵. Иако у ЕУ не постоји кодификовани део *acquis*-а који се односи на управу, не може се рећи да су националне администрације држава чланица у потпуности изузете од утцаја ЕУ. У комунитарном праву не постоји кодификација управноправних принципа, али се ови постепено уносе у примарно и секундарно право. Тако нпр. члан 6. став 1. Уговора о ЕУ поставља владавину пра-

²² Види: J. Schwarze, Deutscher Landesbericht, у: J. Schwarze (уп.), Administration Law under European Influence, Baden-Baden 1996, стр. 135-136.

²³ Упор. С. Nizzo, National Public Administrations and European Integration, SIGMA working Paper 2000, стр. 4; J.Fournier, Governance and European Integration. Reliable Public Administration, у: OECD, Preparing Public Administration for the European Administrative Space, SIGMA Paper 23, 1998, стр.120.

²⁴ Европски савет из Есена је потврдио велики значај принципа супсидијарности као водећег принципа ЕУ. У својим закључцима Европски савет је нагласио да административна примена комунитарног права у основи мора остати ствар држава чланица, без да се тиме крњи право надзора и контроле које има Европска комисија. Закључци Европског савета из Есена, децембар 1994, Bull. EU 12-1994, стр. 12. Видети спојене случајеве 205 до 215/82 (Deutsche Milchkontor v. Germany), ECR, 1983, стр. 2665, тачка 17. G. Gornig/C. Trüе, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum europäischen Verwaltungsrecht, JZ 2000, стр. 395.

²⁵ J. Schwarze, Deutscher Landesbericht, у: J. Schwarze (уп.), Administration Law under European Influence, Baden-Baden 1996, стр. 154. OECD, Preparing Public Administration for the European Administrative Space. Overview, SIGMA Paper 23, 1998, стр. 13.

ва као темељни принцип који је заједнички свим државама чланицама, члан 5. став 3. Уговора о ЕЗ успоставља принцип сразмерности, члан 12. став 1. Уговора о ЕЗ забрањује дискриминацију на основу држављанства (држава чланица), а члан 253. Уговора у ЕЗ уводи обавезу да се правни акти образложе²⁶. Иако још увек не чини саставни део примарног комунитарног права, треба указати и на Повељу ЕУ о људским правима²⁷, која у члану 41. регулише право на добру управу²⁸. И у актима секундарног комунитарног права се могу наћи принципи који се одnose на поступање администрације. Одредбе о примени правила конкуренције²⁹, контроли концентрације предузећа³⁰, надзору над државним субвенцијама³¹, заштити животне средине³², те одредбе царинског кодекса³³ су само неки од примера³⁴. Значајну улогу у формирању комунитарних принципа који се тичу деловања управе има Европски суд правде који је у својој пракси развио и разрадио низ веома важних принципа. Општи правни принципи Европског суда правде су у првом реду упућени органима ЕУ (прецизније речено, органима ЕЗ). Ови принципи треба да пред наведеним органима пруже грађанима ЕУ заштиту коју они иначе уживају пред државним органима. Међутим,

²⁶ Ова норма се експлицитно односи на одређене акте које доносе Савет ЕУ (сам или са Европским парламентом) и Европска комисија, али она одликава прихваћени принцип да одлуке јавне власти морају бити образложене.

²⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union, ОЈ ЕУ С 364, од 18.12.2000, стр. 1-22.

²⁸ Члан 41. у ставу 1. садржи начелно право сваког лица да тела и органи ЕУ (тима су обухваћене и државе чланице када примењују комунитарно право, упор. чл. 51. ст. 1. Повеље) непристрасно, правично и у разумном року обраде његов случај. У ставу 2. се ово право рашчлањује на право да се буде саслушан, право на приступ предмету, као и на обавезу администрације да образложи своју одлуку. Став 3. се односи на право на накнаду штете, а став 4. на употребу једног од званичних језика ЕУ.

²⁹ Council Regulation 1/2003, ОЈ L 1 од 4. 1. 2003, стр. 1-25.

³⁰ Council Regulation 4064/89, ОЈ L 395 од 30. 12. 1989, стр. 1-12.

³¹ Council Regulation 659/99, ОЈ L 83 од 27. 3. 1999, стр. 1-9.

³² Council Directive 85/337, ОЈ L 175 од 5.7.1985, стр. 40-48. Council Directive 90/313, ОЈ L 158 од 23.6.1990, стр. 56-58.

³³ Council Regulation 2913/92, ОЈ L 302 од 19.10.1992, стр. 1-50.

³⁴ Опширније у J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 2005, стр. ХСV и даље.

правно дејство ових принципа се проширује и на деловање органа држава чланица и то онда када они примењују комунитарно право³⁵. Сви ови принципи важе и за нове државе чланице, и то од тренутка њиховог приступања ЕУ³⁶. Као што је напред већ речено, органи држава чланица се у примени комунитарног права ослањају на своје националне одредбе о управном поступку, под условом да на нивоу ЕУ не постоје посебне одредбе којима је конкретно питање регулисано. У складу са правилом да је комунитарно право јаче правне снаге од националног и да има првенство у примени, материјалне и процесне одредбе националног права ће се применити под условом да у оквиру комунитарног права не постоје релевантне одредбе³⁷. Важно је напоменути да држава када применом националних процесних правила примењује комунитарно материјално право не сме фактички да онемогући примену комунитарног права. Овај принцип произилази из члана 10. Уговора о ЕЗ који обавезује државе чланице да предузимају све погодне опште и посебне мере како би испуниле обавезе које произилазе из оснивачких Уговора или су последица делања органа ЕУ (прецизније ЕЗ). Осим тога, државе чланице су дужне да се уздржавају од предузимања мера које би могле да угрозе остварење циљева Уговора (члан 10. став 2. Уговора о ЕЗ).³⁸ Ова одредба има за последицу да државе чланице могу само-

³⁵ T. Schilling, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 2000, стр. 7. G. Gornig/C. Trüe, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen allgemeinen Verwaltungsrecht, JZ 1993, стр. 888.

³⁶ Види члан 2. Акта о условима приступа Чешке Републике, Републике Естоније, Републике Кипар, Републике Летоније, Републике Литваније, Републике Мађарске, Републике Малте, Републике Пољске, Републике Словеније и Словачке Републике и усаглашавању Уговора на којима је заснована ЕУ, OJ L 236 од 23.9.2003, стр. 33.

³⁷ Види спојене случајеве 205 до 215/82 (Deutsche Milchkontor v. Germany), ECR, 1983, стр. 2633 и даље, тачка 17. Види: E. Grabitz, Europäisches Verwaltungsrecht. Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, стр. 1780.

³⁸ Ово правило потврђује и Европски суд правде који у својој пракси стоји на становишту да државе чланице морају предузети све мере како би обезбедиле ефикасну примену комунитарног права и да се не могу позивати на проблеме у националној администрацији како би оправдале неадекватну или неефикасну примену комунитарног права. Види пресуде C-95/77 (Commission v. Netherlands), C-254/83 (Commission v. Italy), C-209/88 (Commission v. Italy).

стално уредити своју националну администрацију, али њено деловање мора имати за последицу стварно и потпуно испуњавање задатака ЕЗ, како би циљеви који су утврђени у оквиру ЕУ били остварени³⁹. У том смислу принципи које је разрадио Европски суд правде чине неку врсту коректива и у случају колизије имају примат над националним процесним правилима. Ипак, принципе које је разрадио Европски суд правде не треба посматрати као изолован и паралелан систем у односу на национална правна правила. Напротив, Европски суд правде је ове принципе разрадио узимајући у обзир правила која су установљена у законодавној и судској пракси, као и правној науци држава чланица⁴⁰. За то међутим није било неопходно да одређено правило постоји у свакој држави чланици. Европски суд правде је на наднационалном нивоу потврдио низ принципа који су били већ познати у националним правним системима држава чланицама, али је његова пракса допринела и ширењу неких принципа специфичних за једну државу чланицу на националне правне системе осталих држава чланица⁴¹. Релевантни принципи Европског суда правде се односе на законитост рада управе⁴², на остварење правне сигурности⁴³, на принцип сразмерности⁴⁴, али садрже и процесне гаранције попут права на саслушање, права на одбрану, као и обавезу управе да адекватно образложи своју одлуку⁴⁵.

Постављање јавне управе у оквиру правне државе је полазна основа за јачање административних капацитета, али овај процес захте-

³⁹ J. Fournier, *Governance and European Integration. Reliable Public Administration*, у: OECD, *Preparing Public Administration for the European Administrative Space*, SIGMA Paper 23, 1998, стр. 121.

⁴⁰ Случај 7/56 (*Alegre v. Common Assembly*), ECR, 1957, стр. 118.

⁴¹ Тако је нпр. Европски суд правде ослањајући се на немачку правну традицију развио принцип сразмерности, који ће тако преко комунитарног права ући у правни систем многих држава чланица. Види: OECD, *European Principles for Public Administration*, SIGMA paper 27, 1998, стр. 10.

⁴² Повезани случајеви 46/87 и 227/88 (*Hoechst v. Commission*), тачка 19.

⁴³ Случајеви 66, 127 и 128/79 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Meridionale Industria Salumi S.r.l Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi*), тачка 8-12.

⁴⁴ Случај 265/87 (*Schröder v. Hauptzollamt Gronau*), тачка 21.

⁴⁵ Случај C-269/90 (*Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte*), тачка 14.

ва и добро вођен менаџмент јавне управе. У том смислу јачање административних капацитета претпоставља институционалну структуру административних система у којој постоји јасно разграничење надлежности и одговорности, сарадња између различитих носилаца административне функције, и у којој постоје мерила за процену ефеката и начини за адекватно прилагођавање мера⁴⁶. За јачање административних капацитета у овом смислу значајна су два документа Европске комисије: Бела књига о европском управљању⁴⁷ (даље: Бела књига) и Водич о административним структурама потребним за имплементацију *acquis*-а⁴⁸ (даље: Водич Европске комисије). Европска комисија у Белој књизи идентификује пет темељних принципа доброг управљања који су од значаја за остварење демократије и владавине права у државама чланицама, али су релевантни на свим нивоима управљања (глобалном, европском, националном, регионалном и локалном). Ови принципи су: отвореност, партиципација, одговорност, ефективност и кохерентност⁴⁹. Иако се Бела књига односи на унапређење управљања у ЕУ, ње-

⁴⁶ Количина средстава којима одређена административна јединица располаже иако није без значаја за њену ефикасност није најбитнији фактор. „Богато“ министарство или други орган државне управе не морају обавезно да буду и ефикаснији од оних са мањом количином средстава. P. Nicolaidis, Building Capacity for Policy Implementation, EIPASCOPE, 25 Anniversary Special Issue, стр. 39. http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/Scop06_2e_07.pdf.

⁴⁷ European Commission, White Paper on European Governance, COM (2001) 428, од 25.7.2001.

⁴⁸ European Commission, Guide to the Main Administrative Structures Required for Implementing the Acquis, 2005. Доступно на интернет страници http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/negotiations_croatia_turkey/adminstructures_version_may05_35_ch_public_en.pdf.

⁴⁹ Енгл. Oppennes, Participation, Accountability, Effectiveness, Coherence. Отвореност подразумева активну комуникацију са грађанима ради повећања поверења у институције; партиципација се односи на обезбеђивање учешћа ширег круга субјеката у доношењу одлука, одговорност захтева већу јасноћу у процесу доношења одлука, кроз јасно дефинисане надлежности и могућност идентификације оних који преузимају одговорност за донете одлуке; ефективност подразумева да политике морају бити делотворне и благовремене, да остварују жељена дејства на основу јасно постављених циљева и евалуације будућих ефеката и претходних искустава, уколико их има, а кохерентност да политике и акције морају бити међусобно повезане и лако разумљиве.

ни адресати нису само институције ЕУ већ и њене државе чланице (како садашње тако и будуће) и то на нивоу централне, регионалне и локалне власти⁵⁰.

Водич Европске комисије је неформалан радни документ Европске комисије и нема обавезујући карактер. Он има за циљ да експертима који раде за Европску комисију или за државе које су у процесу приближавања својих правних система и администрације ЕУ служи као помоћно средство приликом процене административних капацитета ових држава. Европска комисија овакву процену врши кроз редовне извештаје о напретку у процесу проширења одн. Процесу стабилизације и придруживања, као и у оквиру преговора о чланству (разматрајући напредак одређене државе у сваком од поглавља). Оваква процена претпоставља јасну представу главних административних структура које су позване да имплементирају различита поглавља *acquis*-а, затим главних функција коју свака од тих структура мора да испуни, као и основних карактеристика које ове структуре морају поседовати како би ваљано испуниле своје функције⁵¹. У складу с тим, Водич Европске комисије садржи сет стандарда на основу којих се може процењивати административни капацитет државе за имплементацију сваког поглавља *acquis*-а, укључујући резултате релевантних административних структура. Резултати се процењују како на основу начина на који ове структуре остварују своје функције (независност, транспарентност), као и квалитета ефеката које остварују⁵². Водич Европске комисије, структуриран према тадашњих 29 поглавља *acquis*-а, садржи листу административних структура које *acquis* изричито предвиђа, листу административних структура које *acquis* не предвиђа изричито али је њихово постојање неопходно за његову делотворну имплементацију, а затим је за сваку од ових структура назначено које кључне функције мора

ве. European Commission, White Paper on European Governance, COM (2001) 428, стр. 10.

⁵⁰ European Commission, White Paper on European Governance, COM (2001) 428, стр. 3.

⁵¹ European Commission, Guide to the Main Administrative Structures Required for Implementing the Acquis, 2005, стр. 7.

⁵² Ibid.

остварити и основне карактеристике које мора поседовати како би остварила те кључне функције⁵³.

4. Јачање административних капацитета у Србији

Јачање административних капацитета се у Србији у основи одвија кроз три процеса: кроз формирање механизма за спровођење европских интеграција, кроз реформу државне управе и кроз реформске процесе у оквиру секторских политика. На овом месту ћемо укратко указати на тренутно стање у овим областима, ослањајући се пре свега на документе и акте Владе Републике Србије и Европске комисије.

4.1. Административни капацитети за спровођење процеса интеграције у ЕУ

У складу са програмским опредељењем за европске интеграције утврђеним после 5. Октобра 2000. године у Србији су 2002. године постављене основе механизма који координише овај процес. Први корак у том смеру било је формирање Сектора за европске интеграције у Министарству за економске односе са иностранством, који ће 2004. прерастати у Канцеларију Владе Републике Србије за европске интеграције⁵⁴, као посебну службу Владе. Канцеларија је данас централно координационо тело у процесу интеграције Србије у ЕУ у чијем делокругу се налазе стручни, административни и оперативни послови који се тичу интеграције у ЕУ⁵⁵. Политички импулс процесу интеграције Србије у ЕУ даје Савет за европске интеграције Владе Републике Србије, који је формиран 2002.⁵⁶ и редефинисан 2007. године.⁵⁷ За политичку подршку

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Уредба Владе Републике Србије о оснивању Канцеларије за придруживање Европској унији, Сл. гласник РС 25/05, 75/05.

⁵⁵ Види члан 2. Уредбе Владе Републике Србије о оснивању Канцеларије за европске интеграције (Сл. гласник РС 126/2007).

⁵⁶ Одлука Владе Републике Србије о оснивању Савета за европске интеграције, Сл. гласник РС 14/2002.

⁵⁷ Одлука Владе Републике Србије од 7. јуна 2007.

процесу интеграције у ЕУ од значаја је и функција потпредседника Владе задуженог за европске интеграције, који је директно надређен директору Канцеларије за европске интеграције. Влада Републике Србије је 2002. године основала Комисију за координацију процеса приступања ЕУ⁵⁸, али је 2007. образован нови координациони механизам за процес приступања ЕУ. Одлуком Владе Србије о оснивању Координационог тела за процес приступања ЕУ⁵⁹ Влада је прилагодила овај механизам актуелним потребама процеса интеграције у ЕУ и формирала Координационо тело за процес приступања ЕУ, Стручну групу Координационог тела, Подгрупе Стручне групе, као и јединице за европске интеграције у ресорним министарствима и органима државне управе⁶⁰.

Европска комисија у својим редовним извештајима није изражавала замерке у погледу функционисања органа или служби надлежних за послове интеграције. Штавише у извештајима се понавља позитивна оцена рада Канцеларије за европске интеграције⁶¹. Ипак, и у Европском партнерству из фебруара 2008. године међу кључним краткорочним приоритетима се налази „јачање структура за европске интеграције“⁶², а у оквиру средњорочних приоритета се пледира на даље јачање капацитета за европске интеграције у оквиру јавне управе, успостављање неопходних структура унутар ресорних министарстава и владе, као и на побољшање сарадње између свих служби и одељења надлежних за европске интеграције⁶³.

⁵⁸ Одлука Владе Републике Србије о оснивању Комисије за координацију процеса приступања Европској унији, Сл. гласник РС 69/2002.

⁵⁹ Сл. гласник РС 95/2007.

⁶⁰ Види напред наведену Одлуку Владе, као и Национални програм за интеграцију Републике Србије у ЕУ, октобар 2008, стр. 9 и 10.

⁶¹ European Commission, Serbia 2006 Progress Report, SEC (2006) 1389, стр. 7; European Commission, Serbia 2007 Progress Report, SEC (2007)1435, стр. 8; European Commission, Serbia 2008 Progress Report, SEC (2008) 2698, стр. 9.

⁶² Council Decision 2008/213 on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Serbia including Kosovo as defined by United Nations Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999 and repealing Decision 2006/56/EC, OJ L 80, од 19.3.2008, стр. 46-70, стр. 50.

⁶³ Ibid, стр. 57.

4.2. Реформа државне управе и јачање административних капацитета

Процес реформе државне управе у Србији започет је октобра 2004. године усвајањем Стратегије реформе државне управе у Републици Србији.⁶⁴ Усвајање Стратегије је био директан одговор на приоритете из Европског партнерства донетог 2004. године, које је питање потребе реформе државне управе у Србији садржало и у оквиру краткорочних и средњорочних приоритета. Међу краткорочним приоритетима нашло се и усвајање свеобухватне стратегије о реформи државне управе, укључујући прецизан календар активности, а скренута је пажња и на потребу реформе система плата у државној управи и спровођење мера развоја људских ресурса, као и на потребу да се оснују и остале релевантне институције, те да се припреми регулатива о влади и државној управи. У оквиру средњорочних приоритета уочена је потреба да се усвоје закони о државној служби и државној управи, да се примене мере за развој људских ресурса, као и да се ојачају капацитети (за обликовање политике и координацију између министарстава) државне управе на нивоу владе и на локалном нивоу.⁶⁵ Иако је Стратегију сачинило Министарство за државну управу и локалну самоуправу, она је усвојена као документ Владе чиме је њено дејство, као и одговорност за спровођење проширено на свако министарство и владу у целини. Стратегијом је утврђен основни правац реформе као и принципи на којима она треба да почива, при чему се као оквир поставља *European Administrative Space* и систем добре и отворене управе.⁶⁶ Стратегија поставља два основна циља. Први се односи на изградњу демократске државе која почива на владавини права, одговорности, јавности, еконо-

⁶⁴ Документ је доступан на интернет страници <http://www.drzavnauprava.gov.rs/pages/documents.php?id=729>.

⁶⁵ Одлука Савета 2004/520 о принципима, приоритетима и условима садржаним у Европском партнерству са Србијом и Црном Гором укључујући Косово према Резолуцији 1244 Савета безбедности УН од 10. јуна 1999. године, ОЈ L 227, стр. 21-34, на српском језику доступно на интернет страници <http://www.seio.sr.gov.yu/code/navigate.asp?Id=130>.

⁶⁶ Стратегија, стр. 1.

мичности и ефикасности, а други на изградњу државне управе усмерене ка грађанима, која је способна да грађанима и приватном сектору пружи висок квалитет услуга уз разумне трошкове. Како би се остварили ови циљеви, реформа државне управе је фокусирана на остварење пет принципа: децентрализацију, деполитизацију, професионализацију, рационализацију и модернизацију.⁶⁷ Стратегијом се дотичу и питања законског оквира реформе, увођења информационих технологија, као и питање контроле управе. Уз Стратегију је усвојен и Акциони план мера и активности које је у циљу реформе требало спровести у периоду од 2004. до 2008. године.

Без да улазимо у дубљу анализу реформе државне управе у Србији⁶⁸, овде ћемо указати на неке ефекте досадашњег тока овог процеса.

Први корак у спровођењу Стратегије био је стварање законског оквира кроз доношење закона предвиђених у Акционом плану. У периоду од 2004. до 2007. године донето је девет важних закона из ове области⁶⁹, од којих нарочито треба издвојити Закон о државној управи и Закон о државним службеницима као темељне за успостављање професионалне државне управе. Иако је већина предвиђених закона усвојена, процес стварања законског оквира није без недостатака. Они се преваходно тичу прекорачења временских рокова предвиђених за доношење закона или кашњења у спровођењу донетих закона. Тако је нпр. Закон о платама државних службеника донет тек 2006. године иако је према Акционом плану требало да буде донет крајем 2004. или почетком 2005. године. У истом периоду је требало донети и Закон о

⁶⁷ Ibid, стр. 13.

⁶⁸ О томе детаљније у Lj. Djordjević, *Serbien und die EU. Staatsreform und die europäische Integration*, Baden-Baden 2007, стр. 163 и даље.

⁶⁹ Закон о Влади (Службени гласник РС 55/05, 71/05, 101/07 и 65/08), Закон о државној управи (Службени гласник РС 79/05 и 101/07), Закон о јавним агенцијама (Службени гласник РС 18/05 и 81/05), Закон о државним службеницима (Службени гласник РС 79/05, 81/05, 83/05, 64/07 и 67/07), Закон о платама државних службеника и намештеника (Службени гласник РС 62/06, 63/06, 115/06, 107/07), Закон о електронском потпису (Службени гласник РС 135/04), Закон о заштитнику грађана (Службени гласник РС 79/05 и 54/07), Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (Службени гласник РС 120/04 и 54/07), Закон о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција (Службени гласник РС 43/04).

управном поступку и Закон о управном спору који до данас нису усвојени. Инертност постоји и у примени усвојених закона. Тако је нпр. Закон о електронском потпису који је усвојен 2004. године почео да се спроводи тек 2008. године.⁷⁰ Приметна је и неефикасност у успостављању контролних механизма уведених Законом о заштитнику грађана и Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја⁷¹. И у погледу остварења основних принципа на којима треба да почива државна управа у Србији (децентрализација, деполитизација, професионализација, рационализација и модернизација) приметни су недостаци и ниједан од ових принципа није у потпуности остварен. У свом извештају за 2008. годину, Заштитник грађана оцењује управу у Србији као скупу, оптерећену централизмом, политизацијом, бирократским ставом према грађанима, прекобројношћу нестручних кадрова, застарелом опремом, немотивисаношћу и дезорганизацијом. Такође се истиче да мноштво неусклађених, некад сувишних, а некад недоречених прописа доприноси нетранспарентности и арбитрерности, те да се занемарује начело заштите права грађана и начело заштите јавног интереса⁷². Европска комисија је у свом извештају за 2008. годину оценила да је приметан застој у реформи државне управе у периоду који је обухваћен извештајем, уз додатну напомену да треба у потпуности применити Закон о државним службеницима у циљу побољшања система запошљавања и јачања професионализма и одговорности државних службеника⁷³. Због тога приоритети из Европског партнерства који указују на потребу да се спроводи реформа државне управе (укључујући систем плата државних службеника), да се осигура транспарентност запошљавања и напредовања кадрова и њихова професионализација и одговор-

⁷⁰ Види детаљније у: Министарство за државну управу и локалну самоуправу, Преглед реализације Стратегије реформе државне управе у Републици Србији и Акционог плана за спровођење реформе државне управе за период 2004.-2008. године, Београд октобар 2008, стр. 28.

⁷¹ Види: European Commission, Serbia 2008 Progress Report, SEC (2008) 2698, стр. 10.

⁷² Заштитник грађана Републике Србије, Редован годишњи извештај за 2008. годину, Београд март 2009, стр. 11 и 12.

⁷³ European Commission, Serbia 2008 Progress Report, SEC (2008) 2698, стр. 10 и 11.

ност, те да се побољша координација у оквиру државне управе и парламента као и координација политика и даље не губе на значају.⁷⁴

4.3. Јачање административних капацитета у оквиру различитих сектора

Као што је напред већ напоменуто, за потребе преговора о чланству у ЕУ целокупан *acquis* је подељен у поглавља.⁷⁵ Имплементација *acquis*-а у сваком од ових поглавља не ограничава се на усвајање одређених правних аката, већ обухвата и успостављање административне структуре у чијој је надлежности њихова примена. Стога је за јачање административних капацитета осим реформе државне управе, која треба да створи адекватан административни оквир, веома битна и реформа управе у оквиру различитих сектора, а са циљем њеног оспособљавања за ефикасно и квалитетно спровођење *acquis*-а. С обзиром да је способност државе да преузима обавезе из чланства једно од најважнијих мерила за чланство у ЕУ, добар део процеса интеграције се односи баш на ово питање.

Реформу секторске политике у Србији спроводе министарства (и њихове ниже организационе јединице) и други органи државне управе. Како би секторске политике биле усклађене са процесом интеграције у ЕУ, Влада Републике Србије је у октобру 2008. усвојила Национални програм за интеграцију у Европску унију, који дефинише развојне и стратешке циљеве као и политике, реформе и мере потребне за реализацију тих циљева.⁷⁶ Централно поглавље Националног програма односи се на „Способност преузимања обавеза које доноси чланство“ и

⁷⁴ Council Decision 2008/213 on the principles, priorities and conditions contained in the European Partnership with Serbia including Kosovo as defined by United Nations Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999 and repealing Decision 2006/56/EC, OJ L 80 of 19.3.2008, стр. 50 (short term priorities) и стр. 57 (medium term priorities).

⁷⁵ Подела *acquis*-а није једном заувек дата, тако да је нпр. за потребе преговора са државама централне и источне Европе које су 2004. односно 2007. приступиле ЕУ *acquis* груписан у 30 поглавља, док је за потребе преговора са Хрватском груписан у 35 поглавља.

⁷⁶ Влада Републике Србије, Национални програм за интеграцију у Европску унију, Београд октобар 2008, стр. 10.

подељено је на потпоглавља у складу са структуром *acquis*-а. Свако од 35 потпоглавља садржи општу оцену тренутног стања, законодавни, институционални и буџетски део, при чему је акценат увек стављен на оцену институционалних капацитета и обезбеђивање финансијске одрживости реформе. У институционалном делу приказана је потреба за реорганизацијом постојећих или оснивањем нових институција, потреба за запошљавањем и обуком у тим институцијама, како краткорочно тако и средњорочно.⁷⁷

У својим годишњим извештајима о напретку Србије на путу европских интеграција Европска комисија увек процењује и ниво административних капацитета у различитим секторима. Тако на пример Европска комисија у свом извештају за 2008. годину у делу који се односи на јавну управу оцењује да је Србија генерално наставила да има добар капацитет у сфери јавне управе.⁷⁸ Међутим, у делу Извештаја који се односи на „Европске стандарде“ Европска комисија испитујући способност Србије да постепено усклади своје правне прописе са *acquis*-ем анализира и административне капацитете у различитим секторима. У том смислу Европска комисија у више наврата указује на потребу да се ојачају административни капацитети различитих институција.⁷⁹

5. Закључак

Квалитет одређеног правног поретка у доброј мери зависи од ефикасне примене усвојених правних аката. С обзиром да комунитарно право превасходно примењују органи држава чланица, не треба да чуди што ЕУ инсистира на јачању капацитета националних админи-

⁷⁷ Ibid, стр. 11.

⁷⁸ European Commission, Serbia 2008 Progress Report, SEC (2008) 2698, стр. 10.

⁷⁹ Указује се нпр. на потребу јачања административних капацитета Министарства трговине и услуга ради боље заштите потрошача, Министарства економије (у погледу остварења права на кретање радне снаге), Управе царина, служби за контролу државних субвенција, Завода за интелектуалну својину, Националне службе за запошљавање, јачање капацитета у јавном здравству, Управе за ветерину, Дирекције за воде, Министарства инфраструктуре, Агенције за енергетску ефикасност, јачање капацитета у области статистике, итд.

страција. Иако је уређење и деловање управе у надлежности држава чланица, у Европи се полако издвајају одређени принципи и правила на којима треба да се заснива добра и ефикасна управа. Ови принципи су од значаја и у процесу европских интеграција јер их ЕУ користи кад процењује квалитет управа у државама које теже чланству. Иако ЕУ генерално позитивно оцењује ниво административних капацитета у Србији, она очекује њихово даље јачање како процес интеграције буде одмицао.

Ljubica Đorđević, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of European Legal and Political Studies,

Novi Sad - Sremska Kamenica

STRENGTHENING ADMINISTRATIVE CAPACITIES AS A CONDITION FOR THE EU MEMBERSHIP

Summary

*The need for strengthening of administrative capacities derives from the political and legal criteria for membership in the EU, but because of its importance it is often underlined as a particular condition. Strengthening of administrative capacities in light of integration in the EU has two aspects: establishing and strengthening the European integration structures and mechanisms of coordination on EU matters, and strengthening administrative capacities to take and implement contractual obligations (from the SAA) and to adopt *acquis communautaire*. Strengthening European integration units includes competence building (human capacity, qualifications, and technical equipment) in order to prepare, coordinate, and carry out the integration in the EU (mainly through the activities connected with the negotiations with the EU). The necessity to take obligations from the SAA and from the membership (*acquis*) implicates the need to strengthen the administrative capacities in general and in different sectors. The EU insists on strengthening of administrative capacities in (potential) candidate countries since the implementation of the communitarian law ultimately depends on the national administrations of the member states. In line with the Serbian orientation towards the integration in the EU the special administrative structure for the EU integration has been built up, and the ongoing administrative reform and sectoral reforms aim among other at the strengthening of administrative capacities. The results are ambiguous, as this article briefly shows.*

Key words: *conditionality, public administration, *acquis communautaire*, public administration reform in Serbia*

ЗНАЧАЈ КООПЕРАТИВНОСТИ ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА У САВРЕМЕНОМ ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ¹

Апстракт:

У овом раду аутор анализира значење и елементе кооперативности пореских обвезника у пореском поступку, механизме за њено достизање, као и значај који она има за остваривање функције опорезивања у савременим условима. Посебну пажњу аутор рада посвећује самоопорезивању, као манифестацији кооперативности пореских обвезника у пореском поступку, улози пореских саветника у остваривању те кооперативности и општеприхваћеним европским стандардима поступања пореских саветника у том домену.

Кључне речи:

порези, порески обвезници, порески поступак, „кооперативна“ пореска држава, порески саветници, европски стандарди

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.

УВОД

Порези су верни пратиоци људских активности које манифестују економску моћ подобну за опорезивање од стране државе. Они се утврђују и наплаћују у пореском поступку и за пореске обвезнике су одувек били важни јер представљају умањење њихове економске снаге. Изузетно су важни и за државу јер је испуњење пореских обавеза, од стране обвезника пореза, фундаментални услов њеног успешног функционисања.

Укључивање држава у евроинтеграцијске процесе захтева од државних службеника нова знања, вештине и способности, стално усавршавање и развој, другачији став према властитој улози у односу према грађанима. У контексту ових захтева треба посматрати и поступање пореске администрације (пореских службеника) у пореском поступку. Адекватно уређење области опорезивања, у европској држави 21. века, подразумева јачање положаја пореских обвезника у односу према пореској администрацији и њихову кооперативност. То би, по очекивањима пореске власти, требало да утиче на ниво спремности обвезника да плаћају порезе и да оствари значајан утицај на спречавање евазије пореза.

1. Порески поступак, кооперативна пореска држава и кооперативност пореских обвезника

Изражени јавни интерес за прибављањем пореских прихода одражава специфичну природу пореске области. У пореском поступку се утврђује да ли једно лице дугује нешто на име пореза и у случају потврдног одговора утврђује се правни основ и новчани износ његове пореске обавезе.

Однос порески органи – порески обвезници (порескоправни однос), који се у пореском поступку уређује, у већини држава се прилично дуго развијао у складу са традиционалним схватањем које гласи: порески орган је субјект који иступа са позиције државне власти и има значајна, законом прописана, овлашћења док су порески обвезници су-

бјекти чија је примарна дужност да плаћају порезе и испуњавају све друге, такође, законом прописане обавезе у вези са порезима.²

Демократизацијом друштва и развојем савремене правне државе предузимају се бројне мере да се положај пореских обвезника у пореском поступку побољша. Правила овог поступка прилагођавају се потреби перманентног обезбеђивања средстава држави уз истовремено уважавање начела законитости и одређености пореза, угодности њиховог плаћања и јефтиноће убирања пореза. Присутан је константно и захтев за порескоправном сигурношћу обвезника.

Веће укључивање пореских обвезника у поступак утврђивања и наплате пореза означава се као *кооперативност пореских обвезника у пореском поступку*. Однос пореске власти (пореских органа) и пореских обвезника, посматран у светлу јачања кооперативности пореских обвезника, доводи до одређених промена у бити пореске државе – она постаје *кооперативна пореска држава*.³ Заправо, држава у којој пореска власт има одлучујућу улогу у поступку утврђивања и наплате пореза претвара се у државу која овај поступак обавља у кооперацији са пореским обвезником. С тим у вези, приметна је и промена стила писања пореских закона у смислу да се са „ауторитативних“ прелази на „кооперативне“ пореске законе.⁴ Кооперативност пореских обвезника у пореском поступку, међутим, не мења фундаментално обележје пореза – порези су и даље принудна давања држави. Неиспуњавање обавезе плаћања пореза санкционише се на основу закона.⁵

² Другим речима, за порески орган је у пореском поступку била резервисана позиција активног пореског субјекта а за пореске обвезнике позиција пасивних пореских субјеката. Порескоправни однос је фактички био обликован као једнострано теретан, тј. као однос у коме једна страна – држава има потраживање према другој страни – пореском обвезнику.

³ Највећи део средстава за финансирање јавних потреба се, у савременој држави, обезбеђује путем пореза па се она не ретко назива пореска држава.

⁴ Будући да је број пореских обвезника велики а њихов образовни ниво различит пожељно је да стил писања пореских закона буде што јаснији и разумљивији. То, свакако, доприноси кооперативности пореских обвезника у пореском поступку.

⁵ Обавезна је и кооперативност, па кооперативна пореска држава санкционише сваку некооперативност пореских обвезника у пореском поступку. Видети: Оливера

У пореском поступку, порески обвезник је дужан да пореском органу предочи све чињенице битне за опорезивање.⁶ То се може реализовати ако порески обвезник испоштује обавезу достављања докумената и података релевантних за опорезивање, очекујући њихово коришћење само у ту сврху. Њихово неовлашћено коришћење и објављивање могло би да нанесе штету пореском обвезнику и угрози његове различите интересе (нарушавање личне и приватне сигурности, одавање пословне тајне и др.).⁷ Ако порески обвезници немају гаранције да ће подаци које достављају пореској администрацији, односно до којих је она дошла бити третирани као тајна, постојаће подстицај да те податке не пријављују или да их само селективно пријављују. То би неспорно значило непостојање односа сарадње и пуног поверења субјеката порескоправног односа, а за последицу би имало угрожавање јавног интереса у области финансирања јавног сектора. Из овог разлога је чување службене тајне у пореском поступку важан предуслов кооперативности пореских обвезника.

Исти значај, у савременом пореском поступку, има и поступање у доброј вери (*bona fides*). Оно се одређује као стандард понашања учесника овог поступка тј. као њихово савесно, коректно, поштено и добронамерно понашање. Овакво понашање тежи да учеснике пореског поступка приближи стању међусобне сарадње, што је незаменљива основа ефикасне реализације пореског система.⁸ Институт *тзв. поре-*

Лончарић–Хорват, Јединствени порезни број и кооперативна порезна држава, Право и порези, бр. 11/2006, стр. 4.

⁶ Делатност пореског обвезника у поступку утврђивања пореза подразумева предузимање прописаних радњи са циљем информисања пореског органа о свим битним питањима порескоправне ситуације обвезника. Формалноправне претпоставке за утврђивање пореза, на страни обвезника, тичу се подношења пореске пријаве и вођења законом прописаних пословних књига и пореских евиденција. На другој страни, обавеза је пореског органа да, ако сматра потребним, проверава достављене податке и сам утврђује чињенице релевантне за утврђивање пореске обавезе.

⁷ Свака повреда обавезе чувања службене тајне у пореском поступку се санкционише, а сваки изузетак од ове обавезе мора имати законску подлогу.

⁸ Не треба изгубити из вида да спремност пореског обвезника да буде кооперативан у пореском поступку, у великој мери, зависи од доживљавања пореског система као правичног, односно од нивоа пореског оптерећења. То је чинилац који најнепо-

ског споразумевања је потврда таквог понашања пореског органа, у сагласности је са идејом кооперативне пореске државе а такође је и одређени облик награде пореском обвезнику за његово кооперативно понашање у пореском поступку. Наиме, институтом пореског споразумевања се пореском обвезнику пружа могућност да се о тешко доказивим, а ипак битним, чињеницама за утврђивање пореза договара са пореским органом. У пореској пракси развијених европских држава овај институт се већ дуго примењује.⁹

Треба истаћи да споразумевање на подручју пореског права није институт погодан за масовну употребу. Пореско споразумевање служи само отклањању спора између пореског органа и пореског обвезника у коме предмет спора није стандардни појединачни случај. Искуство показује да за учеснике пореског поступка, у једностраном решавању тешких и нејасних порескоправних питања, нема сигурности у исход поступка. Насупрот томе, пореско споразумевање доприноси „правном миру“, који се тешко може постићи дуготрајним судским поступком.¹⁰

2. Самоопорезивање као манифестација кооперативности пореских обвезника у пореском поступку

Јачање кооперативности пореских обвезника у пореском поступку омогућава пореским органима савремених држава да се, у све већој мери, ослањају на *самоопорезивање*, као посебну технику опорезивања. Они тиме пребацују функције утврђивања (обрачунавања) и

средније делује на понашање пореског обвезника у пореском поступку и његову кооперативност, тј. спремност да тачно и потпуно износи чињенице које је потребно узети у обзир приликом опорезивања. При том, улога пореског органа није занемарљива. Наиме, порески службеници морају стално и активно бити усмерени ка стицању поверења пореских обвезника, јер пракса показује да оно, у међусобним односима, често недостаје.

⁹ Пореско право Србије не познаје институт пореског споразумевања.

¹⁰ Оливера Лончарић–Хорват, Јединствени порезни број и кооперативна порезна држава, цит. стр. 6.

наплате пореза на пореске обвезнике и друге пореске дужнике, задржавајући при том контролну функцију.¹¹

Самоопорезивање је, као начин утврђивања пореске обавезе, трошковно ефикаснији у односу на утврђивање пореза решењем пореског органа.¹² Када порез утврђује пореска администрација, повећање степена тачности подразумева повећање трошкова прикупљања података о основици сваког пореза и повећање трошкова контроле самих пореских обвезника, док не мења трошкове израде пореског решења и евидентирања обавезе у пореском књиговодству. Како самоопорезивање значи да порески обвезник сам утврђује (израчунава) своју пореску обавезу, не постоје за пореску администрацију трошкови утврђивања висине пореза већ само евидентирања и контроле. Зато, повећање степена тачности узрокује само раст трошкова контроле обвезника, па је самоопорезивање, као техника опорезивања, значајно трошковно ефикасније. Поред тога, пребацивањем одговорности за тачност пореске обавезе са пореске администрације на обвезника, примена самоопорезивања даје и два позитивна индиректна ефекта. Прво, сужавају се прилике за подмићивање пореских службеника. Друго, неистинито пријављивање обавезе непосредно је повезано са намером избегавања плаћања пореза (пореске утаје), што је знатно тежа и строжије санкционисана квалификација од „обичног“ неблагоприятног или чак потпуног не-

¹¹ Опредељење за самоопорезивање заснива се на чињеници да се у систему утврђивања пореза решењем пореског органа (уз обавезу достављања пореског решења обвезницима) мора вршити контрола сваког појединачног случаја, чиме се повећава обим послова администрирања порезима уз неминован раст административних трошкова. Други недостатак утврђивања пореза од стране пореских органа је, како пракса показује, честа појава негативних реакција обвезника на износ утврђеног пореза а то отвара простор за жалбе пореских обвезника и вођење пореских спорова.

¹² Примена различитих начина утврђивања пореске обавезе, са административног становишта, може се вредновати према два основна критеријума: *тачности* са којом се утврђује висина пореске обавезе и *висини административних трошкова* који укључује трошкове поступка утврђивања пореза, евидентирања обавезе у пореском књиговодству, као и контроле тачности висине обавезе и благовремености њеног плаћања. Видети: Борис Беговић, Гордана Илић-Попов, Бошко Мијатовић, Дејан Поповић, Реформа пореског система (прва верзија), Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2003, стр. 27.

плаћања решењем утврђене пореске обавезе. Наведено, ипак, не значи да се техника самоопорезивања може применити код свих облика пореза. Уколико је за пореске обвезнике поступак израчунавања пореске основице и обавезе сувише сложен и уколико није могуће успоставити снажне (не само репресивне) подстицаје за самоопорезивање, утврђивање обавезе пореским решењем има предност над самоопорезивањем.¹³

Иницијално, пореска администрација (порески орган) прихвата све „обрачунске“ пореске пријаве, које се затим подвргавају провери тачности приказаних података и контроли утврђивања пореске обавезе. Селекција пореских обвезника за контролу врши се путем груписања пореских обвезника на бази добијених резултата о одступањима износа пореске обавезе у односу на просечне величине у одређеним привредним секторима, укрштањем података из различитих извора, хронолошким праћењем података из претходних пореских пријава из регистра пореских обвезника и др.¹⁴

Самоопорезивање иде „руку под руку“ са добровољним плаћањем пореза. Порески обвезници су одговорни за утврђивање сопствених пореских обавеза, поуздано и благовремено обавештавање пореског органа о томе и плаћање пореза. Пружање јасних информација о овом начину утврђивања пореза и потпуна едукација пореских обвезника од стране пореске администрације, једноставни порески поступ-

¹³ Типичан пример где се исказују све предности технике самоопорезивања је порез на добит корпорација (предузећа). Уз адекватне мере канцеларијске и теренске пореске контроле и у ситуацији у којој прибављање екстерних финансијских средстава за пословање и инвестирање битно зависи од успешности предузећа, која се мери и величином оствареног профита, обвезник пореза има јаке мотиве да тачно исказе основицу, а тиме и пореску обавезу. Порез на додату вредност (ПДВ) и акцизе су, такође, порези код којих се примењује техника самоопорезивања. Видети: Ibid, стр. 28.

¹⁴ Потребно је истаћи да различите врсте пореских обвезника (нпр. велики, средњи и мали порески обвезници (подела је извршена према приходном потенцијалу обвезника) или обвезници различитих врста пореза) имају посебне особине и понашање у вези са испуњавањем пореских обавеза. Ово свакако има утицај на ниво наплаћених пореских прихода и посматрано из угла пореске администрације може се окарактерисати као ризик у њеном раду. Да би успешно управљала овим ризиком, пореска администрација треба да развије и примењује приступе у раду који су прикладни за сваку врсту пореских обвезника.

ци и подстицање добровољног испуњавања пореских обавеза – нужни су предуслови тачног обрачунавања и благовременог плаћања пореза од стране пореских обвезника.¹⁵ Посебно је важно да се пореским обвезницима обезбеди одређени степен извесности (сигурности) у вези обрачунавања пореске обавезе. Успешност самоопорезивања управо, добрим делом, зависи од стабилности пореских прописа и лаке доступности информација које су пореским обвезницима водич у обављању ове функције.¹⁶

Професионална пореска администрација је отворена и одговорна у пружању помоћи пореским обвезницима да се повинују својим пореским обавезама (што посебно долази до изражаја код самоопорезивања).¹⁷ Таква пореска администрација стиче поверење јавности. Самоопорезивање подразумева одређено „партнерство“ пореских органа са обвезницима и промену њиховог „административног“ (строгог) стила комуникације у отворени стил који тежи успостављању бољег односа са пореским обвезницима.¹⁸

¹⁵ Carlos Silvani, Katherine Baer, *Designing a Tax Administration Reform Strategy: Experiences and Guidelines*, IMF Working Paper, WP/97/30, March 1997, p. 12.

¹⁶ С тим у вези, готово све земље одвајају значајна средства за увођење информационе технологије у рад својих пореских администрација сматрајући је кључном подршком промена, побољшања ефикасности, ограничавања административних послова, смањења папирологије, убрзавања пореског поступка, пружања информација обвезницима и унапређења односа пореских органа и пореских обвезника. Пореска администрација тако може лакше испунити захтеве пореских обвезника у погледу једноставности и прегледности опорезивања, потребе за уважавањем њихове посебности, као и стручности у раду.

¹⁷ Отвореност и одговорност су, као и поузданост и предвидљивост, транспарентност, ефикасност и ефективност, кључни стандарди Европског административног простора (ЕАП). У односу на њих мери се квалитет државне управе, степен одговорности управних органа и државних службеника (тима и пореских органа и пореских службеника), квалитет управног поступка (општег и посебних управних поступака, где спада и порески поступак) држава чланица Европске уније. Видети детаљније: *Preparing Public Administrations for the European Administrative Space*, SIGMA papers, No 23, OECD, 1998; Johan P. Olsen, *Towards European Administrative Space*, ARENA Working Paper, WP 02/26; Carlo D-Orta, *What Future for the European Administrative Space?*, European Institute of Public Administration, Working Paper, No. 2003/W/5.

¹⁸ Michael D'Ascenzo, *Tax administration into 21st century*, у: *Tax Administration in the 21st Century*, Edited by Michael Walpole and Chris Evans, Prospect, St Leonards, 2001, p. 5.

Да би самоопорезивање било успешно потребно је стално промовисати програме који треба да помогну боље разумевање права и обавеза пореских обвезника у овом систему утврђивања пореза,¹⁹ као и једноставност система. У ову сврху могу се користити бројна средства: посебни семинари за пореске обвезнике, презентације закона са детаљним објашњењима на *web* сајту пореске администрације, различите брошуре и упутства о порезима, непосредни контакти пореске администрације и пореских обвезника, *call* центри пореске администрације у којима пореско особље одговара преко телефона на питања пореских обвезника (питања и одговори се могу слати и поштом и преко *e-mail*). Циљ њихове примене је обезбеђење потребних информација пореским обвезницима како би правилно утврдили своју пореску обавезу. Овакве новине, збирно посматрано, треба да остваре утицај на мењање постојећег менталитета нације уз назнаку да стварање добро едуковане популације пореских обвезника, са високим пореским моралом, захтева ресурсе и време. Ниска пореска свест која извире из неразвијеног пореског менталитета може бити ограничавајући фактор сваке значајније промене у пореској области.²⁰

¹⁹ Права пореских обвезника су, у највећем броју земаља, регулисана законом. Међутим, нису ретке ни оне земље у којима постоје посебни документи посвећени овој проблематици. Реч је о тзв. *Повељама пореских обвезника*. Темељни разлози њиховог постојања јесу јасни стандарди рада пореских органа, као и потреба да порески обвезници буду унапред информисани о тим стандардима, својим правима и обавезама. Повеље пореских обвезника могу да остваре своју сврху уколико су порески обвезници упознати са постојањем ових повеља и њиховом садржином. Повеље донекле штите и саме пореске органе. Они, преко повеља, пружају пореским обвезницима информације и појашњење шта од њих, у пореском поступку, могу очекивати, односно шта они очекују од пореских обвезника. Другим речима, повеље јесу, у одређеној мери, средство додатне разраде појединих питања у вези са порезима. Битно је, свакако, пратити примену ових докумената, тј. поштовање онога што је написано у повељама. Видети у том смислу: *The taxpayer's Charter*, Australian Taxation Office, 1997; *Charte du contribuable verifie*, Code de procedure fiscale, Dalloz, 2003; *Taxpayers' Rights and Obligations (Practice Note)*, Tax guidance series, Prepared by The OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 2008.

²⁰ Општепознато је да савремене реформе пореске администрације обележава тренд њене услужне оријентације. Сходно томе, формирају се *Сервиси за пореске обвезнике* унутар пореских администрација. Преко Сервиса, са унапред припремљеним

Треба нагласити да у самоопорезивање спада и техника опорезивања по одбитку или на извору.²¹ Утврђивање пореза на овај начин присутно је у свим ситуацијама када се врше исплате прихода лицима која су по том основу порески обвезници (зараде, камате, ауторске накнаде, дивиденде, закупнине и др.). Исплатиоци ових прихода (порески платци), у име и за рачун законских пореских обвезника, врше обрачун и наплату одговарајућих пореза од бруто износа прихода и уплаћују порезе на одређене рачуне јавних прихода. Обавезе обрачунавања, наплате и плаћања настају у моменту исплате прихода.²²

3. Улога пореских саветника у остваривању кооперативности пореских обвезника у пореском поступку

Савремени услужно-оријентисани модел рада, прихваћен од стране већег броја пореских администрација у свету као потпора остваривања кооперативности пореских обвезника у пореском поступку, у условима постојања пореских саветника (*tax advisors*),²³ условљава јед-

информацијама а на основу сагледаних потреба, пореска администрација излази у сусрет пореским обвезницима. Порески службеници, запослени у Сервису за пореске обвезнике, су у „привилегованом“ положају јер могу непосредно да прате ставове обвезника о пореском систему и њихово разумевање и прихватање активности пореских органа. Једним делом и само опхођење ових пореских службеника према пореским обвезницима врши утицај на формирање ставова и испољавање одређених реакција обвезника, укључујући и њихову кооперативност у пореском поступку. Видети више: *Administrative responsiveness and the taxpayer*, *Public management studies*, OECD, Paris, 1988, p. 10.

²¹ Дејан Поповић, Коментар Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Sekos in*, Београд, март 2003, стр. 95.

²² Обвезници у систему задржавања пореза на извору располажу лимитираним могућностима за манипулисање квантумом опорезивог дохотка. Теоретичари заговарају раширену употребу овог система имајући у виду његове предности. Наиме, код пореза по одбитку (пореза на извору) реализација прихода је брза, наплата је упрошћена и лака а држава је, у највећој мери, обезбеђена да ће пореске приходе реализовати. Овакав начин утврђивања пореза треба да прати јака контрола пореског платца од стране пореске администрације.

²³ У Србији Закон о пореском поступку и пореској администрацији ствара правни основ за настајање професије пореских саветника. Међутим, са установљавањем ове професије се неоправдано касни. Постојање пореских саветника у Србији би, мишље-

но ново питање: „Где треба поставити границу у погледу услуга које пореска администрација пружа обвезницима?“

Бројне су врсте услуга, већ је истакнуто, које порески органи пружају пореским обвезницима и коришћени методи којима се излази у сусрет потребама пореских обвезника. Управо у овој области већина пореских администрација повећава своје административне капацитете. Значајан део порескоправних теоретичара, међутим, дели мишљење да је потребно поставити тачну границу у погледу услуга које порески органи пружају пореским обвезницима.²⁴ Наиме, услуге пореске администрације и пореских саветника нису потпуни супститути. Улога пореских саветника је дуална. На једној страни, порески саветници доприносе неплаћању пореза или његовом минимизирању користећи празнине у пореским законима и тумачећи нејасне и двосмислене порескоправне норме у корист својих клијената (пореских обвезника). На другој страни, правилним тумачењем порескоправних норми и пружањем помоћи пореском обвезнику, они доприносе кооперативном понашању пореских обвезника у пореском поступку, тј. омогућавају примену пореских закона, остваривање њихове сврхе и јавног интереса у области опорезивања.

Неспорно је да су, захваљујући томе што порески саветници имају лакши приступ бројним информацијама у вези са порезима, порески обвезници поштеђени „истраживања“ пореских прописа како би добили поуздан одговор на питање које су њихове обавезе у вези пореза. То сигурно побољшава положај и квалитет учешћа обвезника у пореском поступку. Поред овог, постоје и други мотиви ангажовања пореских саветника. Њихов ангажман је често лични избор пореских обвезника тј. рефлексивна неповерења пореских обвезника у пореске ор-

ња смо, играло важну улогу у пореском поступку и у односу наших пореских органа и пореских обвезника. Ова професија би допринела развоју кооперативности српских пореских обвезника у пореском поступку и омогућила би да се, на својеврстан начин, додатно прати и контролише поступање пореских органа у нашој земљи.

²⁴ Robert A. LeBaube, Charles L. Vehorn, *Assisting Taxpayers in Meeting Their Obligations Under the Law, у: Improving Tax Administration In Developing Countries*, Edited by Richard M. Bird and Milka Casanegra de Jantscher, International Monetary Fund, 1992, p. 316, p. 324.

гане, одговор на комплексност пореских закона и ниво пореског оптерећења њима постављен или просто могућност обвезника да послове у вези њихових пореских обавеза обављају друга, за те послове стручна лица.²⁵

Европска фискална конфедерација (Confederation Fiscale Europeenne – CFE), удружење професионалних удружења пореских саветника из преко двадесет европских држава, чије је седиште у Паризу, препоручује примену одређених стандарда у пракси пружања услуга обвезницима од стране пореских саветника:²⁶ порески саветник би увек требало да има потпуну моралну, интелектуалну и професионалну независност; порески саветник обавља професионалну активност на личну одговорност; порески саветници су дужни да се осигурају од одговорности за штету коју би могли причинити странци (пореском обвезнику) 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 – обавеза подразумева забрану неовлашћеног одавања професионалних или пословних тајни; 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; порески обвезник мора да развија добре односе са другим члановима професије; пре ангажовања, порески обвезници би требало да буду информисани о висини накнаде за пореско саветовање. Такође је прописано да се кодекс понашања, донет од стране професионалне коморе пореских са-

²⁵ У европским оквирима су постављени захтеви које лице мора да испуни како би могло да пружа услуге пореског саветовања: 1) теоријско високошколско или упоредиво образовање; 2) практично образовање од најмање три године у пореском саветништву; 3) успешно положен испит или од државе признати испит, који за предмет испитивања има доказивање теоријског и практичног знања из подручја пореског система. Видети: Никола Мијатовић, Порезно савјетништво у Њемачкој с посебним освртом на деловање тзв. европских порезних савјетника, Право и порези, бр. 6/2004, стр. 36.

²⁶ Видети: www.european-tax-adviser.com

ветника, примењује на све чланове уз примену дисциплинских мера, као и искључење из организације.²⁷

Из наведеног неспорно произилази да порески саветник треба да делује у најбољем интересу пореског обвезника. С обзиром на посредничку улогу између пореског органа и пореског обвезника у свом поступању мора да усклади адекватно њихове интересе. У том смислу је важно да се пореско саветовање обавља у складу са дефинисаним стандардима струке што гарантује његову објективност и истинитост.²⁸

Закључак

Порески обвезници су најбројнији учесници пореског поступка и тај положај имају по основу обавеза које су им установљене пореским законима. Зато је њихова кооперативност у пореском поступку изузетно важна и савремена европска пореска држава све више постаје свесна те чињенице. С тим у вези предузимају се мере да се област опорезивања и порески поступак адекватно уреде, јер је то битна претпоставка прихватања и извршавања пореских обавеза од стране обвезника пореза, као и остваривања жељених циљева опорезивања.

²⁷ Наведено према: Милева Анђелковић, Пореско саветовање у функцији извршавања пореских обавеза, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије (тематски зборник радова), Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2008, стр. 102.

²⁸ У националним законодавствима, треба напоменути, постоје три различита модела регулисања професије пореског саветника. У Немачкој је у примени модел потпуног уређења, где само лица са лиценцама могу пружати савете. У овој земљи је правна уређеност професије пореског саветништва на завидном нивоу. Модел делимичног уређења се примењује у Сједињеним Америчким Државама и Аустралији. У овом моделу свако и без квалификације може да даје пореске савете али и да припреми пореску пријаву за неко друго лице. Међутим, обавеза је лица које припрема пореску пријаву, односно обрачун пореза да тај документ потпише. Пореског обвезника у пореском поступку пред пореским органом може заступати само адвокат, лиценцирани ревизор и „припремљени заступник“. У већини земаља (нпр. Белгија, Италија, Израел, Португал, Шпанија, Велика Британија) делатност пореског консалтинга није посебно уређена мада се пореским услугама баве адвокати и рачуновође у оквиру својих професионалних услуга. Видети: Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer, The Hague, 2003, р. 228-229; Никола Мијатовић, Порезно савјетништво у Њемачкој с посебним освртом на деловање тзв. еуропских порезних савјетника, стр. 42.

Улога пореског обвезника се, у пореском поступку, мења од пасивне ка активној што нарочито долази до изражаја код самоопорезивања. Значајан допринос овој промени дају и порески саветници, а на нивоу Европске уније су установљени стандарди њиховог поступања у пореском поступку. Поштовање и адекватна заштита прокламованих права пореских обвезника су, такође, у функцији јачања кооперативности пореских обвезника у пореском поступку, односно очувања добрих односа који се успостављају на релацији порески обвезници – порески органи.

Doc. Marina Dimitrijević, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

THE IMPORTANCE OF TAXPAYERS' COOPERATION IN THE CONTEMPORARY TAX PROCEDURE

Summary

Taxation has always been an important issue for taxpayers because tax payment is generally considered to be diminishing their economic power. Therefore, a proper regulation of this issue would be psychologically more efficient in terms of bearing the tax burden and it would have a significant impact of forestalling the phenomenon of tax evasion.

In the first decade of 21st century, the tax system of any European state is to be regulated by tax regulations whose quality should be the right response to the complex standards of European integration processes and the ever-increasing public demands. In this context, it is extremely important to institute efficient proceedings in tax administration matters.

The democratization of the society and the development of the modern legal state have contributed to intensifying the actions aimed at improving the position of taxpayers in the tax procedure. In Europe, the cooperative tax state has been increasingly relying on the taxpayers' cooperation. In that context, as a result of the information technology modernization, many states have established relevant taxpayers' information systems which facilitate a singular and easier access to tax information. This is an assumption for changing the role of the taxpayer (from a passive recipient to an active participant) and ensuring a more significant participation of taxpayers in the tax procedure, the cooperation of the tax authorities and taxpayers, and the implementation of the concept of self-taxation, whose propagation marks most of the contemporary tax reforms.

In this paper, the author analyses the aspects of cooperation of taxpayers in the tax procedure, the mechanisms for achieving this cooperation, as well as its significance in carrying out the taxation functions. The author has particularly focused on

the role of tax advisors in the cooperative tax procedure and the generally accepted European standards in this area.

It is worth emphasizing that strengthening and promoting taxpayers cooperation in the modern taxation procedure does not alter the basic characteristic of taxes, which remain a compulsory form of monetary payment to the state as regulated by the law. The cooperation is to enable that taxes need not necessarily be determined unilaterally by tax authorities as the state representative but rather through the cooperation between tax authorities and taxpayers, particularly when it comes to those forms of taxation which enable such cooperation. Considering the fact that the taxes have been determined not only by the tax authorities but also by the tax payers (who are to effect the payment), it is justified to expect that the result of such cooperation will be a higher level of tax payment.

Key words: *taxes, taxpayers, tax procedure, cooperative tax state, tax advisors, European standards*

ТЕОРИЈСКОПРАВНИ АСПЕКТ ПОДРУЧЈА „НАПЕТОСТИ“ ПРАВА И МОРАЛА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт:

У раду желимо да теоријскоправно осветлимо подручја „напетости“ права и морала Републике Србије и ЕУ. Заправо, желимо да укажемо на интегралистички метод прилагођавања јавних врлина и схватања грађанске непослушности. Ово чинимо, руководећи се идејом Лудвига Витгенштајна, да ако би неко данас написао једну важећу етику, све остале књиге би морале да буду уништене. Дакле, ако би неко и створио јединствено право, све остало би морало да постане „историја“. Морамо да прихватимо, да без обзира на основну идеју усаглашавања, мора да остане да постоји подручје „напетости“ између права и морала Републике Србије и ЕУ.

Кључне речи:

право, морал, јавне врлине, подручје „напетости“

Увод

Када ослабе убеђења, преостају нам ставови. Јер, етика је, без сумње, право и воља правде, али је такође и умеће које се учи из дана у дан. Не верујемо више великим идеалима, јер присуствујемо гашењу и пропасти најновије утопије. Освојили смо, у Републици Србији, и уточиште за приватност и понека индивидуална права, али нам недостаје јавни живот, који би био прихватљивији и достојнији поверења. Када власт заслужује нашу послушност, а када ваља да јој одрекнемо послушност? Одговор на ово питање, налазимо у идејама Сократа, Мартина Лутера, Томаса Мора, Гандија, Мартина Лутера Кинга, Вацлава Хавела, Нелсона Менделе, који истичу вечиту снагу ове идеје. Они су „морални хероји“, исто како је, према Ричарду Познеру, Исус Христ једини прави проповедник морала. Исто, као што је Адолф Ајхман био, према Јану Шапиру, „морална пропалица“, јер се није успротивио нацистичком режиму. Његови мотиви и понашање, у својству службеника „средњег ранга“ у нацистичкој Немачкој, пример су послушности једној „технички легитимној власти“. Дакле, његово слање хиљада људи у нацистичке концентрационе логоре, указује да мора постојати граница легитимитета сваке власти.¹ Ипак, дешавања око Ајхманове смрти, показују разилажење права и морала једне земље са неким опште усвојеним правилима.² Морамо да издвојимо као подручја „напетости“ између

¹ Детаљније о томе видети у: Hannah Arent, *Eichmann in Jerusalem*, Penguin books, New York, 1963.

² Дакле, њега су кршећи међународна правила, у Аргентини ухватили израелски командоси и довели га у Израел где је осуђен и погубљен за злочине против човечности и против Јеврејског народа. Многи, који нису „ни сузу пустили“ за Ајхманом, ипак су били забринути због начина његовог хапшења и осуде: суђено му је у земљи и пред судом који нису постојали, када је он починио злочин, а закон је скројен тако да олакша његову осуду и погубљење. Изгледа да су ови поступци у супротности са особинама легитимне политичке власти, које искључују илегалну истрагу и отмице и *post hoc* донете законе за одређене случајеве и декрете о смртној казни. Дакле, јасно је да се овде сукобљавају позитивно право и природно право, историјско право, позитивни морал и опште усвојене моралне вредности. Где наћи праву Аристотеловску „златну средину“, када знамо да не постоји један важећи правни или морални поредак који може да обезбеди и гарантује „срећу“ свих, о томе детаљније у: Ханс Келзен, *Шта је правда*, Филип Вишњић, Београд, 1998.

права и морала претправне основе савремене државе или јавне врлине и грађанску непослушност као одговор на повреду јавних врлина.

1. Јавне врлине као предправни основ савремене државе

Изградња Републике Србије као савремене правне државе, подразумева трагање и задовољавање заједничких интереса и потреба, за шта је потребно да се установе приоритети и створи „клима“ сарадње и кооперације. За стварање такве „климе“ у Републици Србији, неопходне су, како их овде називамо јавне врлине – правда, солидарност, одговорност, толеранција. Право је, нажалост, најчешће одређено интересима, и то појединачним и заједничким. А, морал укључује и етичку димензију права и моралност политике, наглашавајући предност општих вредности над партикуларним. Међутим, људе не покреће општа добробит, већ властити интереси. Основ разилажења се налази у ставу, да људи допуштају да њима руководе страсти и непосредни интереси, а не општа и удаљена разматрања о јавним врлинама. Ако одлучимо, да Републику Србију изградимо као савремену правну државу, ми морамо да изградимо јавне врлине, уз веру да је морал у основи оно што је мислио и Аристотел, врста друге природе, низ квалитета који чине специфичан начин битисања и суживота са другима. Ово зато што је људски живот установљен као моралан, зато што људи морају да уреде сопствени живот, јер им он није дат дефинисан. Јавне врлине грђана, једне демократске државе, представљају показатеље који нам регулишу живот, или краће речено одређује какав нам је морал неопходан. Од Стјуарта Мила, понавља се идеја да је основни циљ политике, едукација учесника у њој, да демократија мора да створи навике понашања, ставове и менталитет – и да све то треба да буде пуно разумевања, одговорности и солидарности. Он сматра, да циљ одређене владавине, ми конкретизујемо ово на Републику Србију, мора бити „промовисање врлине и интелигенције народа“.³

³ Детаљније о томе видети у: Вилијам Н. Нелсон, *Просуђивање демократије*, Ариел, Берселона, 1986, стр. 151.

Зашто јавне врлине, а не приватне? Морал је јаван, а не приватан. Подручје морала, тамо где је његово место и где треба да буде прецизно регулисан и вреднован, јесте подручје делања и одлука које имају последице по заједницу, или које су од заједничког интереса. Делање које је у складу са оним што можемо назвати колективном срећом, а то није исто што и појединачна срећа. Простор колективне среће, јесте простор правде, од Платона централне врлине етике. И потребно је направити разлику између норми које би друштво морало да прихвати као заједничке – прихваћени закони и обичаји – и скупа различитих понашања, или начина живота, о којима друштво, као целина, не би требало ни да размишља.

Тако, ако посматрамо солидарност као јавну врлину, долазимо до закључка да је она неопходна врлина. Правда као основна врлина, захтева додаток солидарности, какав год био степен реализације који је достигла. Правда није коначна нити чини укупност етичких захтева. Солидарност је услов, или допуна и додаток правди. Солидарност је пракса која је изнад и досеже много даље од правде, и обухвата оданост, посезање за „непопуларним“ или заборављеним мерама. Ако се заиста догоди, да нестане солидарност међу људским бићима, какво год било друштво, култура или класа којој припадамо, у том случају заједничке интересе ће успостављати једино социјални инжињери или тирани, једна анонимна или директна сила. То се ипак неће десити, јер измештање људске стварности никада не иде толико далеко да напусти постојање било каквог облика солидарности.⁴

Интересима као покретачкој снази људског деловања у начелу не може се приговорити. Интерес се као „знак живота“ човека, мора схватити озбиљно и начелно уважавати. Зато је примерено прихватити идеју II ватиканског концила да: „Политичка заједница постоји дакле због те опште добробити; у њој налази своје коначно оправдање и свој смисао, из ње изводи своје исконско право“. А општа добробит, подразумева у себи збир свих оних предуслова друштвеног живота, који до-

⁴ R. Dž. Bernštajn, *Beyond Objectivism and Relativism*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1983.

пуштају појединцима и друштвеним групама да потпуно достигну своје усавршавање и остварење својих вредности. То је важно нагласити и зато што при недовољно јасној артикулацији императива политичке етике, може још лакше доћи до опасних и искривљених облика морала, што на најгрубљи начин јасно илуструје и познати говор Хајнриха Химлера одржан пред његовим есесовским присташама 1943. године у Позену. Химлер, у том говору одаје почаст онима који су се по дужности активирали да „убију...онај народ који је нас желео убити“. „Већина вас“, каже тако Химлер, „зна шта то значи кад на хрпи лежи 100 лешева, или 500, или чак и 1000. А то издржати и занемаримо ли поједине примере људске слабости, остати честитим, то нас је учинило чврстима. То је онај славни лист наше историје што никада није био написан“.⁵

Дакле, право питање није треба ли морал да одређује политику. На то се питање једнозначно одговара са да. Јер је само слободно биће одговорно. Само онај ко може аутономно одлучивати, да ли ће изабрати између две или више могућности јесте одговоран за оно што ради. Макс Вебер, с правом назива етику политичара „етиком одговорности“. Етика одговорности, представља спремност да се прихвате последице сопствених одлука. Дакле, одговоран је онај који своје принципе и убеђења представља као неопозиве, а истовремено, има на уму последице. Међутим, етика одговорности захтева јасну обавезу и идентитет. А идентитети су данас једва дефинисани. Уз то иде и толеранција, као непорецива врлина демократије. Поштовање других, једнакост свих веровања и мишљења, убеђења да нико нема апсолутну истину или право, су основе ове отворености и широкогрудости које се подразумевају код толерантног човека. Без врлине толеранције, демократија је превара, јер нетолерантност води директно у тоталитаризам. Право је питање како пребродити, односно смањити раскорак између политичких чињеница и захтева који се политици постављају, раскорак између стварности и идеала у политичком моралу, дакле, како то учинити у Републици Србији? У том се контексту намеће и питање, који би конкретан морал, које би конкретне јавне врлине и који конкретни императи-

⁵ Доказни материјал у Нирбершком процесу, цитирано према: Bullock, *Hitler*, 699f.

ви за реализацију, у том тренутку могућег и правилног, требало да вреде на конкретном ступњу политичког живота Републике Србије, како би се смањио раскорак између чињеница и моралних захтева. До интегралистичког усаглашавања права и морала Републике Србије и ЕУ, ће доћи ако се најпре изграде, а потом и усагласе јавне врлине.

Следеће подручје „напетости“ је однос моћи и власти, слободе и правде. Политику и право одређује моћ у својим најразличитијим, па и бруталним облицима, а у моралу, чак и политичком доминирају друге вредности: слобода, правда, ненасиље, мир. Моћ је праву и политици тако и толико иманентна да се, право и политика могу дефинисати као интересима предвођена борба за истински поредак средствима моћи. Будући да власт може да постане сама себи сврха, и да се удаљи од основних циљева и вредности, умесно је показати забринутост према сталној тенденцији ка злоупотреби, односно корупцији власти. Та тенденција постаје већа, вероватнија и опаснија што се више ради о великој, концентрисаној и апсолутној власти.⁶ Дакле, да се ово избегне ваљало би стално „позивати“ савест у деловање државе и „мобилисати племените облике моћи“. Ту би истакли моћ разума, правде, доброте и љубави, а све ради савладавања бруталних облика моћи, нарочито насиља. Дакле, иако ово звучи превише надчулно, сматрамо, да су покушаји политике да се „задње“ избављење човека коначно оствари на овоземаљском свету, увек завршавали још већим поробљавањем човека.⁷ Дакле, да би дошло до усаглашавања прописа и законодавстава, најпре је потребно да изградимо јавне врлине у Републици Србији.

Када говоримо о претправним и претполитичким основама савремене државе, мислимо на стварање услова за заснивање државе и друштва достојног човека. Задатак политике је, конкретно, да подреди моћ мери права и да тако уреди њену смислену употребу. Мора важити, не право јачег, него сила права. Моћ у поретку и у служби права јесте супротан пол насиљу, под којим подразумевамо неправну и противза-

⁶ Ваљало би озбиљно схватити изреку лорда Актона: „Власт корумпира. Апсолутна власт апсолутно корумпира“.

⁷ На овакво размишљање нас наводи Гебелсова изјава да су политичке странке „политички црви“ и да је поздрав „Heil Hitler“ значио: „Наше је избављење у Хитлеру“.

кониту моћ. Зато је за сваку државу важно да превлада подозрење према праву и његовим законима, јер се само тако може савладати самовоља и живети у слободи која се заједнички дели. Слобода без права је анархија и зато је разарање слободе. Подозривост према праву, побуна против права избиће увек тада када се право не појављује више као израз праведности која је у служби свих, већ као производ самовоље, као неосновано присвајање права од стране оних који уз то имају још и моћ. Задатак да се моћ подреди мери права упућује зато на даље питање, како настаје право, каква својства оно мора да има, да би било средство за постизање праведности, а не повластица оних који имају моћ да право стварају? Поставља се питање о настанку права и питање о његовим сопственим унутрашњим мерама? Проблем да право не сме да буде инструмент моћи малобројних, већ израз заједничког интереса свих, тај проблем изгледа да се, у сваком случају за први мах, решава инструментима демократског образовања воље, јер тако сви учествују у настајању права и оно је отуда право свих, па као такво може и мора да буде поштовано. Заиста, гаранције заједничког учествовања у обликовању права и праведног коришћења моћи јесте суштински разлог који говори у прилог демократији као најпримеренијем облику политичког уређења.

Упркос томе, остаје, сматрамо, још једно питање. Будући да једногласност тешко да постоји међу људима, демократском образовању воље преостаје као неопходан инструмент само делегирање и већинско одлучивање. Али, и већине могу бити слепе или неправичне. Историја то показује више него јасно. Када нека, ма како велика већина опресивним законима угњетава неку мањину, рецимо религиозну или расну, може ли се ту још говорити о праведности или уопште о праву? Тако већински принцип још увек оставља отвореним питање о етичким основама права, питање не постоји ли нешто што никада не може постати право, дакле нешто што у себи увек остаје неправо. Ма колико да је политика реална и прагматична, ма колико да је несавршена, једноставна воља да се она побољша морала би да има одређене секундарне ефекте, као што је едуковање неким врлинама, чије поседовање подразумева препознавање обавеза које постоје паралелно са основним пра-

вима. У реду је да појединац посегне за правом као правима појединаца пред могућим агресијама и интервенцијама државе, али требало би разјаснити истовремено да ће та права бити само празне речи, ако не подразумевају неке обавезе које утичу не само на државу и различите институције, већ такође и на појединце. Шта могу значити и како се могу реализовати социјална права, ако не генеришу ставове који су им благонаклони? Зато је потребна етика, да подсети да нека права неће постати стварност, и у Републици Србији, без извесне дозе личног, друштвеног или политичког волунтаризма. Грађани су дужни да се „позабаве другима“ јер су „други“ део нашег бића, а границе личног идентитета су више него порозне. Дакле, потребно је створити у Републици Србији, оно што Рорти назива „заједничко човечанство“.⁸ Због тога је важно нагласити позитивни или афирмативни карактер који врлине морају да имају.

2. Грађанска непослушност као одговор на повреду јавних врлина

Кроз грађанску непослушност желимо да докажемо исправност тачке гледишта која је различита од јавног морала и позитивног права и проблем „сумрака“ јавних врлина и надолазећег „иморализма“. Дакле, грађани нису по својој савести дужни да поштују право које је у супротности захтевима морала. Грађанска непослушност је пример колико непријатне могу да буду противречности у оценама између етике и права, на пољу заштите и очувања јавних врлина. Конфучије је рекао: „Ако се држава руководи принципима разума, сиромаштво и несрећа су срамота; ако се држава не руководи принципима разума, богатство и почаст су срамота“.⁹ Грађанска непослушност, полази од принципа супериорности етичких над правним законима. Правни закони који крше моралне законе и вређају јавне врлине, заслужују да их човек крши.

⁸ Richard Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

⁹ Наведено према: Х. Д. Торо, *О грађанској непослушности*, Српска књижевна задруга, 1981, Београд, стр. 314.

Репресивна држава је неморална институција и моралан човек јој не може бити лојалан.¹⁰ Оскар Вајлд је рекао: „Где има ауторитета, ту има и отпора ауторитету“.¹¹ И најконзервативнији и најлибералнији аутори сматрали су да, човек не чини ништа порешно, ако под одређеним околностима крши закон. Неслагање почиње када се постави питање деловања државе поводом кршења закона. Због тога је на питање грађанске непослушности, још увек изузетно тешко одговорити.

Торов есеј „О грађанској непослушности“¹² представља класично дело етичке и политичке осуде државе као репресивне институције. Неправедан закон је њему толико „мрзак“, да човеку не оставља никакво друго решење, осим непослушности. Према томе, за моралног човека грађанска непослушност није једна од могућности у борби против неправде, него дужност. Борба против неправде је ствар човекове личне одлуке. Међутим, одлука слободног човека се овде поклапа са дужношћу коју му налаже његова морална свест и схватање јавних врлина. Мада Торо није веровао у организовану борбу против неправде, сматрао је да одлука слободног човека подстакнута моралним законом у себи носи снагу јаког покрета. Државу није потребно физички рушити, потребно је само отказати јој послушност.¹³ Торо је захтевао не да одмах не буде никакве државе, већ да она буде боља.¹⁴ Тражио је да се сваки човек изјасни каква би му влада уливала поштовање, па ће то бити корак ближе да се такво нешто постигне.¹⁵ За Тороа је свако гласање нека врста игре. То је игра „даме“ или „трик-трак“ с примесом морала,

¹⁰ Н. А. Badeau, *Civil Disobedience: Theory and Practice*, Macmilian, New York, 1969, p. 6.

¹¹ N. Walter, *Disobedience and the New Pacifism*, in: *Anarchy*, 14, April, 1962, p. 98.

¹² Х. Д. Торо, *О грађанској непослушности*, Српска књижевна задруга, 1981, Београд.

¹³ Детаљније о томе видети у: М. К. Gandhi, *Satyagraha in South Africa*, Navajivan Publishing House, 1928, p. 39 и М. L. King Jr., *Letter From Birmingham Jail, Why We Can't Wait*, New American Library, New York, 1964, p. 11.

¹⁴ Х. Д. Торо, *О грађанској непослушности*, стр. 304.

¹⁵ Зар не може постојати држава, у којој о томе шта је праведно, а шта није не одлучује већина већ савест? У њој би већина одлучивала само о оним питањима на која се може применити правило ефикасности. Треба да будемо прво људи, па тек онда поданици. Једина обавеза коју имамо је да увек чинимо оно што сматрамо исправним.

играње истином и неистином, односно играње са моралним проблемима. Карактер гласача није улог. Дајемо свој глас за оно што мислимо да је право, али нисмо заинтересовани да то што сматрамо за право и победи. Вољни смо да то оставимо већини. Чак и гласање за оно што је право значи не радити ништа за то. Мудар човек неће оставити праведну ствар на милост и немилост случају, нити ће желети да она победи кроз власт већине.¹⁶ Неправедни закони постоје. Торо поставља питање: „Хоћемо ли се задовољити тиме да им се покоравимо или ћемо настојати да их поправимо и покоравимо им се само док у томе не успемо или ћемо их одмах кршити“.¹⁷ Под државама какве су садашње људи обично мисле да треба да чекају, док не убеде већину да их измени. Даје сликовит пример: „они мисле да ће, ако им се опиру, лек бити гори од самог зла“.¹⁸ Држава човека чини горим. Зашто није спремна да припреми и изврши реформу? Зашто не подстиче своје грађане да јој указују на грешке? Ако је природа неправде таква да тражи од вас да чините неправду другоме, онда прекршите закон, сматра Торо. У сваком случају не треба да служимо злу које осуђујемо.¹⁹ Дакле, шта се дешава када држава и њени органи неће да саслушају молбу свог грађанина? Шта онда чинити? За такав случај држава нема решење, јер је сам њен устав тада зло. Она чак, по њему, није за случај оспоравања њене власти одредила јасну, одговарајућу и сразмерну казну. Мањина је немоћна док се прилагођава већини, али је неодољива кад претегне свом тежином.²⁰ Ако хиљаду људи не би платило порез то, по Тороу, не би била насилна мера као што ће бити, ако плате и омогуће држави да врши насиље. То је, у ствари, дефиниција мирне револуције ако је таква могућа.²¹ Зашто је ово могуће? Зато што се држава никад намерно не су-

¹⁶ Човекова дужност није да се посвети искорењивању неког макар и највећег зла. Али, дужност му је, по Тороу, да га више не помаже.

¹⁷ Х. Д. Торо, *О грађанској непослушности*, стр. 309.

¹⁸ *Исто*, стр. 310.

¹⁹ *Исто*, стр. 310.

²⁰ Ако држава треба да бира: или да све исправне људе држи у затвору или да се одрекне, на пример, рата она неће оклевати шта да изабере.

²¹ Торо је дао конкретан пример: „Ако ме порезник или неки други државни службеник запита, што је један и учинио, „А шта ја да учиним?“ – мој одговор је: „Ако за-

протставља човековом интелектуалном или моралном схватању, него само његовом телу. Она није наоружана снажнијим духом или већим поштењем, него већом физичком снагом.

Данас се о питању грађанске непослушности као облику права на отпор у правној држави, веома много расправља с обзиром на блокаде улица против глобализације и других видова протеста. Реч је о питању да ли блокирање улица представља кажњиво дело, односно да ли су демонстранти на противправан начин извршили насиље према другима? У случају који наводи Артур Кауфман, ради се о демонстрантима против производње и лагеровања атомског оружја.²² Крај свих разлога оправдања постоји близак циљ који је саображен у опису бића дела и један оправдавајући далек циљ.²³

иста желиш да учиниш нешто дај оставку“. Кад поданик откаже послушност, а службеник да оставку, револуција је извршена. Претпоставимо чак и да се пролије крв. Зар крв не тече кад је савест рањена? Х. Д. Торо, *О грађанској непослушности*, стр. 313.

²² Судови су, према њему, дуго времена одлучивали врло различито, све док једна врховна одлука Савезног суда Немачке није учинила крај тој несигурности. И то тако што је суд потврдио кажњиво дело у суштини с образложењем да часни „далеки циљеви“ демонстраната да пруже допринос осигурању мира не могу бити узети у обзир код оцене о неправу њихвог понашања. Одлучујући је једино „близак циљ“ да се омете улични пролазници. Дакле, овде како се чини имамо јасан случај у којем се правне и моралне оцене разилазе. Јер, да демонстранти – често су међу њима „високе личности јавног живота“ – делају неморално, то им нико не пребацује. У каквој се неприлици налазе многе судије јасно се види по изреченим казнама. Оне се скоро увек крећу на доњој граници законског оквира казне. Кад би судије биле уверене да је реч о криминалним делима такве би казне биле једва разумљиве. Схватање Савезног суда Немачке, према Кауфману, да код оцењивања таквих радњи као што су „седеће блокаде“ не треба узимати у обзир далеке циљеве не може да издржи преиспитивање. BGHSt 35, 270 ff. Критички о томе: А. Kaufmann, *Der BGH und die Sitzblockade*, у NJW, 1988, 2581 ff и А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Гунтембергова галаксија, Београд, 1998, стр. 185-186.

²³ Идеју о грађанској непослушности спровео је у дело Махатма Ганди који је спојио древни индијски принцип *satyagraha* (борба ненасиљем) с Тороовим принципом грађанске непослушности и створио масован политички покрет који је за кратко време срушио енглеску доминацију у Индији. Ганди је прочитао Тороов есеј *О грађанској непослушности*, док је био у затвору у Преторији, Јужна Африка 1907. године. Само име Гандијевог покрета преузето је од Тороа. Гандијев покрет је оповргло скептике који су у Тороовим принципима видели практично непроменљиве индивидуалистичке творевине. Други пример, грађанске непослушности је покрет за људска права који је

Теорија грађанске непослушности важи само за посебан случај једног скоро праведног друштва које је највећим делом добро уређено, али у којем се ипак јављају неке озбиљне повреде права. По Ролсу, скоро праведно стање претпоставља демократски облик власти. Тиме се та теорија односи на улогу и примереност грађанске непослушности једној легитимној власти. Проблем грађанске непослушности настаје само у једној више или мање праведној демократској држави за грађане који признају устав.²⁴

Ролс је дефинисао грађанску непослушност као: „јавну, ненасилну, савешћу одређену, али политички противзакониту радњу која обично треба да изазове промену закона или владине политике“.²⁵ Грађанска непослушност треба у сваком случају да буде нешто противзаконито барем у смислу да се не створи једино случај теста за испитивање уставности. Отпор треба да остане да постоји чак и онда када се оно против чега се она усмерава прогласи уставним. Грађанска непослушност је ненасилна. Она изражава непослушност према закону у оквиру верности закону. Закон се крши, али се верност закону ипак изражава у јавном и ненасилном карактеру радње, у спремности да се преузму законске последице начина деловања. Верност закону доприноси томе да већини објасни да је радња заиста савесна и искрена и да се обраћа смислу јавности за етику и јавне врлине. Потпуна јавност и ненасилност јесу залога искрености. Ролс је покушао да грађанску непослушност разликује од одбијања из разлога савести. Тако поставља пита-

водио Мартин Лутер Кинг. Мартин Лутер Кинг сматра да је: „Одложена правда, одбијање правде“. Ова су се два покрета разликовала у једном, Гандијев покрет није признавао право Британије да влада Индијом, док је покрет Мартина Лутера Кинга признавао легитимност основних институција САД, али се бавио проблемом сегрегације у свим областима живота.

²⁴Проблем грађанске непослушности настаје само у једној више или мање праведној демократској држави за грађане који признају устав.²⁴ Проблем се састоји у сукобу дужности. На којој тачки није више обавезујућа дужност да се човек повинује законима које је донела законодавна већина с обзиром на право на одбрану својих слобода и дужност пружања отпора неправдама? То питање дира у смисао и границе правила о већини. Зато је проблем грађанске непослушности пробни камен за сваку теорију моралне основе демократије.

²⁵ Ц. Ролс, *Теорија правде*, ЦИД, Подгоцира, 1998, стр. 69.

ње: „Зар није потребно да пацифист у праведном рату – ако такав постоји – врши војну службу?“ Његов одговор гласи: „Важна је мера толеранције која се практикује у некој политичкој заједници“.²⁶ Ипак је сматрао, да нема оштрог разграничења између грађанске непослушности и одбијања из разлога савести. Проблем грађанске непослушности смешта у демократију у којој постоји стање скоро-правде. Разлог оправдања за грађанску непослушност јесу неприлике које се јављају у таквој политичкој заједници. Наравно, да он чини једино важно ограничење. Разумно је да се грађанска непослушност „ограничи на случајеве суштинске и једнозначне неправде по могућству на такве који стоје на путу уклањања других неправди. То говори у прилог ограничавању грађанске непослушности на тешке повреде правде, начела подједнаке слободе, и на еклатантне повреде другог начела непристрасне једнакости у шансама“.²⁷ Ралф Драјер предлаже следећу формулу за легитимну грађанску непослушност: „Ко сам или заједно са другима јавно, ненасилно и из политичко-моралних разлога испуни опис бића дела у некој забрањеној норми делује темељно правно оправдано, ако тиме протестује против неправда велике тежине и ако је његов протест сразмеран“.²⁸

Код Ролса је реч о отпору против важећих закона у једном „скоро праведном друштву“. Грађанска непослушност је у сваком случају нешто противзаконито, не само посезање за легитимним средствима протеста. Грађанин нема на својој страни неки правни разлог оправдања. Због тога мора да преузме на себе и правне последице свог чињења. Драјер, напротив, формулише један „темељноправни разлог оправдања“, при чему није сасвим јасно да ли грађанска непослушност усмерава против пуноважних или против непуноважних закона. Он каже: „против велике тежине“, али то нужно не значи да би се морало радити

²⁶ Ц. Ролс, *Теорија правде*, стр. 59.

²⁷ Ц. Ролс, *Теорија правде*, Наведено према: Артур Кауфман, *Право и разумевање праве*, стр. 188.

²⁸ R. Dreier, *Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Zivilier im Rechtsstaat*, hsg, von Peter Glotz, 1963, S. 54. Наведено према: А. Кауфман, *Право и разумевање права*, стр. 188.

о „законском неправу“ или о „неправу“.²⁹ Не постоји закон који у свим својим дејствима јамчи правду, због чега се из неправде последице у појединачном случају – макар то било и неправо велике тежине – не може закључити о пуноважности неког закона. За разграничење закона који су пуноважни упркос неправедним консенквенцијама у појединачном случају и „законског неправу“ или „неправа“, можемо користити Радбурухову формулу да се: о „законском неправу“ односно о „неправу“ може се говорити само у случају каквог генерално евидентног огрешења о правду или онда кад законодавац од почетка уопште није тежио за правдом“.³⁰

Резултат ових разматрања је уверљив: грађанска непослушност која се усмерава против пуноважних закона је противправна чак и ако од тих закона долазе неправде. Другим речима, претпоставке за грађанску непослушност која је формулисао Ролс не садрже разлог оправдања. Чини се, да је тиме „програмирана“ пртивречност у оцени између права и морала. Из моралних разлога, практикована непослушност према неправу које долази из пуноважних закона је противправна, и у датом случају чак и кажњива.

Према Кауфману постављају се питања: „...да ли неко ко се свесно огрешује о важеће право може деловати морално коректно?“ и: „Да ли он може хтети да максима по којој делује постане општи закон?“³¹ Никако не може бити морална дужност да се насрће на сваки закон који није кадар да се оправда пред сопственом савешћу јер би с растакањем сваког правног поретка које одатле произлази морао да пропадне и сваки морални живот. Постоје два начина којима може да се оправда употреба незаконитих средстава у једном демократском друштву (чак и када је оно несавршено као што су то у различитом степену постојећа демократска друштва, па и Република Србија). Први начин, се позива на то да одлука којој се неко противи не представља истински израз мишљења већине. Други се позива на то да ако одлука представља истински израз мишљења већине, оно је у толиком степену рђаво да је

²⁹ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, стр. 191.

³⁰ Г. Радбрух, *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд, 1980, стр. 281-293.

³¹ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, стр. 191.

оправдано ако се предузму акције против те одлуке. Непослушност о којој говори прва аргументација, највише заслужује да се назове „грађанском непослушношћу“. Овде употреба незаконитих средстава може да се посматра, као проширење употребе законитих средстава како би се обезбедила истински демократска одлука. Проширење може бити неопходно будући да „редовна законска процедура“ којом би се спровела реформа не функционише како треба. Представници у парламенту, су поводом ових питања преко сваке мере под утицајем вешто вођених и добро плаћених посебних интереса. Јавност је у погледу других питања неупозната са оним што се догађа. Можда злоупотреба захтева пре административну, него законску промену, као и то да бирократе у државној служби нису пристале да буду под контролом. Можда су и легитимни интереси мањине игнорисани од стране званичника који имају своја предубеђења. У свим овим случајевима, постојеће стандардне форме грађанске непослушности су адекватне – пасиван отпор, маршеви или протест седењем. У овим ситуацијама непоштовање закона не представља покушај притиска на већину. Овде је реч о непослушности која настоји да обавести већину, или да убеди парламентарце да је велики број бирачког тела заинтересован за дати случај, или да се скрене пажњу читаве земље на неко питање које је раније било препуштено администрацији, или пак да се поново размотри одлука која је предходно исувише несмотрено донесена. Грађанска непослушност представља примерено средство за оставривање циљева, када легална средства нису „уродила плодом“ пошто и ако незаконита, не угрожава већину, нити настоји да на њу врши притисак. Тиме што се не опиру сили закона, што се понашају ненасилно и тиме што прихватају да сnose законске санкције због својих поступака, присталице грађанске непослушности, манифестују искреност свог протеста и поштовање према владавини закона као фундаменталних принципа демократије. Ако се схвати на овај начин онда није тешко оправдати грађанску непослушност. Није потребно да ово оправдање буде толико јако да би заобишло обавезу поштовања демократске одлуке, пошто непослушност представља покушај да се обнови а не да се осујети процес демократског одлучивања.³²

³² Непослушност схваћена у овом смислу може да се оправда, на пример, с циљем

Оправдање употребе незаконитих средстава како би се спречила нека радња која је неспорно у складу са гледиштем већине је теже, али не и немогуће. Могли бисмо да сматрамо, да је мало вероватно да би већинско бирачко тело икад дало подршку политици геноцида, међутим када би се то десило то би значило да се повинујемо принципу владавине већине до апсурдних размера. Да бисмо се супротставили тако злу ми имамо право да користимо готово сва средства која би била ефикасна. Геноцид представља екстремни случај. Колико год сматрали да он оправдава употребу незаконитих средстава протеста чак и против већине то нам мало помаже када је у питању практично деловање. Па ипак када прихватимо макар само један изузетак од обавезе да се повинујемо демократски донесеним одлукама, суочени смо са следећим питањем: где треба да повучемо црту између једног зла као што је геноцид, где се ради о недвосмисленом неиспуњењу обавезе, и оних мање озбиљних случајева, када је обавеза испуњена? И ко је тај који треба да одлучи на којој страни ове црте треба да се постави неки појединачни случај? Једини одговор на ово питање може бити следећи: ми сами морамо да одлучимо на којој страни повучене линије ће се наћи конкретан случај. Не постоји други начин да се доносе одлуке пошто је поступак на који једно друштво решава случајеве уједно и онај који одлучује о њему. Већина не може да представља судију који пресуђује о одлуци коју је донела. Ако сматрамо да је погрешна одлука већине ми сами морамо да одлучимо колико је она погрешна. Ово не значи да је било која одлука коју доносимо поводом овог субјективна или произвољна.³³

Када смо убеђени да покушавамо да спречимо нешто што је заиста дубоко морално погрешно и чиме се вређају јавне врлине, још увек нам преостају друга морална питања са којима треба да се суочимо. Морамо да вагамо величину зла и величину повреде јавних врлина, ко-

да се јавност упозна са губитком ненадокнадиве дивљине изазваног изградњом бране, или како се поступа са животињама у лабораторијама и фабрички уређеним фармама које иначе људи ретко имају прилике да виде.

³³ Расистичка нацистичка политика према убиству Јевреја је очигледно представљала зверство, па је Оскар Шиндлер био потпуно у праву када је радио оно што је могао како би спасио неке Јевреје да не постану жртве ове политике. Када се има у виду и властити ризик који је сносио, он је исказао и морални хероизам.

је настојимо да спречимо спрам могућности да наши поступци могу да воде слабљењу поштовања закона и демократије. Такође морамо да узмемо у обзир вероватноћу да наши поступци неће дати добре резултате, као и да ће изазвати реакцију која ће са своје стране да смањи шансу да ћемо успети коришћењем других средстава. Ваљало би одговорити на следеће питање: шта грађанин треба да учини кад је закон нејасан и кад мисли да закон дозвољава оно што други сматрају да није морално исправно и не дозвољава? Наравно, не мислимо да питамо шта је законски исправно за њега да учини или која су његова законита права пошто би то било кретање у кругу, јер зависи од тога да ли је он у праву или су они у праву. Мислимо да питамо, шта је за њега као грађанина исправно? Ово је кључно питање јер не би било непоштено да се не казни ако би делао с обзиром на његова уверења, онако како ми мислимо да је требало. Не мислимо да ово подразумева да држава увек треба да казни неког ко намерно и промишљено крши закон за који зна да је важећи. Постоје разлози који се тичу правичности или практичности. Не постоји очигледан одговор око кога би се већина грађана одмах сложила и то је само по себи значајно, сматра Дворкин. Ако испитамо наше правне институције и праксу открићемо неке значајне принципе и политике.³⁴ Према њему, могућа су три одговора на ово питање и покушаћемо да покажемо који од њих највише одговара нашој пракси и очекивањима.

Први, ако је право (закон) спорно па није јасно допушта ли да се чини оно што се жели онда треба претпоставити најгоре и деловати као да не допушта. Човек у том случају треба да се покорави извршној власти која наређује иако мисли да власт грешити. При том му остаје могућност да користи политички процес и ако може, промени закон. Други, ако је право (закон) неодређено човек може следити сопствено расуђивање односно чинити оно што жели ако верује да је то оправданије. Он ће то чинити све док овлашћена институција, као што је суд, не одлучи другачије. Кад је институционална одлука донета он се мора покорити тој одлуци иако верује да је погрешна. Трећи, ако је право

³⁴ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 262.

(закон) неодређено могуће је следити сопствени суд чак и после доношења супротне одлуке највишег суда. Наравно, при просуђивању онога што закон захтева мора се узети у обзир супротна одлука било ког суда. Без тог став не би био ни искрен нити разложен.³⁵

У случају да не постоји никаква пресуда, а човек оправдано мисли да је, кад се узме у обзир, закон на његовој страни, већина правника сматра савршено исправним да такав може поступити по свом налажењу. Чак и када многи не одобравају оно што чини (на пример, продаја порнографије) не сматра се да се такав мора одрећи таквог понашања само зато што је његова легалност доведена у питање. Поставља се питање шта друштво добија ако људи следе сопствени морални суд. Кад је право неодређено тако да се правници с разлогом не слажу шта судови треба да одлуче обично је камен спотицања, сукоб различитих правних принципа и политика праћен нејасноћом око њиховог усклађивања. Уколико је важење неког кривичног закона доведено у питање, закон ће увек погодити неке људе као неправедан и непоштен јер нарушава поједине принципе слободе и јавних врлина, правде или непристрасности за које такви људи сматрају да су уграђени у устав. Ако бисмо кад год су закони доведени у питање по овом основу морали поступати као да безрезервно важе, онда бисмо остали без главног средства за оспоравање закона из моралних разлога па би временом закони којима се покорavamo сигурно постали мање непристрасни и мање праведни а слобода наших грађана би сигурно била умањена. Наша претпоставка код одбацивања првог модела била је да су сопствено мишљење грађанина заједно са аргументима и моралним убеђењима које у том смислу износи, кад за то има прилику корисни при доношењу могуће судске одлуке. Ово је тачно и кад су при том грађанинове шансе за успех на суду мале. Наравно, човек мора узети у обзир шта ће судови учинити, кад он реши да би било мудро држати се сопственог става, односно моралног убеђења. Може се суочити са затвором, банкротством или поругом ако то учини.³⁶ Овде истражујемо како друштво треба да поступа са

³⁵ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, стр. 262.

³⁶ За пример нам може послужити роман Мирослава Крлеже *На рубу памјети*.

њим, кад његови судови верују да је његов став погрешан. Зато морамо утврдити шта је оправдано да чини кад се његово морално убеђење разликује од ставова осталих. Морамо такође да одбацимо други модел, према коме ако је закон нејасан грађанин се може држати свог моралног убеђења, све док највиши суд не пресуди да он греша. Овде се узима у обзир чињеница да било који суд укључујући и врховни може укинути сопствену пресуду.³⁷ Кад суд може да одбаци сопствену одлуку исти разлози које смо набројали против првог модела, према Дворкину, стоје и против другог. У случају да нема притиска оних који се не слажу не би до изражаја дошла драматичност степена моралног неслагања са одговарајућом одлуком суда као погрешном, нити бисмо имали јасну слику која је свакако значајна за питање њене моралне исправности. Тиме се увећава могућност да се руководимо правилима којима се крше морални принципи и јавне врлине, које по нашем мишљењу поштујемо. Зато је трећи модел, или нешто приближно њему, најправичнији израз човекове дужности у заједници, сматра Дворкин. Предмет привржености грађана је закон, не нечије лично гледиште о томе шта закон јесте. Из тог разлога се грађанин не понаша неправично све док се држи свог промишљеног и разложног гледишта шта закон захтева. Ваља поновити да то није исто, као рећи да појединац може игнорисати оно што судови кажу. Ако се конкретно питање односи на основна лична или политичка права и ако постоји могућност да је врховни суд погрешао, у друштвена и морална права човека спада одбијање да прихвати такву погрешну одлуку као коначну. На основу досадашње расправе могуће је извући неколико закључака: кад је право неодређено у

³⁷ Врховни суд САД је 1940. године одлучио да је закон Западне Вирџиније којим се захтева од студената да поздрављају заставу у складу са Уставом. Ту одлуку је суд променио 1943. године наставши да је ипак такав закон неуставан. Шта би била грађанска дужност оних који су 1941. и 1942. године одбијали да поздрављају заставу на основу приговора савести, сматрајући да је одлука Суда из 1940. године погрешна? Тешко се може рећи да им је дужност била да поштују прву одлуку. Они су веровали да поздрављање заставе није било у складу са њиховом савешћу, и веровали су, разложно, да ниједан важећи закон не захтева од њих да то чине. Врховни суд је касније одлучио да су они били у праву. Суд није једноставно одлучио да после друге одлуке непоздрављања заставе није кривично дело; одлучио је да то није кривично дело ни после прве пресуде. Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, стр. 265.

смислу да су оба гледишта вероватна, онда се грађанин држи својих моралних убеђења схватања јавних врлина, и због тога се не понаша неправично. Пракса му дозвољава и охрабрује га да у таквим случајевима следи сопствени став.

Закључак

Дакле, остварења Републике Србије као демократске државе, чији су право и морал усаглашени са универзалним принципима, неће бити ако предходно нису ваљано изграђене јавне врлине и остварено право на грађанску непослушност као одговор на повреду тих врлина.

Како год дефинисали грађанску непослушност, или одредили услове за њено остварење, јасно је да је она последњи „бедем“ одбране јавних врлина у једном „скоро“ праведном друштву, какво Република Србија настоји да постане.

Doc. Marko Trajković, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

**THEORETICAL AND LEGAL ASPECT OF THE CONCEPT OF “TENSION”
BETWEEN LAW AND MORALITY OF SERBIA AND EUROPEAN UNION**

Summary

In this paper I would like to highlight the concept of “tension” between law and morality of Serbia and European Union. I am trying to accomplish this guided by the Ludwig Wittgenstein’s idea saying that if somebody happens to write the valid book of ethics, all other books will have to be destroyed. Thus, if somebody comes up with the unified law everything else will become “history”. We have to accept that despite the basic idea of coordination, there has to exist the field of “tension” between law and morality of Serbia and European Union. When the convictions grow weaker all that is left is attitude. The ethics is no doubt the right and willingness of justice, but it is also the skill improved day in day out. We no longer believe in ideals for we are here to witness the perishing and destruction of the latest utopia. We gained in the Republic of Serbia the shelter for privacy and some individual rights, but we are lacking in public life that would be more acceptable and more worthy of trust. When is the government worthy of our obedience and when should we refuse the obedience? We have to pin down as the field of “tension” between law and morality, the prelegal basis of the contemporary state or the public virtues and civic disobedience as the response to the violation of the ethical principles. The building of the Republic of Serbia as the contemporary legal state implies searching for and meeting common interests and needs for which establishing the priorities and creating the “climate” for cooperation is necessary. What is necessary for creating such a “climate” in Republic of Serbia are public virtues, as we name them here, - justice, unity, responsibility, tolerance and civic disobedience as the ultimate “rampart” in the struggle for realizing the virtues. Unfortunately, law is most often defined by interests, both personal and common interests. People are motivated not by common good, but by their personal interest. The main reason for the discord lies in the fact that people let passions and interests guide them, instead of general pondering over the public virtues. If we decide to build the

Republic of Serbia as the contemporary legal state, we have to build up the public virtues having faith in the morality as the second nature, the series of qualities that constitute the specific way of living and coexisting with others. The reason for this is that human life is established as moral, that people have to organize their life, and it is not given as defined. The public virtues of the citizens of the democratic state stand for the directions that regulate our lives or, to cut the long story short, they show what kind of morality we are in need of. Starting with Stuart Mill, the idea has been repeating saying that the main aim of the politics is the education of its participants, and that democracy has to create habits, attitudes and mentality –all of this with understanding, responsibility and solidarity. As said by Stuart Mill, the goal of certain government, we specify the Republic of Serbia, has to be “the promotion of the virtues and intelligence of its people”. Thus, the realization of the Republic of Serbia as the democratic state, with its law and morality in accordance with the universal principles, will not be taking place unless the public virtues are previously properly formed and the right to civic disobedience as the response to the violation of the virtues is realized. However we define the civic disobedience, or set the conditions for its realization, it is clear that civic disobedience is the ultimate “rampart” of the defense of the public virtues in an “almost” fair society, the Republic of Serbia is longing to become.

Key words: law, morality, public virtues, concept “tension”

УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт:

У раду се разматра усклађивање права Републике Србије са правом Европске уније. Аутор указује да је период потпуног усаглашавања нашег правног система са међународним стандардима, пре свега са правом Европске уније, тек пред нама, те ефекти досадашње етапе усаглашавања права још увек нису довољно изражени да би се о њима донео валидан закључак. Указано је, ипак, да се на основу досадашњих показатеља, могу уочити позитивни трендови који дају основа за опрезан оптимизам да ће наша земља успети да у предвиђеном року изврши трансформацију правног система, као и да ће нови правни оквир бити адекватно примењен у друштву, како од стране грађана, тако и од стране државних органа.

Кључне речи:

усаглашавање права, правни систем, адекватна примена усклађених прописа, преузимање правних правила, ефикасност прописа

Уводне напомене

Интензиван процес међународне интеграције, који се огледа и у убрзаном развоју нових технологија и веома брзим променама у свим друштвеним сферама, обележава савремену цивилизацију крајем XX и почетком XXI века. Истовремено са интензивирањем интегративних промена савременог света у правној теорији се актуелизује расправа о значењу, узроцима и последицама глобалног усклађивања права. Јасно се може уочити да у свим друштвеним областима долази до интензивног усклађивања националних правних система, како на регионалном тако и на глобалном нивоу.

Србија, као европска држава, разумљиво, није могла остати изван тих општих токова усклађивања. Наиме, Србија се налази у процесу транзиције, односно економске, политичке и културне трансформације након недемократског периода. Како би се надокнадило деценијско заостајање у односу на већину земаља у транзицији, неопходно је извршити убрзану трансформацију домаћег правног система у правцу усклађивања са правним стандардима развијених земаља. Стога је од изузетне важности сагледати и утврдити како разлоге усклађивања права Републике Србије са правом Европске уније, тако и могуће позитивне и негативне ефекте тог усклађивања на наше друштво.

Развој права у савременом свету

Као општи друштвени процес, процес глобализације нужно садржи и процес глобализације права, односно процес трансформације савременог система права успостављеног у развијеним државама у XIX веку. За правилно разумевање трансформације права, овај процес би требало сагледати свеобухватно, односно узети у обзир растући процес интеграција који се огледа како у међународном праву, тако и у националним законодавствима. Но с друге стране, неопходно је прихватити реалност да су суверене националне државе још увек, у великој мери, носиоци правног система на својој државној територији и субјекти међународног права, па су самим тим и субјекти глобализације права.

Област националног права, с друге стране, под утицајем интегративних промена, доживљава трансформацију у правцу растуће интернационализације, тачније речено, долази до усклађивања националних прописа на међународном плану. При том треба нагласити да процесом интернационализације нису и не могу бити једнако обухваћене све гране права у оквиру једног правног система. Највише су интернационализоване области трговине, финансија, као и заштита животне средине.

До усклађивања националних прописа на међународном плану, односно до преузимања међународног права у национални правни систем, може доћи директним преузимањем међународних конвенција, или доношењем националних прописа који су у складу са неким међународноправним инструментима. На усклађивање права рефлектује се процес приближавања међународног права, с једне, и националног права, с друге стране. Наиме, док је у периоду модерних националних држава постојала јасна разлика на међународно право и унутрашње право националних држава, усклађивање права је ишло овим паралелним, али независним токовима: суверене, међународно признате државе су сопственом одлуком усвајале међународне конвенције, те је такво право, на основу посебних закона, или непосредном применом, инкорпорирано у земљу примаоца; у случају преузимања права, право је преношено из националног законодавства једне државе у национално законодавство друге државе, било у деловима, односно појединим правним нормама или решењима, било пак у целини (*en bloc*). У периоду интензивне глобализације, када се губи јасна граница између међународног и националног права, до усклађивања права долази на начин који има елементе и међународног усклађивања права и усклађивања преузимањем из националног права. На примеру преузимања права Европске уније од стране земаља које нису чланице, овај проблем се најбоље може анализирати, било да су то европске земље које су се определиле да крену путем испуњавања услова за пријем у Европску унију, било да је реч о државама које преузимају одређено правно решење само због њега самог, тачније, због његовог квалитета.

Право Европске уније је, по свом начину настанка (међународним споразумима), национално међународно право држава чланица.

Али са трансформацијом ове организације у политичку заједницу, са увођењем парламента, председника, извршних органа, и других државних обележја, као и са ограниченом и дефинисаном територијом, јављају се елементи националног законодавства, тако да право Европске уније све више поприма сопствени идентитет. Зато се преузимање овог права, пре свега од земаља нечланица, мада и чланица, не може прецизно окарактерисати као преузимање међународног права, нити као рецепција страног националног права. Пошто све већи значај за функционисање савремених националних држава у оквиру међународне заједнице поприма међународно право, то се и усклађивање права све више заснива на међународном праву, а не, као у доба колонијалног освајања и стварања модерних националних држава са сопственим правним системом, на преузимање националног права других држава. Управо је то основна разлика између ранијег и савременог начина усклађивања права.

Преузимање права као начин усклађивања права

У савременој правној теорији постоји видљива недоследност у погледу значења појма „хармонизација“ (harmonization), „усклађивање“ и у погледу његовог разграничења са сродним појмовима као што су „унификација“ (unification), „апроксимација“ (approximation), „координација“ (coordination) и др. Теоријски се може повући разлика између појмова „уједначавање“ и „усклађивање“ права иако до уједначавања и усклађивања долази преузимањем права.¹

Дакле, у оба случаја се користи метод преузимања права, разлика је у обиму преузимања права, тако што је уједначавање (унификација) потпуно, док усклађивање (хармонизација) „није потпуно преузимање страног права, већ преузимање оних правних института чије присуство уклања битне разлике између тог и домаћег права“.² Али, с обзиром да у нашој правној теорији између наведених појмова није напра-

¹ Петровић, М. - Усклађивање права СР Југославије са правом Европске уније, Зборник радова, Правни факултет Ниш, Центар за публикације, 1999, стр. 7-9.

² Ibidem.

вљена јасна разлика која је шире прихваћена у стручним круговима, у овом раду ће се користити појам „усклађивање“.³

Преузимање права као начин усклађивања права подразумева преношење појединих правних правила, правних установа и решења из једног правног система или међународног права у други правни систем,⁴ односно преузимање читавог правног система из једне културе у другу. Преузимање права на овај начин се у стручној литератури означава појмовима „рецепција права“,⁵ „трансфер права“, „правна трансплантација“, и другим појмовима.

На простору Србије преузимање права се може пронаћи још од времена Душановог законика. Наиме, у средњовековној српској држави Немањића, није било самосталних писаних закона и правни живот је био регулисан углавном обичајним правом. У периоду пре Душановог законика правни извори у средњовековној држави се могу поделити у три групе: преводи византијских црквено-правних зборника; манастирске повеље; и међународни уговори са приморским градовима.⁶ Наиме, убрзо након проглашења Стефана Душана за цара (1346), у Србији је почела примена превода тзв. „Властареве Синтагме“, првог зборника који је садржавао читаво црквено и световно византијско право. Од 1348. године, за потребе царског суда јавља се и скраћена верзија Синтагме која је садржавала само световно право, као и одред-

³ Вукадиновић, Р. - Како усклађивати домаће прописе са правом Европске уније, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004, стр. 55-56.

⁴ Под преузимањем права из међународног права у национално право подразумевамо како усклађивање националног законодавства са међународноправним инструментима, тако и директно преузимање међународноправних аката.

⁵ Модерна дефиниција „рецепције“ унеколико се разликује од појма рецепције римског права и гласи: „Рецепција прва – преузимање права из једног правног система ради преношења у други. Рецепција права није никад потпуна, већ делимична, пошто се у већ постојећи правни систем преузимају делови неког другог правног система. Рецепција права може бити мање или више доследна, одн.чиста. Постоји чиста рецепција права ако се одговарајући делови рецепирају без икаквих промена. Рецепција права је мање доследна уколико се право које се рецепира при том мења и прилагођава праву које се рецепира. Рецепција права је неизбежна појава међународних односа и уколико ови постају тешњи, утолико је рецепција права развијенија“ (Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1989.)

⁶ Соловјев, А. - Постанак и значај Душановог законика, Досије, Београд, 2001.

бе црквеног права које су се односиле на брак. Поред Синтагме, судије су се, за аграрна питања, служиле тзв. „Закоником Јустинијана“, кратком српском компилацијом византијског земљорадничког законика *Nomos Georgicos* из VII века. Године 1349. донет је Душанов законик, као пропис државе Србије, али се он у старим рукописима, унеколико по узору на Јустинијанов *Corpus Iuris Civilis*, никад не јавља сам, већ увек на трећем месту, иза поменутих српско-византијских зборника, што говори да је, осим рецепције прописа, преузета и византијска законска форма.

Српски грађански законик из 1844. године сигурно је најизразитији пример преузимања права у нашој земљи. Овај законик је дело Јована Хацића, аустријског чиновника, ангажованог да изврши редиговање прве верзије законика, који је у Србији саставила посебна комисија. Незадовољан предложеним закоником, који се базирао на француском *Code Civil*, Хацић је самостално приредио нови законик заснован на Аустријском грађанском закону. Законик је садржавао мало оригиналних правних норми које су се примењивале у тадашњој Србији и био је, уствари, скраћена прерада АГЗ-а са пуно сажимања, понекад нејасних и неуспелих, због чега је током свог важења био непрестано критикован. Најјачи разлог критике, поред недостатака у самом редиговању законика, била је околност што је за српску земљу био донет важан, основни законски акт који није одговарао друштвеним приликама, историјском развоју и традицијама те земље. Али, с друге стране, управо је преузимање законика једне напредне, модерне, организоване европске државе, за Србију имало значајне предности: с обзиром на то да се АГЗ базирао на римском праву, омогућено је укључивање у ред европских континенталних држава чији су правни системи били под утицајем римског права; на модеран начин је решено питање својине; дат је правни оквир за развијање капиталистичких односа; и олакшане су привредне и културне везе са Аустријом, тако да је ова земља следећих неколико деценија била не само главна привредна, већ и културна веза са Европом.⁷

⁷ Гамс, А. - Значај Српског грађанског законика за Србију у XIX веку, Зборник радова, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1944), САНУ, Београд, 1996, стр. 11-22.

Специфичности усклађивања права Републике Србије са правом Европске уније

У односу на већину бивших социјалистичких земаља, Србија је у процес транзиције кренула са заостатком од око десет година. Наиме, услед продужене владавине недемократског режима и међународних санкција, Србија (у оквиру СРЈ) је била изолована из међународне заједнице, те су ефекти процеса глобализације, у свим друштвеним областима, били мање приметни. Током 1990-их година, било је парцијалних покушаја да се колико-толико наш правни систем усагласи са савременим међународним стандардима. Али, процес трансформације целокупног правног система је стварно започео тек после политичких промена из 2000. године. Србија је у заостатку у односу на земље региона и у погледу међународних интеграција, услед кашњења у процесу усклађивања, пре свега, економске и политичке области са међународноправним инструментима. Србији, дакле, тек предстоји убрзано усклађивање прописа, у свим друштвеним областима. Стога се може говорити само о назнакама ефеката досадашњег усклађивања права на наше друштво: „...наше друштво и транзициони процеси нису изван међународног окружења, никаква 'кула од слоноваче' изван општих светских токова. Напротив, после петооктобарских догађаја наше друштво се широко отворило према свету, односно постало је његов неодојиви део. Уклапање нашег друштва у светско друштво је у повоју и тек предстоји озбиљно усаглашавање, пре свега нашег правног система са оним правним достигнућима на којима почива савремено друштво”.⁸

Организоване припреме у оквиру државне администрације Републике Србије за придруживање Европској унији започете су јануара 2002. године. Тада је у оквиру Министарства за економске везе са иностранством (МЕВИ) формирана Јединица за европске интеграције. Основни задатак Јединице био је да створи предуслове за формирање

⁸ Милић, В. и Јелић, Р. – Институције правне државе у условима транзиције, „Уместо увода“ Савет пројекта Институције правне државе у условима транзиције и Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2003, стр. 6.

Сектора за европске интеграције у оквиру истог министарства. Сектор за европске интеграције (СЕИ) је у оквиру Министарства за економске везе са иностранством основан маја 2002. године. Одлуком Владе Републике Србије СЕИ је одређен као централна јединица за координацију, праћење и извештавање о активностима у вези са процесом придруживања. Између осталих активности стоји и координација, праћење, извештавање и, по потреби, иницирање усклађивања законодавства Србије са законодавством Европске уније. Одлуком Владе Републике Србије⁹ формиран је Савет за европске интеграције, у јуну месецу 2002. године, као саветодавно тело Владе Републике Србије. Пред Савет је постављен, поред осталих задатака, и задатак разматрања и предлагања мера у вези са усаглашавањем законодавства Републике Србије са правом Европске уније. У октобру 2002. године основана је Комисија за координацију процеса приступања Европској унији.¹⁰ Комисија, поред осталих задатака, има и задатак да утврђује приоритете и најповољније начине за усклађивање политике и прописа Републике Србије са стандардима Европске уније, да предлаже мере у вези са усаглашавањем законодавства, институционалним променама и реформом политике у надлежности Републике Србије, које су услов и потреба придруживања Европској унији, и да прати реализацију предложених мера. Поступак усклађивања подразумева формирање великог броја радних група које ће бити задужене за усклађивање закона по појединим областима права Европске уније. Након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању радне групе имају задатак да прате мере које су предвиђене за његово спровођење и да наставе да предлажу нове мере за израду нацрта предлога прописа.

Влада Републике Србије је у јуну 2003. године усвојила Акциони план за усклађивање прописа Републике Србије са прописима Европске уније који представља полазну основу за законодавно усклађивање прописа Републике Србије са прописима Европске уније у предстојећем периоду. Акциони план за усклађивање прописа садржи табеларни

⁹ Службени гласник РС, број 14/2002.

¹⁰ Службени гласник РС, број 69/2002.

приказ педесет закона, које би као приоритетне требало донети, (са образложењем надлежног министарства о томе због чега је потребно приступити њиховој изради), оквирни рок за извршење тог задатка као и одређивање особа које ће бити директно одговорне за израду конкретног закона. У Акционом плану нису поменути подзаконски прописи јер су наведени само кључни, системски законодавни предлози, али у следећој фази интеграције, након годину дана, следи њихова разрада, као и даље законске реформе.

На седници одржаној 18. септембра 2003. године Влада Републике Србије је усвојила Информацију о потреби за успостављањем механизма за оцену нивоа усклађености нацрта правних аката Републике Србије са прописима Европске уније, након које је, променом Пословника Владе Републике Србије, у законодавну процедуру уведена Изјава о усклађености нацрта закона, другог прописа и општег акта са прописима Европске уније. Једна од најважнијих улога механизма за оцену усклађености је да служи као мерило успешности и прецизности спровођења акционих планова, због чега се уводи паралелно са усвајањем првог акционог плана. Механизам ће омогућити, већ у фази пре отпочињања преговора о Споразуму о стабилизацији и придруживању, уважавање права Европске уније и пружиће јасну слику о усклађености нашег правног система. Изјаву о усклађености прати табеларни и упоредни преглед подударности одредби домаћих прописа са правом Европске уније.

Изјава о усклађености нацрта закона, другог прописа или општег акта са прописима Европске уније представља писану изјаву органа или организације државне управе надлежне за израду и предлагање одређеног нацрта или предлога закона, другог прописа или општег акта, којом се даје оцена нивоа усклађености нацрта одређеног акта са прописима Европске уније. Изјава о усклађености представља обавезни део свих нацрта закона који дотичу релевантне области права Европске уније. Саставља се на основу табеле упоредног прегледа који би требало да пружи преглед усклађености одредби домаћег прописа са релевантним одредбама из права Европске уније. У изјави се мора навести или упутити на релевантни правни акт Европске уније и дати

оцена нивоа усклађености нацрта правног акта са њиме (усклађен, делимично усклађен, није усклађен), а такође се морају навести и разлози у случају да усклађеност није у потпуности постигнута, као и оријентациони рок до када ће се усклађеност постићи. Ако нацрт закона, другог прописа и општег акта не прати Изјава он се не упућује у даљи поступак и враћа се предлагачу на дораду.

Изјаву о усклађености прати упоредни преглед подударности одредби нацрта акта са правом Европске уније. Упоредни преглед подударности представља детаљну анализу одредби нацрта домаћег правног акта, дату у форми табеле у којој су анализирани одредбе нацрта домаћег правног акта, који се предлаже уз нацрт прописа. Европска комисија користи тзв. Screening метод да верификује да ли су прописи држава кандидата компатибилни са захтевима Европске уније и где је потребно усклађивање прописа ако нису компатибилни. Овај метод обухвата обостране експертске анализе свих поглавља права Европске уније, које резултирају као свеобухватна упоредна анализа сличности и разлика између прописа државе кандидата и Европске уније.

На путу уклапања нашег друштва у светско друштво велики проблем би могла да представља слаба прихваћеност нових, усклађених прописа, тачније њихова неефикасност. Ово тим пре што доношење нових прописа представља прву фазу реализације процеса усклађивања, док другу фазу представља адекватна примена тих прописа. Србију последњих година карактерише слаба ефикасност прописа, због неадекватне прихваћености од стране грађана, али у великој мери и услед неефикасности државних органа. Ово има вишеструке узроке, међу којима се истичу познати проблеми земаља у транзицији, уз неке наше специфичне околности (рат у окружењу и оружана интервенција НАТО-а, политичка нестабилност и др.)

Након осамостаљивања Републике Србије створен је правни оквир за процес приступања Европској унији. После доношења новог устава потребно је изменити законодавну улогу Владе и Народне скупштине у складу са захтевима које постављају европске интеграције и законодавни процес Европске уније. Са циљем приступања Европској унији, већина земаља кандидата је изменила своје уставе и пренела не-

ка од својих суверених права Европској унији под одредбом којом се дозвољава делимичан пренос суверених права међународним организацијама или се упућује на примат правне обавезности међународних споразума према националном законодавству.¹¹

Нови Устав Републике Србије садржи решење према којем ће се примењивати одредбе међународних споразума који су закључени у складу са законом и које је потврдила Народна скупштина.¹² Уставни судови држава чланица су потврдили своје право да надзиру усклађеност међународних интегративних прописа са уставним ограничењима и да одређују границе преко којих пренос државних надлежности није дозвољен (то су учиниле земље попут: Француске, Италије и Немачке). Питања превођења и објављивања прописа Европске уније и одлука које су упућене правним лицима такође морају да се одреде законом. Но, одмах треба рећи, да ће се ова потреба за Србију јавити тек након прикључења Европској унији. На основу искуства досадашњих земаља кандидата, Србија може очекивати да ће јој Европска унија обезбедити финансијску и техничку помоћ, што укључује информације о прописима, размену експерата, организовање семинара, помоћ у превођењу, итд. За такву врсту помоћи моћи ће да се пријави сваки заинтересовани државни орган.

Национална стратегија Србије за приступање Европској унији утврђује усклађивање домаћег права са правом Европске уније као једну од основних области за процес придруживања. Стратегијом се утврђује да усклађивање домаћих прописа са правом Европске уније има за циљ да обезбеди услове за спровођење реформи у економском, политичком и правном систему Републике Србије. Ове реформе су, с једне, неопходне за складно функционисање државе и, с друге стране, за придруживање и чланство у Европској унији. Процес усклађивања је готово у потпуности ограничен на усклађивање прописа који се односе на

¹¹ Трбојевић, А. - Како ускладити домаће прописе са Правним тековинама Европске уније, Влада Републике Србије, Министарство за економске односе са иностранством, Београд 2004, *op. cit.*, стр. 29.

¹² Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују (члан 16. став 2. Устава Републике Србије).

функционисање четири основне слободе: (слободе промета робе, слободног кретања радне снаге, слободног вршења услуга и слободног кретања капитала), као и на прописе који су обухваћени одговарајућим заједничким политикама. Дакле, процесом усклађивања су обухваћени они домаћи прописи који се односе на успостављање и функционисање унутрашњег тржишта.

Према овој стратегији, усклађивање ће се као дугорочан процес одвијати у више фаза. Дужина ових фаза зависиће, с једне стране, од затечене економске, правне и укупне друштвене инфраструктуре, и, са друге стране, од рокова који су утврђени Споразумом о стабилизацији и придруживању. У процесу усклађивања Србија, мора користити оне врсте техничке помоћи које Европска унија буде ставила на располагање, као што су документи које је Европска унија припремила за треће државе кандидате, а пре свега Белу књигу II.¹³

Садржина и динамика усклађивања могу се пратити коришћењем унутрашњих и спољних механизма. Под унутрашњим механизмима подразумевају се, пре свега, рад Канцеларије Владе Републике Србије за придруживање Европској унији и упоредни преглед подударња одредби нацрта аката са прописима Европске уније. Наиме, изменама Пословника Владе,¹⁴ предвиђено је обавезно давање мишљења Канцеларије Владе Републике Србије за приступање Европској унији на сваки предлог закона, као и увођење анализе економских ефеката закона коју би требало да врши Савет за регулаторну реформу привредног система. На овај начин се, између осталог, правно усклађивање синхронизује са економском политиком. Резолуцијом о придруживању Народне скупштине Републике Србије, Влада Републике Србије је обавезна да најмање једном у три месеца информише скупштину о планираним и испуњеним обавезама и о реализацији свих програма и осталих активности које су неопходне за убрзање процеса придруживања Србије Европској унији.

¹³ Белом књигом II је државама које желе да се укључе у европске интеграционе токове препоручено да у 23 (односно 31) области ускладе своје прописе са правном регулативом Европске уније.

¹⁴ „Службени гласник РС”, бр.100/05, 51/06 и 61/06.

Влада Републике Србије је 2008. године усвојила Национални програм за интеграцију Србије у Европску унију. Овим програмом предвиђен је и план законодавног деловања Србије у правцу усаглашавања права Републике Србије са правом Европске уније. Овај документ одређује приоритете за усаглашавање наших прописа са „европским“ прописима проистеклим из Споразума о стабилизацији и придруживању. Но, треба рећи, да је и пре потписивања Споразума Република Србија започела са добровољним усклађивањем нашег права са правом Европске уније. У складу са Националним програмом за интеграцију Србије у Европску унију, Народна скупштина Републике Србије је у октобру, новембру и децембру 2008. године и јануару, фебруару и марту 2009. године усвојила више од 70 закона који су директно или индиректно повезани са процесом европске интеграције.

На путу уклапања Србије у међународну заједницу, а пре свега Европску унију, велики проблем би, као што је већ напоменуто, могла да представља слаба прихваћеност усклађених прописа, односно њихова неефикасност. Познато је, да је доношење усклађених прописа само прва фаза реализације пројекта усаглашавања права, док другу фазу, ништа мање битну, представља адекватна примена ових прописа. Зато је неопходно да се истовремено са усклађивањем нашег правног система подиже ниво ефикасности прописа, како у погледу њихове примене од стране грађана, тако и у погледу примене од стране државних органа. Адекватна ефикасност прописа подразумева постојање одређених предуслова, а као најзначајнији се издвајају: економска развијеност, демократска политичка клима, организоване државне институције које би требало да примењују прописе и сличан систем вредности земље примаоца и земље из које се право преузима.

У економској области, Комисија Европске уније је оценила да је у погледу макро-економске стабилизације у Србији учињен велики напредак, захваљујући адекватној фискалној политици у комбинацији са релативно рестриктивном монетарном политиком. Такође, да су услови уласка и изласка са тржишта за предузећа знатно унапређени и да је извршена основна либерализација у погледу цена, трговине и девизног курса. Комисија је оценила да су предузети и кључни кораци у развоју

финансијског сектора, укључујући и реформу сектора банкарства и јачање регулација и контроле тог сектора.¹⁵ У односу на земље окружења, које су у процесу приступања Европској унији, Србија је, што и Комисија констатује у посматраном периоду имала најинтензивнији привредни раст, али је, с друге стране, једина имала велики и константан раст незапослености. Из овога се може закључити да Србија још увек није успоставила стабилан економски развој, већ је оптерећена противуречностима које се морају што пре отклонити у процесу приступања Европској унији.

Функционисање демократских институција и поштовање владавине права у Србији је побољшано, оцена је Комисије Европске уније поводом отпочињања преговора о закључењу Споразума о стабилизацији и придруживању, иако је овај напредак био прилично спор и, у неким случајевима, непотпун због наслеђа прошлог режима. Наводи се да је у последње време учињен напредак у погледу уставне и правне сигурности, али да још увек постоје одређени изазови у том смислу.¹⁶ Србија је, као сукцесор СЦГ, чланица оба међународна акта Уједињених нација о људским правима, као и још око тридесет других уговора о посебним правима,¹⁷ и потписница Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и тринаест њених протокола. У овој области право Србије је претежно у складу са међународним стандардима заштите. Ипак, највећи проблем остаје спровођење донетих закона. Оцењено је да правосуђе као главни заштитник права свих грађана Србије, у том погледу није довољно ефикасно.¹⁸

Усклађивање права Републике Србије са правом Европске уније захтева поуздан систем државне управе који ће бити способан да на адекватан начин примењује преузете прописе. Правни оквир је важан инструмент управљања друштвеним променама и обухвата не само до-

¹⁵ Саопштење Комисије о спремности Србије и Црне Горе за преговоре о закључивању Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом, Европска комисија, Брисел, 2005.

¹⁶ Саопштење Комисије... *op. cit.*, стр. 9.

¹⁷ Међународни пакт о грађанским и политичким правима УН и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима.

¹⁸ Саопштење Комисије... *op. cit.*, стр. 9.

ношење закона и других прописа већ и њихову примену и надзор над применом. Атмосфера законитости и владавине права управо се на тај начин ствара. Реформа законодавног оквира захтева предузимање одређених мера при изради и примени сваког закона. Законодавац мора при изради и примени сваког законског прописа, да осигура предузимање следећих мера: анализа трошкова, која мора бити саставни део сваког нацрта закона; анализа ефеката закона на процес будућег придруживања Србије Европској унији; процене ефеката прописа пре њихове израде и након њихове примене.¹⁹ Кроз извршавање закона и других општих аката Народне скупштине, Влада води политику Републике Србије, надзире рад органа државне управе, усмерава органе државне управе у спровођењу политике и извршавању закона и других општих аката и усклађује њихов рад.

Да би усклађено право било примењивано од стране грађана у довољној мери, тачније, да би било ефикасно, поред објективних околности (економских и политичких), неопходно је да се право заснива и на истом систему вредности. Једна иста правна норма, у контексту правног система који почива на другачијем вредносном систему, добија другачије значење, тачније, могућно је да не буде примењена на одговарајући начин од стране крајњих корисника. Зато је за примарну примену усклађеног европског права значајан однос јавног мњења Републике Србије према Европској унији, односно према друштвеним вредностима које то право промовише. Према једном недавном истраживању за потребе Владе, прве асоцијације наших грађана на Европску унију углавном су вредносно позитивне или неутралне.²⁰ Према овом истраживању, општа оцена може бити позитивна, јер идеја Европске уније у систему вредности грађана Србије има значајно позитивну улогу. Ако се узме у обзир да број гласова у корист прикључења Србије Европској унији остаје прилично стабилан током три године праћења, може се закључити да наши грађани, а посебно млада популација, усва-

¹⁹ Стратегија развоја..., *op. cit.*, стр. 19.

²⁰ Истраживање је за потребе Канцеларије Владе Републике Србије за придруживање Европској унији (за новембар 2006. године спровела агенција Strategic marketing (www.seio.sr.gov.yu)).

јају европски систем вредности. Кад се измере могући добици и губици, европске интеграције се ипак, сматрају неминовним избором, што сасвим сигурно може утицати на ефикасну примену преузетог европског права.

Закључна разматрања

Како не бисмо поновили грешке које су учиниле неке земље у окружењу, предстојећем процесу усклађивања права Републике Србије треба приступити јако пажљиво и опрезно, због карактеристика наше културе, које се огледају у посебностима нашег правног система. Из наше научне и стручне јавности долазе врло јасна упозорења да се усклађивању домаћег правног система са међународним правом, а посебно са правом Европске уније, приступи обазриво. Наиме, указује се да садашња пракса у економском и правном управљању у оквиру Европске уније, путем директива које долазе из Бриселске администрације, прети да се претвори у емисију чиновничког апарата који је својствен диригованим економијама, а не слободној тржишној привреди, економској и правној демократији. Указује се да смернице о потреби усклађивања националних прописа треба да буду резултат научне опсервације, а не чиновничка техника која не види шири хоризонт општег културног идентитета заједнице.²¹

Упозорава се да некритичко преузимање прописа из западноевропских система без претходне анализе има одређене последице, пре свега економске, у земљама које су имале другачији развојни пут. Такође се указује и да код нас нацрте закона припремају многе владине и невладине организације и експерти без икакве међусобне координације, што доводи до нарушавања унутрашњег односа нашег правног система, тако да регулатива постаје неусклађена, противречна и неефикасна.²²

²¹ Перовић, С. - Беседе са Копаоника, Копаоничка школа природног права, Београд, 2005, стр. 526-528.

²² Николић, Д. - Хармонизација и унификација грађанског права: елементи за стратегију развоја правне регулативе, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 12, 126.

Иако је постојала политичка клима за приступање Србије Европској унији, након политичких промена из 2000. године, наслеђени правни систем, услед бројних недостатака, није представљао адекватну основу за почетак усклађивања. Оцена је да је у овом периоду до преузимања права Европске уније у правни систем Републике Србије долазило само онолико колико је то било нужно, те да је правни систем Србије стога и даље остао „неевропски, егзотичан и неудобан“, нарочито на подручју људских права и тамо где је страни капитал могао да покаже интерес за инвестиције или улагања у српску привреду.²³

Право Европске уније се може увести у правни систем Републике Србије методом преношења или методом преформулисања. Преношење може бити копирање правног текста реч по реч у национални пропис. Уосталом, с разлогом је још Montesquieu констатовао, мада у сасвим другачијим друштвеним околностима, колико су огромне разлике између националних права појединих држава. „Закони“, каже он, „морају бити толико својствени народу за кога су начињени да је голема случајност ако закони једне нације могу приличити некој другој...“²⁴ Предности овог метода су релативна једноставност и прецизност обавезе наметнуте прописом Европске уније. Мана је могућа нејасна и страна терминологија, што доводи до неразумевања прописа, јер „... пресађивање и најуспешнијих модела са стране има мало изгледа за успех.“²⁵ Међутим данашња тенденција усаглашавања захтева, поред осталог, и брисање неких националних специфичности, али не свих, јер потпуно усклађивање би могло значити супротност неким од основних принципа модерног друштва.

Није једноставно извршити усаглашавање а истовремено задржати одређене особености властитог права, а такав задатак скоро да је неостварив кроз потпуно преношење прописа. Ако Србија жели да

²³ Степанов, Р. - Европеизација српског права, Правни живот, бр.12/2004. стр. 859-860.

²⁴ Овај карактеристичан став Montesquieu, изнет у познатом делу „Дух закона“ из 1748. године, није занемарљив ни за данашње доба. Иначе, цитат преузет из Петровић, М.- *op.cit.*, стр. 9.

²⁵ Васић, Р. – Правна држава и транзиција: теоријски модел и контекстуално условавање, Досије, Београд, 2004, стр. 148-149.

очува интегритет правног система и дух правног језика требало би да примени метод преформулације као начин усклађивања права Републике Србије са правом Европске уније. На тај начин могу се изоставити непотребне одредбе и уобличити прописи према националном моделу. Овај метод изискује дуже време од метода преношења, као и значајна средства. Не треба занемарити ни опасност погрешног превођења, тачније интерпретације оригиналних одредби.

Опште је правило да се примењује метод преформулације, али је остављено земљама кандидатима да саме о томе одлуче. Преношење се као метод препоручује само код врло дугих и врло стручних текстова, као што су неки правилници. Управо од самог прописа зависи који ће од ових метода за уношење у национални правни систем бити одабран. Но свакако треба рећи да је могућно и комбиновање ових метода, у неким ситуацијама можда као најадекватнији начин усаглашавања права Републике Србије са правом Европске уније.

Период потпуног усаглашавања нашег права са правом Европске уније тек предстоји. Сигурно је да на том путу стоји безброј препрека које се морају савладати, како би наше право било усаглашено са правом Европске уније. Јер, даље „упоредно критичко проучавање страних законодавстава неопходно је ради подстицаја и њихове критичке рецепције које се не треба плашити, јер се у светским размерама, а поготову у европским оквирима, иде на унификацију правних решења. Стога, морамо водити рачуна да пуко пресађивање правних установа не даје плодове, али рецепција модерног европског законодавства је нешто што нам предстоји ако хоћемо да се приближимо, а камоли да се придружимо том кругу.”²⁶

²⁶ Становчић, В. - Владавина права и изградња правне државе, Економска политика, Београд, 2001, бр. 2564, стр. 21-22.

Mira Simović, LL.M.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

HARMONIZATION OF THE SERBIAN LEGISLATION WITH THE EU LAW

Summary

In comparison to most of the former socialist countries, Serbia was at least 10 years behind in entering the process of transition. Although there were partial attempts in the 1990s to harmonize (at least to some extent) our legal systems with the contemporary international standards, the process of transformation of the entire legal system actually started only after the political changes in the year 2000. As compared to other countries in the region, the Republic of Serbia entered the harmonization process (particularly in the fields of economy and politics) rather late, which further reflected in being behind in terms of the international integrations. Therefore, in order to move forward to this objective, Serbia has to accelerate the harmonization of its legislation with the international legal instruments in all areas of social life.

The necessity of a comprehensive and efficient harmonization of our national legislation with the contemporary European and international legal standards is indisputable, particularly in the fields designated to be of primary importance. However, it is also necessary to make sure that the harmonization process does not significantly interfere with the fundamentals of our legal system, whose basic characteristics are essentially a reflection of our distinct cultural identity. As a matter of fact, the European Union recommends a rational, economical and flexible approach to harmonization processes. The candidate countries are suggested to apply the harmonization model under which the EU law may be accepted into the national legislation either by applying the method of reformulation (as a primary harmonization method) or the method of direct transfer of legal rules, the latter of which is mainly recommended in the harmonization of technical regulations. Certainly, the candidate countries may also resort to combining these two methods.

The greatest problem in fitting Serbia into the international community and primarily into the European Union might be a poor reception of the harmonized re-

gulation, resulting in its subsequent inefficiency. Moreover, the adoption of the harmonized regulation is only the first phase in the realization of this project, whereas the second phase implies an adequate implementation of these legal provisions. For this reason, in the course of harmonizing our legal system with the international law it is necessary to raise the level of efficiency and applicability of the harmonized regulations, both by citizens and by the state authorities. There are some indicators showing that there has been some progress in this respect, which may be the basis for a cautious optimism that Serbia will manage to harmonize its legal system with the EU law in the prescribed period of time. However, we cannot be so optimistic when it comes to the implementation of the harmonized legislation either by the citizen or by the state bodies of authority.

Key words: harmonization of Serbian legislation with EU law, legal system, adequate implementation of the harmonized legislation, acceptance of legal rules, efficiency of legal provisions

РАВНОМЕРАН РЕГИОНАЛНИ РАЗВОЈ У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт:

Уставом Републике Србије експлиците је предвиђена њена дужност да се „стара о равномерном и одрживом регионалном развоју, у складу са законом“ (члан 94). Одредбом члана 97. (став 1, тачка 12) Устава утврђено је да Република Србија „уређује и обезбеђује: ... политику и мере за подстицање равномерног развоја појединих делова Републике Србије, укључујући и развој недовољно развијених подручја“. Такође, усвајањем Закона о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских Заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, као и Закона о потврђивању Оквирног споразума између Владе Републике Србије и Комисије Европских заједница о правилима за сарадњу која се односе на финансијску помоћ Европске заједнице Републици Србији у оквиру спровођења помоћи према правилима Инструмента претприступне помоћи ИПА, Република Србија је преузела обавезу јачања регионалне и локалне развојне сарадње, са циљем да допринесе економском развоју и смањењу регионалних неједнакости. Анализом ових норми, као и регионалних политика те начина пружања државне помоћи неразвијеним подручјима чланица Европске Уније аутор ће покушати да да одговор на питање да ли ће, колико и на који начин, поједина нормативна решења допринети смањивању посебно великих разлика у развијености појединих крајева Републике Србије.

Кључне речи:

равномеран регионални развој, статистички региони, регионалне политике ЕУ, структурни фондови ЕУ, кохезиони фондови ЕУ, државна помоћ неразвијеним подручјима

Равномеран регионални развој првобитно није био правни појам. До пре неколико деценија уместо тог термина у нашем јавном говору више су коришћени термини прогрес и напредак. У општем смислу, под развојем се подразумева „поступни преображај у сложеније облике, у савршеније стање, еволуција, развитак“, а у ужем, економско-правном смислу развој је „стално повећавање укупне друштвене производње, пораст националног дохотка, напредак: ~ заосталих крајева“.¹

“Попут светионика који усмерава морепловце према обали, ‘развој’ стоји као идеја која је усмеравала новонастале нације током путовања кроз послератну историју. Без обзира да ли су биле демократије или диктатуре, земље Југа су, после ослобађања од колонијалне власти, истакле развој као своју примарну тежњу. Четири деценије касније, владе и грађани још увек усмеравају свој поглед према тој светлости која сада досеже даље него икад: сваки напор и свака жртва су оправдани у постизању циља, али светлост се ипак губи у тами“, записао је крајем 20. века Волфганг Закс у уводу Речника развоја.² Поставља се питање колико се ситуација променила на почетку 21. века?

И док се на светионику јављају прве напрслине, а „идеја развоја лежи као рушевина у интелектуалном крајолику“, у Србији се на почетку 21. века повела жива стручна и политичка расправа о неопходности равномерног развоја свих крајева државе, проистекла из свести да смо једном ногом у 19. а другом у 21. веку. Том приликом, ипак, стално морамо имати у виду следеће:

„Обмана и разочарање, пропусти и злочини непрестано су пратили развој и они приповедају уобичајену причу о нечему што не функ-

¹ В.: Речник српскохрватског књижевног језика, Матица Српска, (друго фототипско издање), књига пета. Нови Сад, 1990, стр. 350.

² В. Закс (приређивач), Речник развоја: водич кроз знање као моћ, Нови Сад, Светови, 2001, стр 5.

ционише. Поред тога, историјске околности које су идеју учиниле битном нестају: развој је постао старомодан. Али изнад свега, наде и жеље које су ставиле идеју у промет сада су исцрпљене: развој је постао застарео.³

Зато се данас у први план истиче једна посебна варијанта развоја – равномерни регионални развој – чије вредности ће бити предмет испитивања на страницама које следе.

* * *

Равномеран регионални развој ЕУ је од самих њених почетака 1958. године, поред регионалних политика самих држава чланица, представљао једну од најважнијих политика ЕУ. У свим документима ЕУ је посебно наглашавала значај политике равномерног регионалног развоја. Тако је, примера ради, у самој преамбули Уговора из Рима (1958.) зацртано да ће:

„Државе-чланице Европске заједнице тежити да обезбеде складни развој смањењем разлика које постоје у степену развијености одређених региона и заосталости мање привилегованих региона”.

У каснијим документима Европска заједница је само померала границе тада зацртаних циљева,⁴ развијајући даље инструменте регионалне политике на нивоу Заједнице.

Регионалне разлике унутар ЕУ као и унутар самих држава чланица одувек су посматране као баријера уравнотеженом развоју односно подстицању *кохезије*. Наиме, ту се ради о проблему односа јаког језгра, тзв. **пентагона** (сачињеног од линија повучених између Милана, Париза, Лондона, Хамбурга и Минхена) и слабе периферије. Тај пентагон захвата 14 одсто територије, у њему је око 27 одсто становништва и ту се остварује више од 40 одсто бруто дохотка ЕУ.

³ Исто.

⁴ “У циљу промовисања свеукупног складног развоја Европска заједница ће развијати и обављати послове који воде јачању њене економске и социјалне кохезије. Заједница ће нарочито тежити да смањи разлике међу регионима и заосталост најмање привилегованих региона, укључујући и руралне области” (члан 130а, Јединственог европског акта, 1986.)

Помоћ регионима пружа се кроз **структурне фондове и кохезиони фонд**.⁵ Примарни циљ која се остварује преко кохезионог и структурних фондова, јесте смањење разлика у развијености између земаља чланица и самих европских региона путем суфинансирања (у сарадњи са државама чланицама) јавних инвестиција у подручју саобраћајне инфраструктуре, заштите животне средине, образовања и усавршавања, те финансијске подршке предузећима. Од 2007. године државе кандидати и потенцијални кандидати могу користити средства из **програма ИПА** (Instrument for Pre-accession Assistance - IPA, којим су замењени програми CARDS, PHARE, ISPA и SAPARD), како би имале више успеха у поступном прилагођавању правним тековинама ЕУ и припреми за коришћење структурних фондова. Тај програм је успостављен Уредбом Савета (ЕЗ) бр. 1085/2006 којом се оснива Инструмент претприступне помоћи и Уредбом Комисије 718/2007 о спровођењу Уредбе Савета ЕУ о успостављању програма ИПА.⁶ Овај програм, чија финансијска вредност износи 11,468 милијарди евра, обухвата следеће компоненте: подршка транзицији и изградњи институција, регионална и прекогранична сарадња, регионални развој, развој људских потенцијала и рурални развој. Основна начела којих се ЕУ придржава приликом израде и извршавања регионалних развојних планова и програма су: програмирање,⁷ партнерство,⁸ допуна,⁹ супсидијарност¹⁰ и координација.¹¹

⁵ Уз основне структурне фондове постоје и четири тзв. **иницијативе Заједнице**. Реч је о развојним програмима за пружање помоћи у решавању специфичних проблема регионалног развоја ЕУ: EQUAL, INTERREG (подржава међуграничну сарадњу, подстиче међурегионалне развојне планове, транснационалну сарадњу у циљу доприноса хармонизацији граничних подручја ЕУ и подручја суседних држава, међурегионалну сарадњу, побољшава регионалну развијеност), LEADER, URBAN. В.: D. Turpock, Прекогранична сарадња – главни елемент регионалне политике у новој Источној централној Европи, Зборник Матице српске за друштвене науке, 2002, бр. 112-113, стр. 149-166.

⁶ Доступне на следећим интернет страницама:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:210:0082:0093:EN:PDF>;
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:170:0001:0066:EN:PDF>.

⁷ Припрема вишегодишњих развојних планова, кроз вишефазно одлучивање на партнерском моделу.

Уредба којом је Инструмент претприступне помоћи основан садржи: опште одредбе којима се дефинишу корисници, општи циљ и сврха програма, опис појединих компоненти ИПА, политички оквир помоћи, информације о посебним финансијским давањима, начинима планирања помоћи, и начинима програмирања; специфичне одредбе (које се односе на поједине компоненте ИПА); опис управљања начином пружања помоћи ЕУ (објашњава се подношење извештаја, рад одбора ИПА, описују се врсте помоћи и одговарајуће мере, објашњава се на који ће се начин заштити финансијски интереси Заједнице, појашњава се правило порекла робе, услуга и радова, прихватљивост финансирања, начело компатибилности и координације са осталим политикама ЕУ, као и услови за суспендовање помоћи ЕУ, и начин евалуације програма и политика); те прелазне и завршне одредбе које дефинишу статус држава подобних да користе ову врсту помоћи, одређена буџетска питања, начин ревизије и датум ступања на снагу Уредбе.

Годину дана касније донета је Уредба за спровођење Уредбе о оснивању ИПА којом се дефинишу: заједничке одредбе о помоћи ЕУ (објашњени су општи принципи и општи оквир помоћи, заједничка правила за спровођење програма, систем управљања и систем контроле, финансијски допринос Заједнице, финансијско управљање, евалуација и тзв. мониторинг, начин обавештавања јавности и правила информисања с обзиром да Европска комисија придаје велику пажњу активностима на промоцији пројеката који се финансирају из њених фондова; специфичне одредбе (за сваку од пет компоненти ИПА опи-

⁸ Укључивање самих регионалних и локалних власти у процес, једнако као и економских и социјалних партнера, те других релевантних институција у свим фазама израде и реализације плана.

⁹ Као што смо већ рекли помоћ ЕУ има додатни карактер и не може заменити помоћ држава чланица мање развијеним подручјима.

¹⁰ Уведено је ради осигурања спровођења одлука на што је ниже могућем нивоу, како би се одлучивање максимално приближило становништву и проверило да ли су активности ЕУ оправдане и могу ли се спровести на националном, регионалном или локалном нивоу.

¹¹ Ово начело подразумева да све активности ЕУ морају бити усклађене у циљу стварања тзв. „синергијских“ ефеката, тј. постизања максималних учинака и избегавања непотребних трошкова.

сани су циљ помоћи Заједнице, прихватљиви критеријуми финансирања, начин програмирања, имплементација, финансијски менаџмент, евалуација и мониторинг); те коначне одредбе везане за ступање на снагу Уредбе. У Додатку А Уредбе за спровођење објашњени су критеријуми за акредитацију који описују начине за успостављање одговарајућег система контроле, потребу ангажовања образованог и обученог особља, начин процене и управљања ризиком, процедуре верификације, начине уговарања и плаћања, потребу примене одговарајућих рачуноводствених стандарда, сигурносне процедуре, начине комуницирања међу свим учесницима у процесу итд.

Детаљна расподела средстава по државама и по појединим компонентама ИПА, наведена је у трећем основном (када је ИПА у питању) документу Комисије под називом Вишегодишњи индикативни финансијски оквир (Multi-Annual Indicative Financial Framework или MIFF). Документ се односи на трогодишње раздобље и ревидира се на годишњој основи, а садржи годишњу расподелу средстава ИПА по земљи кориснику и по ИПА компонентама. Да би ИПА заживео у пракси односно да би државе кориснице и њихове институције могле почети да повлаче средства надлежна тела држава корисница ИПА и Комисија израдили су читав низ помоћних документа. За нас је од значаја Вишегодишњи индикативни плански документ 2007-2009 за Србију (Multi-annual Indicative Planning Document (MIPD) 2007-2009 for Serbia).¹² Овај документ припрема Европска Комисија на основу приоритета из Европског партнерства и извештаја о испуњавању услова у процесу стабилизације и придруживања, као и националних стратегијских докумената државе корисника средстава, и њиме се дефинишу приоритети по појединачним областима, као и индикативни износ финансијских средстава за спровођење утврђених приоритета током три узастопне буџетске године. Финансијским пројекцијама, у оквиру Вишегодишњег индикативног финансијског оквира, предвиђено је да је Република Србија за национални ИПА програм за 2007. годину имала на

¹² Доступан је на интернет страници:

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/mipd_serbia_2007_2009_en.pdf.

располагању 186,7 милиона евра, за 2008. годину 190,9 милиона евра и да ће за 2009. годину имати на располагању 194,8 милиона евра.

Основни услов за коришћење свих пет ИПА компоненти је да земља прималац помоћи има статус кандидата и да има успостављен децентрализовани систем управљања фондовима. Како Република Србија у процесу европских интеграција тренутно има статус потенцијалног кандидата, а фондовима ЕУ управља на централизован начин (преко Европске агенције за реконструкцију),¹³ од 2007. године, уместо финансијског инструмента CARDS, Република Србија користи прве две од укупно пет компоненти. Правни основ за сарадњу између Републике Србије и Европске уније по питању спровођења финансијске помоћи Европске уније регулисан је Законом о потврђивању Оквирног споразума између Владе Републике Србије и Комисије Европских заједница о правилима за сарадњу која се односе на финансијску помоћ Европске заједнице Републици Србији у оквиру спровођења помоћи према правилима инструмента предприсупне помоћи (ИПА), који је ратификовала Народна скупштина 26. децембра 2007. године.¹⁴ Влада је јануара 2007. године усвојила документ Процене потреба Републике Србије од 2007. до 2009. године. Циљ документа је спајање свих приоритета утврђених у стратегијским документима у један свеобухватни документ. Документ представља опште циљеве Владе за период од 3 године, секторске приоритете за финансирање из донаторских средстава и макрофинансијске процене неопходних средстава. Пет кључних приоритета у документу су: економски развој/запошљавање/образовање; реформа државне управе; заштита животне средине; развој инфраструктуре и рурални развој.

¹³ Тзв. централизовани деконцентровани систем управљања фондовима Европске уније значи да је уговарач пројеката и контролор трошења новца из ИПА фондова институција Европске комисије (Делегација ЕК) или институција која је ангажована од стране Европске комисије и има седиште у земљи кориснику фондова (Европска агенција за реконструкцију). Овај систем се примењује до увођења децентрализованог система управљања фондовима који подразумева постепени пренос надлежности у управљању фондовима са Делегације ЕК на земљу корисника фондова. Обавезан систем према Уредби Савета ЕК којом се оснива инструмент за предприсупну помоћ.

¹⁴ Службени гласник – Међународни уговори број 124/07.

* * *

Државна помоћ у ЕУ представља облик државне интервенције у сврху развоја одређеног сектора, предузећа или одређеног подручја. Њена примена је приметно сужена, јер представља супротност начелима слободне тржишне конкуренције и заједничког тржишта, као основним, темељним принципима на којима је изграђена ЕУ. Регулисана је одсеком 2 (нормама чланова 87-89) Уговора о оснивању Европске заједнице, а једна њена подврста (којој ћемо посветити највише пажње) је **регионална државна помоћ**. Према прописима ЕУ, регионална државна помоћ представља један од дозвољених видова помоћи, а инструменти за додељивање помоћи су: субвенције и пореска ослобађања, власнички удели, државне гаранције и зајмови под повољнијим условима од тржишних.

Регионалне државне помоћи, односно субвенције, се, у складу са одредбом чл. 87 ст. 3. т (а) и (в) Уговора о оснивању Европске заједнице, додељују ради подстицања економског развоја одређених мање развијених подручја унутар ЕУ, а за помоћи које Европска комисија сматра да су у сагласности са заједничким тржиштем. Основни услов за давање регионалних државних субвенција (у даљем тексту: регионалне субвенције) је да држава има тзв. *карту регионалних помоћи* којом су утврђена подручја које могу примати ту врсту помоћи као и ниво (износ) субвенција.

Регионалне субвенције се додељују предузетницима са одређених подручја ради улагања (изузетно ради покривања трошкова текућег пословања – тада се назива оперативна субвенција) у циљу отклањања разлика у развоју појединих подручја на територији одређене државе. По тој вези са одређеним делом државне територије, она се разликује од **тзв. хоризонталних субвенција** за нпр. истраживање, развој и иновације, запошљавање, усавршавање и заштиту природне средине.¹⁵

¹⁵ За њих се, додуше, може повећати допуштени износ помоћи. Према примарним циљевима доделе државна помоћ се дели на: (1) Хоризонталну државну помоћ (намењена већем броју унапред неодређених корисника, мање је селективна у односу на секторску државну помоћ и зато знатно мање нарушава тржишну конкуренцију); (2)

Регионалне субвенције су део кохезионе политике ЕУ, јер се решавањем проблема мање развијених подручја подстиче економска, социјална и територијална кохезија држава чланица и ЕУ као целине.¹⁶ **Кохезиона политика ЕУ** подразумева подстицање одрживог и уравнотеженог привредног развоја, стварање нових радних места, допринос заштити животне средине и уклањању разлика међу половима. То се чини преко структурних фондова у које се убраја и кохезиони фонд. У текућем периоду (2007-2013) постоје три главна циља и три финансијска инструмента за њихово остварење. То су конвергенција, регионална конкурентност и запосленост, и европска територијална сарадња. За њихово остваривање предвиђена су средства у укупном износу од 308 милијарди евра, односно приближно трећина укупног буџета ЕУ, која се на циљеве деле у одговарајућој сразмери.¹⁷ Конвергенција се као циљ остварује убрзањем економске конвергенције најмање развијених подручја односно региона, инвестирањем у људски и физички капитал, развој друштва утемељеног на знању, прилагођавањем економским и социјалним променама, заштитом животне средине, и побољшавањем ефикасности рада управе. Конвергенција се остварује преко Европског фонда за регионални развој (ЕРДФ), Европског социјалног фонда (ЕСФ) и Кохезионог фонда.

Већ поменута одредба става 3 члана 87 Уговора о оснивању европске заједнице¹⁸ за регионалне субвенције каже:

Секторску државну помоћ (намењена унапред одређеним привредним субјектима у појединим секторима, због веће селективности у већој мери прети нарушавању конкуренције на тржишту); (3) Регионалну државну помоћ (представља облик хоризонталне државне помоћи намењене подстицању привредног развоја неразвијених, односно мање развијених региона доделом помоћи привредним субјектима у регионима са економским, природним, социјалним, демографским и/или другим недостатцима).

¹⁶ ЕУ је приликом сваког проширења у своје редове прихватила мање развијене и сиромашне државе чланице које је требало интегрисати у сопствене редове и учинити равноправним учесницима у свим процесима на заједничком тржишту.

¹⁷ 81,5% укупно предвиђених средстава је намењено за остварење конвергенције, 16% регионалној конкурентности и запослености и европској територијалној сарадњи 2,5%.

¹⁸ „Сл. лист ЕЗ“, бр. Ц 325 од 24. децембра 2002. године.

„У складу са заједничким тржиштем могу бити:

а) помоћ за унапређење економског развоја подручја на којима је животни стандард изузетно низак или у којима постоји знатна незапосленост;

б) помоћ за унапређење важних пројеката од заједничког европског интереса или за отклањања знатног поремећаја у привредном животу једне државе чланице.

в) помоћ за унапређивање развоја одређених привредних делатности или одређених привредних грана, ако се тиме не мењају услови пословања у мери у којој је то супротно заједничким интересима.

г) помоћ намењена унапређењу културе и очувању баштине, када она не утиче на услове размене и конкуренције у Заједници у мери која би била супротна заједничком интересу.

д) остале врсте субвенција које одређује Савет одлуком коју доноси квалификованом већином на предлог Комисије.“

Детаљне критеријуме одређује Европска комисија у сарадњи са одговарајућим телима држава чланица. Као што смо већ навели за доделу регионалних субвенција су кључне тачке (а) и (в). У вези тачке (а) члана 87. ст. 3. Уговора која се односи на „помоћ за унапређење економског развоја подручја на којима је животни стандард изузетно низак или у којима постоји знатна незапосленост“, Суд Европских заједница је заузео став да се употреба речи „изузетно“ и „знатно“ односи само на подручја у којима је економска ситуација изузетно неповољна у односу на Заједницу као целину.¹⁹ По процени Комисије, услови утврђени поменутом нормом члана 87, став 3 су испуњени ако *подручје величине НУТС 2 има бруто домаћи производ по становнику (мерен приоритетима куповне моћи) нижи од 75% Заједнице (ЕУ-25)*. Због важности питања система разврставања територија на подручју ЕУ, за доделу регионалних субвенција, објаснићемо их у наредним редовима.

Уредбом (ЕЗ-а) бр. 1059/2003 Европског парламента и Савета о утврђивању заједничке номенклатуре просторних јединица за статистику (НУТС) од 26. маја 2003. године дефинисана је **номенклатура**

¹⁹ Предмет 248/84, Немачка против Комисије 1987, ECR 4013, тачка 19.

просторних јединица за статистику (НУТС) као хијерархијски систем класификације територија ЕУ у оквиру националних, регионалних или административних граница земље који за резултат има образовање статистичких региона, регионалних јединица и подрегионалних јединица. НУТС, наиме, представља основицу за прикупљање, развој, усклађивање и унапређење регионалне статистике унутар ЕУ. На основу тих података, Европска комисија у оквиру буџетског циклуса (тренутно је на снази буџет за период 2007-2013) утврђује јединствену *листу развијености региона свих земаља чланица ЕУ* на нивоу НУТС 2, делећи их на неразвијене регионе (регионе који имају испод 75% БДП по глави становника у односу на просек ЕУ) и развијене регионе (регионе који имају изнад 75% БДП по глави становника у односу на просек ЕУ). Целокупна територија ЕУ (и у оквиру тога територија сваке од држава чланица) је, према садашњем систему, подељена на пет нивоа: НУТС I, НУТС II, НУТС III, ЛАУ 1 и ЛАУ 2 (Local administrative unit). Приликом утврђивања НУТС-а, основно мерило је број становника (регион НУТС II нивоа треба да настањује између 800.000 и 3 милиона житеља). Осим тог броја, приликом утврђивања НУТС региона, потребно је узети у обзир и хомогеност статистичких јединица, природно-географске разлике, историјске посебности и традиције, и евентуалне друге критеријуме.²⁰ НУТС даје предност постојећем административно-територијалном устројству државе, што значи да би се у идеалном случају НУТС подела подударала са постојећом управно-територијалном поделом државе. Региони који заостају у развоју и који припадају првом циљу кохезионе политике ЕУ (конвергенција) дефинисани су путем НУТС 2. категорије. Остала подручја дефинисана су путем НУТС 3. нивоа. НУТС 2. региони су главни оквир за спровођење регионалне политике држава чланица и као такви су меродавни за анализу регионалних и националних проблема, а НУТС 1. ниво је прикладнији за анализу односа региона и саме ЕУ. НУТС 3. подручја су премала за

²⁰ Данска је у целости дефинисана као НУТС I регион, који се састоји само од једног НУТС II региона, а који је потом подељен на 15 НУТС III региона. Са друге стране СР Немачка је подељена на 16 НУТС I региона, подељених на 40 НУТС II региона, који су потом издељени на укупно 543 НУТС III региона.

комплексну статистичко-економску анализу, али могу указати на то којим подручјима су потребне специфичне мере регионалне политике.

Успостављање *локалних административних јединица*, односно класификација најнижих локалних подручја, такође је важно за регионални и локални развој (јер се политика ЕУ усмерава и на подручја која се не могу класификовати НУТС категоризацијом). Еуростат²¹ је уз регионалну базу података REGIO, успоставио и регионални информациони систем SIRE (European Infra-regional Information System) који прикупља податке на нивоу јединица локалне самоуправе, за чије потребе је установљена додатна класификација локалних административних јединица (ЛАУ 1 и 2, local administrative unit), која је усклађења са НУТС категоризацијом. До 2003. године те две врсте просторних јединица су биле дефинисане као региони у оквиру НУТС номенклатуре и то као НУТС 4. и НУТС 5. За статистичку анализу на нивоу градова, односно градских четврти и ширих градских зона, а због све већег броја становништва настањеног у градовима, изграђена је база поузданих и упоредивих података на нивоу одабраних градова, те ширих градских подручја држава чланица и држава кандидата која се назива УРБАН АУДИТ. Ова база је подељена на девет подручја и садржи податке из области: демографије, социјалних, економских и грађанских питања, обука и образовања, животне средине, саобраћаја, информационог друштва, културе и рекреације, и представља тзв. репрезентативни узорак, јер не обухвата сва урбана подручја. *Ниво града у већини држава одговара локалним административним јединицама другог степена*. Наравно, постоје изузетци. Према подацима из Урбан Аудит базе има примера да град обухвата и подручја ван административних граница града, као што је то нпр. случај у Француској где се већи градови шире и на околне општине, тако да ниво града чине тзв. заједнице општина, односно заједнице градова. Шире урбане зоне, које су уведене ради лакшег поређења и доступности података, одређују се путем функционал-

²¹ Еуростат је статистичка канцеларија ЕУ са седиштем у Луксембургу, основан са задатком да обезбеђује квалитетне статистичке податке и анализе на европском нивоу ради омогућавања поређења међу државама и регионима. Опширније на: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.

них урбаних региона (ФУР) и разликују се с обзиром на национални и локални контекст. Ови региони се добијају апроксимацијом података прикупљених за НУТС 3 и ЛАУ 1 ниво. Ради омогућавања градским властима да добију праву слику о евентуалним неједнакостима у друштвено-економској структури поједних делова града дефинисане су градске четврти, тзв. СЦД 1 и 2, односно Sub-City District 1. и 2. нивои, где СЦД 1 ниво одговара већ постојећим подручјима унутар града, а СЦД 2 ниво је установљен према критеријумима базе података УРБАН АУДИТ.

Европски суд је прецизирао изузетак из тачке (в) одредбе члана 87 ст. 3 Уговора о оснивању европске заједнице,²² тако што је дефинисао да његово остваривање у пракси није ограничено економским условима из тачке (а) истог става, али је истовремено строго ограничио просторни обухват и снагу субвенција, с обзиром да предметна подручја нису угрожена у мери у којој су то подручја из тачке (а). **Смернице о националним регионалним субвенцијама за 2007-2013**²³ прецизније дефинишу правила и критеријуме које морају испунити подручја која би да се квалификују за ову врсту помоћи из тачке (в). Предметна правила предвиђају да максималан део становништва које може остварити право на регионалну помоћ може бити 42% становника Заједнице у којој је тренутно удружено 25 држава. Та помоћ се распоређује према одговарајућем кључу који води рачуна о регионалним разликама у погледу БДП-а по глави становника и броју незапослених, наспрам државног и нивоа ЕУ. Ове разлике су се после последњег проширења ЕУ значајно повећале. За разлику од 1998. године, сада приличан број региона, па чак и читаве државе чланице, има БДП по становнику испод прага од 45% просека ЕУ. Из тог разлога, Комисија је својим Смерницама предвидела да у регионима обухваћеним одредбом става 3 члан 87 тачка (а) Уговора величина помоћи не сме прећи: 30% бруто еквивалента помоћи у регионима са мање од 75% просечног БДП-а по становнику у ЕУ-25, 40% бруто еквивалента помоћи у регионима са мање од 60%

²² В. већ наведени предмет 248/84.

²³ Сл. лист Ц 54/13 од марта 2006. године.

просечног БДП-а по становнику у ЕУ-25, 50% бруто еквивалента помоћи у регионима са мање од 45% просечног БДП-а по становнику у ЕУ-25. Код величине помоћи која је изражена као бруто еквивалент помоћи заправо је реч о дисконтованој вредности помоћи израженој кроз проценат дисконтоване вредности оправданих трошкова.²⁴

Карту регионалне помоћи одређене државе чланице чине подручја држава чланица (која испуњавају услове за помоћ намењену улагању) заједно са горњом границом висине помоћи одобрених за свако подручје. Комисија након што провери да ли су испуњени услови из Смерница, формално одобрава карте које су доставиле државе чланице (попис одговарајућих региона за период од 2007-2013 године) и објављује их у службеном гласнику Уније.

Међу државама чланицама ЕУ и регионима ЕУ још увек постоје значајне „структурне“ разлике, без обзира на чињеницу да су у последњих 50 година на њихово смањене потрошена значајна средства. С обзиром да су значајне промене и економски раст забележене само у неким државама чланицама Уније (Ирска, Шпанија), поставља се *питање ефикасности регионалне политике ЕУ* и пратећих финансијских инструмената. У Грчкој резултати регионалне политике нису видљиви, као ни у бившим источњонемачким покрајинама. Стога се намеће закључак да регионална политика и пратећи финансијски инструменти кохезионе политике ЕУ могу помоћи у развоју, али да коначан успех у знатној мери зависи од начина и система њиховог спровођења у свакој појединачној држави, пројектних циклуса ЕУ, имплементације и евалуације пројеката ЕУ, начина функционисања унутрашњег тржишта ЕУ, курса валута оних држава које нису чланице монетарне уније, економског окружења појединих држава, доступности осталих извора финансирања итд. Организациони и административни трошкови фондова у

²⁴ Комисија је укинула доскорашњу праксу према којој је регионалну помоћ коју су пријавиле државе чланице претварала у њен нето еквивалент у складу са пресудом првостепеног суда од 15. јуна 2000. године изреченом у предмету T-298/97, *Alzetta*. Сматра се да ће употреба бруто еквивалента помоћи допринети поједностављењу и транспарентности система надзора државне помоћи, којом приликом се узима у обзир и повећано учешће помоћи у виду пореских олакшица у укупном износу државних субвенција.

Комисији су високи, а управни поступци одобравања пројеката и исплате средстава дуготрајни. Са друге стране, проучавања регионалне политике ЕУ упућују нас на закључак да се тзв. кохезиони циљеви могу остварити и координацијом економских политика држава чланица.

Чиниоци који могу смањити брзину остваривања сврхе регионалне политике ЕУ на нивоу целе ЕУ су: недостатак средстава јавног и приватног карактера неопходних за финансирање пројеката у целини, опште макроекономско стање у држави која користи средства ЕУ, недовољно концентрисано усмеравање средстава, непостојање развојне стратегије свеобухватног карактера, непостојање или смањени капацитети управе за имплементацију програма и пројеката ЕУ (што је у вези са квалитетом кадрова запослених у управи, капацитетима за усвајање како јавне управе тако и крајњих корисника средстава, методама координације фондова, методама стратешког планирања, искуством у програмирању фондова, правовременој и доброј припреми пројектних предлога, усвајањем релевантних правних тековина ЕУ итд.). Искуства нових држава чланица показују да није лако и једноставно искористити средства која Унија обезбеђује кроз различите структурне фондове, јер је у пројектном циклусу ЕУ потребно припремити квалитетан пројекат, добити одобрење Европске комисије, потписати меморандум о финансирању са Комисијом, потрошити одобрена средства кроз уговоре о услугама, набавци робе, и радовима (и уговори се извршавају по посебним процедурама Европске комисије – тзв. ПРАГ, процедуре усвајања субвенција Заједнице трећим земљама), исплатити извођаче и испунити захтеве везане за процедуре ревизије пројеката. Тако је, на пример, Мађарској 2004. године било додељено око 450 милиона евра, а на крају укупно исплаћено за пројекте 200 милиона евра.

У већини европских земаља регионална државна помоћ се додељује у оквиру секторски опредељених буџета, уз узимање у обзир критеријума регионалне развијености приликом додељивања помоћи. У земљама Централне и Источне Европе регионална државна помоћ додељивана је: (а) општинама или регионалним развојним агенцијама, на основу регионалних развојних програма, (б) директно предузећима, углавном из сектора малих и средњих предузећа (МСП). Помоћ преду-

зећима из сектора МСП пружана је следећим инструментима: давањем повољних кредита, субвенционисањем каматних стопа, издавањем гаранција и одобравањем пореских олакшица. Учешће укупне регионалне државне помоћи у овим земљама износило је између 0,03% и 0,2% БДП-а.²⁵

Августа 2005. године, Република Србија је основала Управу за трезор, као орган управе у саставу Министарства финансија, у чијој су надлежности, између осталог и послови евидентирања и праћења државне помоћи, што је у складу са препоруком представника Европске комисије. Управа сачињава Извештај о попису врста и обима државне помоћи у Републици који даје реалнији приказ, како укупно додељене државне помоћи, тако и помоћи по појединим категоријама и инструментима. Према овим подацима, очигледан је тренд смањења учешћа државне помоћи у БДП иако је ово учешће и даље *знатно изнад просека ЕУ* (0,5%). С обзиром да у претходном периоду у Републици Србији није постојао законодавни и институционални оквир у домену регионалног развоја, регионална државна помоћ је реализована преко Фонда за развој Републике Србије, кредитима под повољнијим условима (нижа каматна стопа од референтне каматне стопе на банкарском тржишту). Износ додељене регионалне државне помоћи је једним делом био опредељен Министарству привреде, годишњим Законом о буџету, а другим делом је обезбеђен из средстава Фонда за развој Републике Србије. Поред Фонда за развој Републике Србије, државна финансијска и техничка помоћ за равномерни регионални развој пласирана је и путем Гаранцијског фонда, Националне службе за запошљавање и Агенције за развој МСП и предузетништва. Од средине 2006. године, регионалне подстицаје даје и Агенција за страна улагања и промоцију извоза (СИЕПА), у виду посебних стимуланса за инвестиције у општинске са високом стопом незапослености. Поред средстава из буџета Републике Србије и буџета локалних власти, значајан извор регионалне помоћи представљале су донације међународних институција и држава

²⁵ В.: J. Bachtler, *Regional Development and Policy in the Transition Countries*, European Policies Research Centre, 1999.

дародаваца. Србија је само у периоду од 2000. до 2005. године примила више од 3,5 милијарди евра међународне помоћи, али је светску економску кризу дочекала неспремна – без реализованог иједног новог инфраструктурног пројекта и са празним буџетом.

* * *

Регионалне диспропорције у Србији су међу највишима у Европи и повећавају се из године у годину. Посматрано на нивоу округа (НУТС 3) најмање развијени округ (Јабланички) заостаје 7 пута за Београдом. На нивоу општина (ЛАУ 1) тај однос је још гори (1:15). Степен развијености за преко тридесет општина у централном делу Србије није се мењао скоро четрдесет година. Децентрализација надлежности из области регионалног развоја на поднационални ниво позитивно је искуство европских земаља које Србија треба да примени. У том смислу Влада је израдила Предлог закона о равномерном регионалном развоју и упутила га Парламенту на усвајање.²⁶

Разлози за доношење овог закона садржани су у потреби да се на систематски начин регулише ова област како би се смањиле регионалне и унутар-регионалне разлике и подигла регионална конкурентност.

У Републици Србији је присутно изражена депопулација одређених подручја, с једне стране, и велика концентрација становништва и привреде у тек неколико градова, с друге стране. Таква кретања имају негативне последице у економској, социјалној, просторној и еколошкој сфери. Доношењем закона успоставио би се ефикаснији институционални систем за спровођење политике регионалног развоја на свим нивоима. Такав институционални систем ће омогућити бољу вертикалну и хоризонталну координацију у планирању и реализацији развојних активности. Самим тим ће се обезбедити услови за ефективније и ефикасније коришћење расположивих домаћих и иностраних ресурса у складу са потребама, могућностима и приоритетима региона.

²⁶ У тренутку закључења овог рада у току је расправа у појединостима о Предлогу овог закона.

Доношење Закона о регионалном развоју представља нужан корак у спровођењу низа стратешких докумената које је усвојила Влада Републике Србије, а пре свега ради спровођења Стратегије регионалног развоја Републике Србије за период 2007-2012. Регионални развој као шири хоризонтални приоритет, препознат је и у низу других стратешких докумената које је усвојила Влада Републике Србије и стога доношење Закона о регионалном развоју доприноси реализацији тих стратегија. Тако, Стратегија за смањење сиромаштва као један од стратешких праваца истиче подстицање развоја регионалних политика кроз међуопштинску сарадњу. Национална стратегија за приступање Србије ЕУ наводи да је један од приоритета Републике Србије на путу ка ЕУ доношење закона о равномерном регионалном развоју; дефинисање критеријума за одређивање степена развијености; оснивање институција које се баве регионалним развојем; дефинисање системских решења у вези с финансирањем и друге подршке бржем развоју неразвијених подручја. У Стратегији за подстицање и развој страних улагања, као један од стратешких циљева наводи се креирање услова за уравнотежени регионални развој земље, односно унапређење, а потом и континуирани развој сваког појединог региона. Такође, усвајање Закона о регионалном развоју предвиђено је и Националним планом интеграције Републике Србије у ЕУ.

У предлогу закона за потребе подстицања регионалног развоја планирано је формирање седам статистичких региона: регион Војводине; Београдски регион; Западни регион; Источни регион; Централни регион; Јужни регион; регион Косова и Метохије.

Влада ће подзаконским актом, на предлог Републичког завода за статистику, и у складу са критеријумима уређеним са стандардима ЕУ утврдити области које чине ових седам региона. У ближем одређивању подручја области и региона ће се поштовати Устав као и постојећа подела на управне округе, те ће области бити састављене од једног или више округа, а региони од области.

Регион би био дефинисан као статистичка функционална територијална целина, која се састоји од једне или више области, успостављена за потребе планирања и спровођења политике регионалног раз-

воја, у складу са номенклатуром статистичких територијалних јединица на нивоу 2. Регион није административна територијална јединица и нема правни субјективитет. Дакле, овај закон би у потпуности поштовао већ постојећу територијалну организацију Републике Србије.²⁷

Оваква слична решења (дефинисање развојних подручја у складу са номенклатуром статистичких територијалних јединица у складу са НУТС 2 нивоом) се могу видети у бројним законима о регионалном развоју нових чланица Европске уније (Чешка, Словачка, Пољска итд). Примера ради, Република Чешка је у свом Закону о регионалном развоју из 2000. године функционалне регионе (у складу са номенклатуром статистичких територијалних јединица нивоа НУТС 2) назвала „кохезионим регионима”, а подручја (у складу са номенклатуром статистичких територијалних јединица нивоа НУТС 3) „развојним регионима”.

Предлог закона предвиђа и област коју дефинише као статистичко-функционалну територијалну целину успостављену за потребе планирања и спровођења политике регионалног развоја, у складу са номенклатуром статистичких територијалних јединица на нивоу 3. Област није административна територијална јединица и нема правни субјективитет. Предвиђено је да једна или више области чине регион. Области би поштовале постојећу поделу на управне округе и не би делила округе.

Региони би се разврставали према степену развијености у складу са јединственом методологијом за израчунавање степена развијености региона и јединица локалне самоуправе. Региони би били разврстани по степену развијености на регионе са степеном развијености изнад 75% републичког просека друштвеног бруто производа по глави становника и на регионе са степеном развијености испод 75% републичког просека друштвеног бруто производа по глави становника. Креатори овог закона су на тај начин симулирали сличну класификацију развијености региона, али на нивоу ЕУ. У складу са степеном развијености

²⁷ У складу са Законом о територијалној организацији Србије („Службени гласник РС“ 129/07) према коме територијалну организацију Републике Србије чине: 150 општина, 23 града и град Београд као територијалне јединице и две аутономне покрајине (Војводина и Косово и Метохија) као облици територијалне аутономије.

региона одређиваће се врста (намена) и висина подстицаја које ће држава додељивати за развој недовољно развијених региона (недовољно развијеним регионима ће се сматрати региони са степеном развијености испод 75% републичког просека друштвеног бруто производа по глави становника као и региони који су имали изражен демографски пад становништва - већи од 50% - од пописа 1971. године). Јединице локалне самоуправе (т.ј. општине и градови) биле би разврстане у четири групе према степену развијености. Влада би једном годишње (а најкасније до 31.октобра) усвајала *јединствену листу развијености региона и јединица локалне самоуправе*, на предлог стручних служби министарства надлежног за регионални развој, а на основу података званичне статистике. Рок до 31. октобра је наведен како би се на основу ове јединствене листе благовремено могли да утврде врста и висина подстицајних средстава која се опредељују из буџета за реализацију развојних активности. Јединствена листа развијености региона и и јединица локалне самоуправе служила би за планирање мера за подстицање регионалног развоја као и праћење њихових ефеката.

Предлогом закона је предвиђено и усвајање развојних докумената, из разлога што развојна помоћ ЕУ мора бити усклађена са стратешким документима и њима дефинисаним приоритетима. Најважнији развојни документи регионалног развоја били би: Национални план регионалног развоја Републике Србије (Национални план), Регионалне развојне стратегије (Регионална стратегија), Програми финансирања развоја региона и представљали би једну од полазних основа за израду докумената просторног планирања и докумената за спровођење просторних планова.

С обзиром на то да је питање регионалног развоја веома широка област и захтева сарадњу већег броја институција из разнородних сектора и са различитих нивоа власти, у овом предлогу Закона идентификовано је чак 13 (Аутономне покрајине, Главни град, Агенција за привредне регистре, Фонд за развој Републике Србије, Национални савет за регионални развој, Национална Агенција за регионални развој, регионални развојни савети, регионалне агенције, обласне агенције итд) субјеката регионалног развоја који се већ баве, или ће се бавити регио-

налним развојем у оквиру своје делатности, односно, територије коју покривају.

Поред субјеката регионалног развоја, дефинисане су и многобројне партнерске институције које су битне за процес регионалног развоја и које у њему активно учествују (Завод за статистику, Стална конференција градова и општина, Завод за развој, привредне коморе итд).

Финансирање регионалног развоја вршило би се из: буџета Републике Србије; буџета аутономних покрајина; буџета града Београда; буџета јединица локалне самоуправе; претприступних фондова Европске уније; бесповратне развојне помоћи међународне заједнице и осталих програма Европске заједнице; развојних кредита међународних финансијских институција и пословних банака; донација, прилога и поклона правних и физичких лица; као и других извора.

У конкретнију анализу појединих решења овом приликом се нећемо упуштати, јер не знамо како ће изгледати коначна верзија Закона коју ће усвојити посланици у Народној скупштини. Генерална оцена би ипак била позитивна, јер би и овакав закон представљао корак напред у смањењу диспропорција између појединих подручја Србије, распете између 21. и 19. века.

Dejan Vučetić, LL.M.

Teaching Assistant

Law Faculty, University of Niš

BALANCED REGIONAL DEVELOPMENT IN THE LEGAL SYSTEMS OF REPUBLIC OF SERBIA AND EUROPEAN UNION

Summary

Constitution of Serbia explicitly established the duty of taking "care of balanced and sustainable regional development, in accordance with the Law" (Article 94). Article 97th (paragraph 1, point 12) of the Constitution found that Republic of Serbia "organize and provide for ... policy and measures for spurring balanced development of particular areas of the Republic of Serbia, including the development of under-developed areas;". With the adoption of the Law on the Confirmation of Stabilization and Association Agreement between the European Communities and their Member States, on the one hand, and the Republic of Serbia, on the other hand, as well as with verification of the Framework Agreement between the Government of the Republic of Serbia and the Commission of the European Communities on the rules for cooperation related to the financial assistance of European Union to Republic of Serbia in the implementation of assistance according to the rules of Instrument for Preaccession Assistance – IPA, the Republic of Serbia took an obligation to strengthen regional and local development cooperation, in order to contribute to economic development and to reduce regional inequalities. In this regard, special attention will be dedicated to cross border, transnational and interregional cooperation, and the legal heritage in regional development of the Community will be especially taken into account. By analyzing these norms, as well as the regional policies of the European Union, and the state aid to underdeveloped areas by a member states of the European Union, the author will try to answer a question whether, how and in what manner, will such normative solutions help in reducing a very large differences in the development of certain parts of the Republic of Serbia.

Key words: *Balanced regional development, statistical regions, EU regional policy, EU structural funds, EU cohesion funds, NUTS, national assistance to under-developed areas.*

УСТАВНОПРАВНИ ЗНАЧАЈ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА У УСТАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ *¹

Апстракт:

У раду се анализира место Европске конвенције у унутрашњем правном систему у оквирима који су постављени новим Уставом Србије, и који произилазе из обавеза по основу прихватања Конвенције. Уставноправни значај Европске конвенције сагледан је у светлу њене посебне правне природе, њеног места у упоредним, а посебно у уставноправном систему Републике Србије, као и кроз поступање Уставног суда Србије, посебно онда када одлучује о уставним жалбама грађана.

Кључне речи:

Европска конвенција, међународни уговор о људским правима, уставни суд, уставна жалба

* Рад је 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.

Уводни део

Данас, можемо говорити о постојању три релевантна система заштите људских права. Један, који функционише на националном нивоу, у коме централну улогу имају домаћи судови; други, који се остварује на нивоу Европске уније, са истакнутом улогом Суда Европске уније, и трећи, који се успоставља на нивоу Савета Европе на челу са Европским судом за људска права. Ове системе не можемо посматрати као потпуно одвојене и независне, већ као системе који коегзистирају на истом, ужем или ширем, подручју и који се допуњују. Та синтеза поменутих система се остварује деловањем домаћих судова, који примењују и сопствено право и право из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција), и право Европске уније, ако су њихове чланице, односно који су позвани да примењују европске стандарде у заштити људских права на националном нивоу. Када говоримо о европским стандардима заштите људских права посматрамо, пре свега, стандарде који су успостављени Европском конвенцијом и који су настали у пракси Европског суда за људска права. Иако, у државама чланицама Европске уније не треба занемарити ни заштиту права која се остварује пред Судом правде Европске уније, Европска конвенција и Европски суд за људска права одавно су се наметнули, и још увек су "лидери" у овој области. Уосталом и најновијим Уговором из Лисабона, и поред постојања Повеље о људским правима, актуелизује се могућност приступања Европске унији Европској конвенцији, док је систем заштите људских права у Европској унији дуго био искључиво ослоњен на систем Европске конвенције. Стога, Европска конвенција је оно што повезује државе чланице Европске уније и оне које то нису.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода настала је на рушевинама Европе, постављајући један здрав и снажан темељ заштите људских права на европском нивоу. Тако се на челу са Европском конвенцијом, паралелно са економском изградњом, одвијала и рестаурација демократских институција, и постепено се изграђивао један свеукупан систем заштите људских права. Европска кон-

венција потписана је 23. маја 1950. године у Лондону, ступила је на снагу 1953. године и од тада па све до краја 80-их година примењивала се само у земљама Западне Европе. Са распадом социјализма, Конвенција је одиграла кључну улогу у повезивању Истока и Запада. Тада, Конвенција започиње свој "други" живот и бива прихваћена у земљама Централне и Источне Европе, што је довело и до удвостручавања броја држава чланица. Осим тога, приступање Европској конвенцији и чланство у Савету Европе је било врло важано за земље некадашње социјалистичке оријентације, које заузимају ново место под европским "кровом" желећи да се приближе Европској унији. Ратификација Европске уније и приступање Савету Европе подразумева озбиљну реформу правног система и усклађивање са успостављеним европским стандардима, а први корак на том путу је усклађеност система заштите људских права са стандардима које поставља Европска конвенција и Европски суд за људска права. Стога се чланство у Савету Европе доживљава као "предворје" Европске уније.

Европска конвенција је ратификована на нивоу Државне заједнице Србија и Црна Гора 26.12.2003. заједно са Протоколима број 1,4,6,7,12 и 13, а ступила је на снагу 3. 3.2004. године. У складу са Полазним основама за преуређење односа Србије и Црне Горе, и у складу са чл. 60 Уставне Повеље², Србија је постала правни следбеник Државне заједнице, и између осталог стекла својство члана Савета Европе и обавезала се на поштовање Европске конвенције. Таквим променама у државно-правном статусу, након чега је уследило доношење новог Устава Србије (2006), као и првим пресудама Европског суда за људска права у односу на Републику Србију, актуелизовано је питање уставноправног значаја Европске конвенције у уставноправном систему Републике Србије.

² Члан 60 Уставне Повеље предвиђа: "у случају иступања државе Црне Горе из Државне заједнице Србија и Црна Гора, међународни документи који се односе на Савезну Републику Југославију, посебно Резолуција 1244 Савета безбедности Уједињених нација, односили би се и у целости важили за државу Србију, као следбеника. Држава чланица која искористи право иступања не наслеђује право на међународно-правни субјективитет, а сва спорна питања посебно се регулишу између државе-следбеника и осамостаљене државе.

Ради сагледавања значаја Конвенције у нашем уставном систему биће посматрана правна природа Конвенције, њено место у унутрашњем правном систему, који је одређен Уставом Србије, али и њена примена у пракси и у поступку пред Уставним судом Србије. Таквом анализом може се доћи до меродавног закључка о томе какав је утицај и значај Европске конвенције у националном уставном систему заштите људских права.

1. Правна природа Европске конвенције

Европска конвенција потписана је од стране "влада европских земаља које су сличних погледа и имају заједничко наслеђе политичких традиција, идеале, слободе и владавине права" и које "потврђујући изнова своју дубоку веру у оне основне слободе, које су темељ правде и мира у свету и које се најбоље одржавају стварном политичком демократијом, са једне стране, и заједничким схватањем и поштовањем људских права од којих оне зависе, са друге стране"³. Потписивањем Европске конвенције "високе стране уговорнице" преузеле су обавезу да "сваком у својој надлежности јемче права и слободе"⁴ одређене њоме. Европска конвенција је дакле, по својој правној природи, мултилатерални уговор међународног права и као таква подлеже правилима међународног уговорног права, посебно правилима Бечке конвенције о међународном уговорном праву из 1969. године. То се односи на правила о њеном ступању на снагу, на правила о тумачењу уговора, резервама, отказивању.⁵

Европска конвенција јесте међународни уговор, али међународни уговор о људским правима, који се склапају између држава у корист индивидуалних корисника (бенефицијара), односно људи који су у

³ Из Преамбуле Европске конвенције.

⁴ Члан 1 Европске конвенције ("Службени лист Републике Србије-Међународни уговори"-бр.9/2003).

⁵ Видети С. Царић, "Утицај Европске конвенције на међународно право и право Србије" у З. Радивојевић, *Уставне и међународно правне гаранције људских права*, Ниш, 2008, стр. 85.

надлежности држава уговорница. Као уговор о људским правима, Европска конвенција је уговор-закон у правом смислу те речи. Њоме државе не размењују престације, већ успостављају објективни режим људских права, на које може да се свако позива.⁶ Ослоњена на Универзалну Декларацију о људским правима, њен циљ, односно циљ Савет Европе, под чијим је окриљем донета, је "постизање пуног јединства између његових чланица и очување и развијање основних људских права и слобода". Од других сличних међународних уговора о људским правима, разликује се по средствима које предвиђа у случају повреде права садржаних у њој. Револуционарна новина, коју је Конвенција унела, односи се на право сваког појединца да тужи сопствену државу Европском суду за људска права за непоштовање права садржаних у Конвенцији и да се тако појављује као равноправна парнична странка насупрот држави. Истовремено, прихватањем Конвенције државе потписнице су се обавезале да поштују и спроводе одлуке које у таквим поступцима доноси Европски суд за људска права. Значај овог система заштите није умањен његовом супсидијарношћу, који се "активира" само уколико држава својим правним средствима не може да пружи ефикасну заштиту права. Напротив, тиме Европска конвенција још више учвршћује своју позицију, стварајући двоструке обавезе за државе: прво, да њено унутрашње право буде у складу са Европском конвенцијом, и друго да државе морају да исправе свако кршење суштинских права и слобода заштићених Конвенцијом. Њена сврха је да држава поштује и гарантује својим грађанима права предвиђена Конвенцијом, али и да креира један нови објективни, позитивно правни систем заштите људских права.⁷

Тако је у пракси Европског суда за људска права, тумачењем Европске конвенције постепено стварана једна, нова форма права. То

⁶ Више о томе В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београд, 2006, стр. 6

⁷ Упор. Дона Гомиен, *Кратак водич кроз Европску конвенцију о људским правима*, Београд, 1994, стр. 11, А. Јакшић: *Европска конвенција о људским правима: коментар*, Београд, 2006, стр. 20, и Т. Бургентал, *Међународна људска права: у сажетом облику*, Београд, 1997, стр. 104.

није право у формалном смислу, већ право у суштинском смислу. Право Конвенције, као и право Европске Заједнице (уније) није ни домаће, ни међународно, али садржи елементе и једног и другог. То није само право које примењује Суд за људска права, већ и Комитет министара Савета Европе, али и домаћи судови. Право Конвенције не ствара обавезе само за државе, већ садржи права које се односе на појединце у области грађанских слобода, стварајући тако нови систем који супституише поједначни систем сваке државе заједничким европским поретком. Тиме, Конвенција престаје да буде "обичан" уговор заснован на принципу реципроцитета, већ је то уговор нормативног карактера, који обухвата и међународне и домаће правне структуре. Стога, Конвенција се не може тумачити на исти начин као и остали мултилатерални уговори синалагматичког карактера.⁸

Посебан карактер Европске конвенције наглашен је и у пракси Европског суда за људска права. Тако, у случају *Pfunders* Суд је навео, да обавезе које су високе стране уговорнице преузеле, суштински су објективног карактера, и састављене тако да пре треба да штите основна права људи од повреда држава уговорница, него да креирају субјективна и реципрочна права самих држава уговорница. У *Belgian Linguistic Case*, Суд истиче да су државе уговорнице обавезале себе у Европској конвенцији, да би обезбедиле ефективну заштиту људских права, и то не само због историјског контекста у коме је донета, већ и због социолошког и техничког развоја нашег доба, које државама уговорницама нуди могућности да регулишу остваривање ових права.⁹

Од држава чланица очекује се да обезбеде стварно уживање права које се Конвенцијом гарантују. За стварно уживање права није довољно да их држава пропише својим прописима, или да се постара да међународни акт буду непосредно примењиви, већ да права могу да се стварно уживају. Један од најважнијих предуслова је за то је постојање делотворног правног лека (*effective remedy*), којим ће моћи да се ис-

⁸ Andrew Dremczewski: "The Sui generis nature of the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 1, jan 1980, pp. 54-63.

⁹ *Ibidem*

прави свако кршење суштинских права и слобода заштићених Конвенцијом.

2. Место Европске конвенције у унутрашњем правном систему

У вези са тим треба напоменути да Европска конвенција не садржи никакве одредбе о свом статусу у унутрашњем правном систему државе потписнице. Али, имајући у виду поменуте обавезе, свакој држави је препуштено да својим прописима уреди статус Европске конвенције. Изостанак оваквих одредби је разумљив ако се има у виду ситуација и околности 50-их година, када је Конвенција донета. Наиме, тада још није било назнака стварање Европске заједнице, нити степена интергације који је из те Заједнице произашао, тако би наметање таквих обавеза било непримерено. Осим тога, многе државе, у чему се се посебно истицале скандинавске државе, дуго су неговале традицију дуализма о односу унутрашњег и међународног права.

Европски суд за људска права је више пута нагласио да не постоји обавеза државе да се Конвенција инкорпорира у домаће право, нити ће Суд испитивати сагласност законодавства *in abstracto*.¹⁰ Конвенција не обавезује у општем смислу државе уговорнице да обезбеде ефективну имплементацију било које одредбе Конвенције.¹¹

¹⁰ У случају *James and others v. United Kingdom*, Суд наглашава да Конвенција не обавезује у општем смислу државе уговорнице да обезбеде ефективну имплементацију било које одредбе Конвенције. Иако, члан 13 Конвенције захтева да свако коме су повређена права и слободе, предвиђена у овој Конвенцији, има право на делотворан правни лек пред националним властима, али, нити члан 13, нити Конвенција у општем смислу, стварају било какве обавезе државе да осигура у свом унутрашњем правном систему ефективну имплементацију одредаба Конвенције. Суд сматра да члан 13 не иде толико далеко да дозвољава да закони држава уговорница буду оспорени пред домаћим властима на основу тога што су супротни Конвенцији. Захтеви из члана 13 биће задовољени уколико постоји домаћа машинерија помоћу које се појединцу може осигурати сагласност са релевантним правом. *Case of James and others v. United Kingdom*, Series A, no.98,br. 84, *Case of Observer and Guardian v. United Kingdom*, Series A, no. 216, br. 76

¹¹ Одлука *Swedish Engine drivers' Union* од 6. фебруа 1967, серија А,бр. 20, стр. 18, параграф 50.

Услед непостојања интерних механизма, којим би било прецизно уређен статус у унутрашњем праву, свака држава одабрала је свој начин интеграције Европске конвенције. Тако, у упоредном праву постоје неуједначена решења о статусу Европске конвенције у домаћем праву. У неким државама Европска конвенција има статус уставног права (Аустрија), или има предност над домаћим правом, укључујући чак и устав (Холандија). У великој већини држава Европска конвенција има статус који иначе уживају међународни уговори у општем смислу, а то је ранг испод устава, али изнад закона. Наиме, устав једне државе, по правилу, садржи одредбе о статусу међународних уговора у домаћем правном систему, али не предвиђа изричито статус Европске конвенције. У најбољем случају, уставом се одређује статус међународних уговора о људским правима.¹² Земље са дугом традицијом дуализма су дуго "поричале" постојање Европске конвенције; у својим унутрашњим системима често нису познавала права која су гарантована Конвенцијом, нити су примењивали стандарде које је Европски суд за људска права примењивао, јер их на то нико није ни обавезивао. Једино се од њих очекивало да поштују одлуке које Европски суд за људска права донео по тужби грађана под њиховом јурисдикцијом, и да спроведу такву одлуку. Тако, грађани су могли да туже државе због непоштовања обавеза из Европске конвенције, али се нису могли ослањати на одредбе Европске конвенције када подносе жалбу националним судовима, јер Европска конвенција није била део унутрашњег правног система.¹³

¹² Тако, Устав Чешке у чл. 10 говори о статусу међународних уговора о људским правима и предвиђа да уговори оавкве врсте, који су ваљано ратфиковани и промулговани, обавезују Чешку да их директно примењује и имају предност у односу на законе. Извор: http://www.servat.unibe.ch/icl/ez00000_.html

¹³ Тако, нпр. у Северној Ирској још од 1966. године, грађани који су желели да докажу да држава није поштовала њихова права из Европске конвенције могли су да се једино обрате Суду у Старзбуру, након што би исцрпели сва расположива правна средства у унутрашњем правном систему. Тек је октобра 2000. године Европска конвенција инкорпорирана у унутрашње право и примењује се у Северној Ирској, тако да сада грађани и на националном нивоу уживају сва она права која су предвиђена у Конвенцији. Уколико домаћи суд сматра да право из Конвенције није повређено, грађанин још увек може да се обрати Суду за људска права. Видети Mark Kelly, *The Right*

Уосталом, и у државама у којима је Конвенција имала уставни статус, релевантне државне институције нису обраћале посебну пажњу на Конвенцију. Тако, нпр. у Аустрији иако је Конвенција ратификована 1958. године и одмах добила уставни статус, тадашња Влада сматрала је да домаћи стандарди у заштити људских права одговарају европским стандардима. Временом, околности су се у великој мери промениле. Конвенција се попут "успаване лепотице" пробудила и почела је, да у периоду између 1980. и 1990. године, живи једним новим животом. Уследиле су и значајне измене у Аустријском уставном систему, као и у систему грађанског и кривичног права.¹⁴ Данас, Конвенција је општеприхваћени и суштински део аустријског уставноправног система. Прихваћена је и примењује се од стране судова, као средство оријентације, и упоредо са прецедентним правом Европског суда за људска права¹⁵. До промена долази и у скандинавским земљама, које су инкорпорирале Европску конвенцију у својом правним системима тек недавно, иако су је још 50-их година ратификовале. Тај процес започео у Данској, настављен у Шведској, на Исланду, Норвешкој, а затим је захватио и британско острво.

Тако да, иако, не постоји обавеза да се Конвенција инкорпорира у домаће праве, на основу члана 1, произилази обавеза високих страна уговорница да суштина права и слобода која се њоме гарантују мора бити обезбеђена у домаћем правном систему, на један или други начин, свима који су у јурисдикцији држава уговорница.¹⁶ Данас, сведоци смо потпуно промењеног "доживљаја" Европске конвенције. Иако се ни у Конвенцији ни у пракси Европског суда за људска права није инсистира

to life: A Pratical Guide to the Eureka Convention on Human Rights, Northern Ireland Human Rights Commission 2005. pp. 3-5 (<http://www.nihrc.org>)

¹⁴ Неколико основних права је уведено у Аустријски уставни систем, нпр. право на образовање, права рођења; уследила је и реформа права на слободу и безбедност, у складу са општеприхваћеним стандардима које је поставила Европска конвенција.

¹⁵ Walter Berka: "The impacts of the European Convention on human rights on the system of human rights protection in Austria" у З. Радивојевић (ур.), Европски систем заштите људских права, Ниш, 2005, стр. 53-64.

¹⁶ Видети пресуду Ирска против Уједињеног Краљевства, одлука од 18. јануара 1978, серија 1, бр. 25, стр. 91, параграф 239.

рало на уношењу Европске конвенције у унутрашњи правни систем, све државе су пре или касније схватиле да је то и неопходно и да је то и за државу и за саме грађане врло корисно. Грађани се неће обраћати Европском суду за људска права, ако та иста права могу да заштите пред домаћим судовима, тиме ће држава бити поштеђена плаћања евентуалних обештећења својим држављанима. У таквим околностима Европски суд за људска права могао би да очекује извесно растерећење у свом раду. Наиме, порастом броја држава уговорница вишеструко је порастао број представки, а и Суд се појавио у улози "жртве" сопственог успеха.¹⁷ У условима када Савет Европек окупља 47 држава са преко 800 милиона становника, будућност овог система не може бити заснована на индивидуалним представкама.

3. Место Европске конвенције у правном систему Републике Србије

У Србији, Конвенција је ратификована скоро 50 година касније у односу на земље Западне Европе, што се може оправдати чињеницом да је и она била део социјалистичког блока, али и 10-ак година касније у односу на државе из свог окружења, што се може "оправдати" незаинтересованошћу државе за заштиту људских права. Али, имајући у виду да је Европска конвенција тек недавно изашла из "хибернирајућег" периода и да тек последњих година судови у државама потписницама почињу да "озбиљно" прате и анализирају праксу Европског суда за људска права, Србија може и мора, поучена искуствима осталих држава, да прекочи тај период и да ухвати корак са осталим европским земљама.

Устав Републике Србије (2006), попут многих, не говори изричито о статусу Европске конвенције, већ њено место одређује на основу статуса који имају међународни уговори уопште. Уставом је одређено да "потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила ме-

¹⁷ Од 1990. године број држава уговорница се двоструко увећао, са 22 на 47 земаља, ако поредимо број представки 404, колико их је било нпр. 1981 године и 4750-1997. године, али данас се тај број још и повећао.

ђународног права јесу део правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом."¹⁸ Тиме, међународни уговори у хијерархији правних прописа долазе испод устава, али изнад закона. Тако, Уставни суд у поступку нормативне контроле, одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Устав Републике Србије, међутим, ипак издваја из општих међународних уговора уговоре које се односе на област људских права. Наиме, Устав Републике Србије преузима из Уставне повеље принцип непосредне примене међународних уговора у области људских права и слобода. *Уставом се јемче, и као таква, непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законом.*¹⁹ Непосредна примена међународних уговора ограничена је само на уговоре које се тичу људских права, укључујући и Европску конвенцију. У односу на Европску конвенцију овај принцип значи да се могу примењивати само оне одредбе које су по својој структури подобне за непосредну примену. То су оне одредбе које су "правно потпуне", односно "правно перфектне и способне да произведу дејство између државе и појединаца на њеној територији."²⁰ *Законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.*²¹

¹⁸ Чл. 194, ст.4 и 5 Устава Србије.

¹⁹ Чл. 18 Устава Србије.

²⁰ Видети Б. Ненадић, "Место Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у правном систему Републике Србије" у *Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима (зборник радова)*, Подгорица, 2007, стр. 23-45.

²¹ Члан 18 Устава Србије.

Истовремено, у чл. 22 који носи назив "заштита људских и мањинских права и слобода" предвиђено је да грађани имају право да се обратe међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајемчених Уставом". Тиме се поставља оквир за примену Европске конвенције у унутрашњем правном систему. Такву могућност наши грађани већ користе, углавном обраћајући се Европском суду за људска права, о чему сведочи и солидан број већ донетих одлука Европског суда за људска права и укупан број предмета по представкама наших грађана.²²

4. Европска конвенција и Уставни суд Србије

Уставноправни значај Конвенције није изражен само у статусу који има у унутрашњем правном систему, већ је значајно посматрати и какав је њен утицај на заштиту права у унутрашњем правном систему и колико Конвенцију примењују органи који су позвани да штите људска права. Посебно је интересанто посматрати да ли и у којој мери Уставни суд примењује Европску конвенцију, имајући у виду његову улогу "чуvara устава", али и улогу "чуvara људских права и слобода". Уставни суд може да примењује Конвенцију и одлуке и правна схватања Европског суда за људска права на два начина: непосредном применом меродавне одредбе Конвенције тумачене у складу са правним схватањем Европског суда за људска права и прихватањем тумачења садржаја и досега појединих начела и института на начин на који их је применом Конвенције у својој пракси протумачио Европски суд за људска права. Вршећи нормативну контролу као своју основну надлежност, Уставни суд је у прилици да континуирано "скенира" свој правни систем у смислу

²² Број предмета против Републике Србије који су достављени на одговор Заступнику у 2005. години износио је 5 предмета, током 2006. достављено је још 40 предмета, а током 2007. достављено је на одговор још 24 предмета. До краја 2008. године достављено је на одговор 40 нових предмета, донето је 9 пресуда и 15 одлука. Подаци преузети са сајта Заступника грађана пред Европским судом за људска права <http://www.zastupnik.gov.rs>

његове компатибилности са уставом и субординираним одредбама међународног права.²³

Са аспекта теме којом се бавимо врло је значајно посматрати деловање Уставног суда када одлучује по уставним жалбама. *Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајмечена Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.*²⁴ Уставна жалба, као ванредно правно средство које се може користити против појединачних аката судске и управне власти, доприноси заокруживању заштите људских и мањинских права у уставном систему Србије и улази у комплетан национални механизам заштите који претходи систему заштите пред Европским судом.²⁵ Постојање уставне жалбе би се тако могао сматрати "најсрећнијим медијумом интеракције између националног уставног права и права Европског суда за људска права."²⁶

Поступајући поводом уставних жалби, Уставни суд се у више случајева у образложењу одлуке позвао на праксу Европског суда за људска права. "оцењујући да ли је дужина трајања судског поступка била разумна у овом случају, уставни суд је, имајући у виду праксу Европског суда за људска права, применио следеће критеријуме: сложеност предмета, понашање надлежних органа власти, понашање подносиоца представке и важност предмета за подносиоца представке".²⁷ Тако се уставна жалба појављује као средство заштите права која су гарантована Уставом Србије, већ и оних који произилазе из одредби Европске конвенције.

²³ Више о томе: Смиљко Сокол: "Уставноправне основе у примјена Европске уније и остваривању надлежности Уставног суда Хрватске", *Положај и улога Уставног суда у примјени Европске конвенције о људским правима (зборник радова)*, Подгорица, 2007, стр. 11-22.

²⁴ Члан 176 Устава Републике Србије.

²⁵ И. Пејић, "Гаранције људских права у националном поретку: уставносудска заштита", у З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш, 2008, стр. 273.

²⁶ Упор. В. Зупанцић, "Constitutional Law nad Jurisprudence of the ECHR", *German Law Journal*, No.10/2001, i I. Pejić, op.cit, str. 261-275.

²⁷ Видети одлуку Уставног суда Уж-293/08.

Уставни суд се ослањао на Европску конвенцију и ставове Европског суда за људска права и у поступцима нормативне контроле, чак и пре него је она постала део нашег правног система.²⁸ Међутим, Уставни суд Србије у изреци одлуке није утврђивао несагласност закона са Конвенцијом, односно другим међународним уговором, већ је само у образложењу одлуке изражавао став или оцену да оспорене одредбе закона, односно закон у целини није у складу са појединим одредбама Конвенције. Тако да су одредбе Конвенције, односно пракса и ставови Европског суда за људска права, служили Уставном суду да, у појединим одлукама када је вршио апстрактну нормативну контролу, интерпретира поједине одредбе Устава управо на начин како је то утврђено у одредбама Конвенције, односно како је те одредбе тумачио Европски суд за људска права.²⁹

Управо је таква примена Европске конвенције оно на чему се инсистира у Савету Европе. Наиме, Комитет министара Савет Европе није пропустио да у новијим препорукама, поздравља то што је сада Конвенција свуда постала интегрални део домаћег правног система свих страна уговорница, што националним судовима даје још важнију улогу, али и обавезује државе чланице да и даље учине напоре да би се дао пун ефекат Конвенцији, нарочито кроз адаптацију националних стандарда у складу са оним из Конвенције и у светлу прецедентног права Суда. Препоручује се да земље чланице осигурају да постоје одговарајући делотворни механизми за проверу усаглашености постојећих закона и управне праксе.³⁰ У Препоруци РЕС (2004) 6 Комитет министара земљама чланицама о побољшању домаћих правних средстава, наглашава се да је примарни захтев за постојањем делотворног правног средства да се права из Конвенције обезбеде унутар националног правног поретка. Такав ефекат може се очекивати уколико постоје домаћа

²⁸ Видети Одлуку Суда IY 358/95 од 25.09.2003. када је одлучивао о уставности Закона о наслеђивању, Решење IY 166/03 од 4.11.2003. када је одлучивао о уставности и законитости Уредбе о организовању и остављању верске наставе .

²⁹ Више о томе: Боса Ненадић, *op.cit.*, стр. 23-45.

³⁰ Препорука РЕС (2004) 5 Комитета министара земљама чланицама о провери усаглашености предлога закона, постојећих закона и управне праксе са стандардима наведеним у Европској конвенцији.

правна средства која су делотворна и која воде адекватном обештећењу за свако установљено кршење или таква да онемогућавају избегавање изношења пред Суд предмета који се понављају. Суд се данас суочава са све већим бројем представки, чиме се угрожава дугорочна делотворност система и стога, постојање делотворних домаћих правних средстава постаје нарочито важно. У Препоруци се наглашава да примарни захтев за постојањем делотворног правног средства је да се права из Конвенције обезбеде унутар националног правног поретка. У том контексту сада је посебно значајно то што је Конвенција постала интегрални део домаћих правних поредака свих страна уговорница. Овај развој је побољшао расположивост делотворних правних средстава, а потпомогнут је чињеницом да судови и извршни органи све више поштују прецедентно право Суда у примени домаћег закона и свесни су своје обавезе да поштују пресуде Суда у случајевима који се директно тичу њихове државе. Ова тенденција је појачана након усвајања Препоруке РЕС (2002) и могућношћу да надлежни домаћи органи преиспитују или поново отворе одређене судске поступке који су основа кршења које је установио Суд. Побољшање домаћих правних средстава такође захтева да се предузме додатно деловање, тако да када се примењују национални закони домаћи органи могу узети у обзир захтеве Конвенције, а нарочито оне који резултирају из пресуда Суда везано за њихову државу. Неке земље су у циљу смањења броја представки увеле генералано правно средство (нпр. пред Уставним судом).

Када се донесе нека пресуда, која указује на структуралне или генералне недостатке у националном закону или пракси ("пилот предмет"), а велики број представки Суду везано за исти проблем ("предмети који се понављају") предстоји, или ће се вероватно уложити, тужена држава би требало да осигура да потенцијални подносиоци представки имају, где је то одговарајуће, делотворно правно средство које им омогућава да поднесу представку надлежним националним органима, што се може применити и на текуће подносиоце представки. Иако су одлуке Европског суда за људска права обавезујуће за све државе, Суд сам не може да измени национално законодавство нити да измени пресуду домаћег суда или наложи какве конкретне измене у домаћем прав-

ном систему су потребне. У случају *Marckx v. Belgium*, Суд је поводом овог проблема навео да "само тужена држава може предузети мере које она сматра одговарајућим у циљу обезбеђења сагласности и кохерентности свог домаћег права".³¹

Тако је у Србији поводом "прецедентне пресуде" у случају *В.А.М. против Србије*, Европски суд за људска права указао да у правном систему Србије грађани немају на располагању "делотворни" правни лек ради заштите права на суђење у разумном року које је гарантовано чл. 13 Европске конвенције. Ова одлука и све већи број предмета пред Европским судом, у којима се наши грађани позивају на кршење права на суђење у разумном року, довела је до увођење једног модалитета уставне жалбе, која се може изјавити само због повреде прва на суђење у разумном року³². Увођење овог правног средства представља интервенцију законодавца ради испуњења општих мера које Србија мора да примени како би отклонила даље повреде људских права гарантованих Европском конвенцијом.³³

У циљу имплементације одлука Европског суда за људска права уведене су значајне новине у правни систем Србије. Наиме, Законом о парничном поступку предвиђено је да се *поступак који је одлуком суда правноснажно завршен може по предлогу странке поновити ако је, по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом, Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном односу против Србије и Црне Горе*.³⁴ Такве новине уведене су и изменама Законика о кривичном поступку. Тако, *кривични поступак који је окончан правноснажном пресудом може се поновити у корист окривљеног ако је*

³¹ Видети С. Ђајић, "Заштита људских права и слобода у пракси Европског суда за људска права-индивидуална заштита, тумачење Конвенције и ефикасности Европског система", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 7-8, 2001, стр. 343.

³² Члан 82 став 2 Закона о Уставном суду, тако, предвиђа да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена сва правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.

³³ Више о томе С.Лилић:" Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року?", *Анали Правног факултета у Београду*, година LV, 2/2007, стр. 776.

³⁴ Чл. 422, ст. 1, тачка 10 Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", 125/04).

одлуком Европског суда за људска права или другог суда насталог ратификованим међународним уговором, утврђено да су у току кривичног поступка кршена људска права и основне слободе и да је пресуда заснована на таквом кршењу, а да понављањем поступка могуће исправити учињену повреду³⁵. Такође, према одредбама члана 438 Законика о кривичном поступку, Републички јавни тужилац може, ако је повређен закон, подићи захтев за заштиту законитости против правноснажних судских одлука и против судског поступка који је претходио тим правноснажним одлукама и ако је одлуком Европског суда за људска права или другог суда насталог ратификованим међународним уговором, утврђено да су у току кривичног поступка кршена људска права и основне слободе и да је судска одлука заснована на таквом кршењу, а надлежни суд није дозволио понављање кривичног поступка, или се повреда начињена у судској одлуци може отклонити укидањем одлуке или њеним преиначењем, а без вођења поступка.

У складу са тим изменама требало би реформисати и одговарајуће одредбе Закона о управном спору и Закона о управном поступку, ради усаглашавања са стандардима које је поставила Европска конвенција и омогућавања да се и у овим процедурама дозволи понављање поступка по пресудама Европског суда за људска права.³⁶

Наиме, систем заштите људских права предвиђен Европском конвенцијом требало би да представља допунску заштиту људских права, а да се примарна заштита остварује у оквиру националних правних система држава чланица. Иако, улога Европског суда није била само у томе да пружи "последњи" излаз онима чија су права прекшрена, већ и да пракса Европског суда повратно утиче на национална законодавства и рад националних судова.³⁷ Тако, домаћи судови, посебно уставни су-

³⁵ Чл. 426 ст. 1 тачка 6 Законика о кривичном поступку.

³⁶ Видети Програм законодавне реформе у области људских права-усклађивање са међународним стандардима-преглед за Републику Србију, (други део), Министарство за људска и мањинска права Државне заједнице Србије и Црна Гора, 19. мај 2006.

³⁷ В. Ђерић, "Реформа надзорног система Европске конвенције за људска права: протокол бој 11 уз Конвенцију", у К. Обрадовић, М. Пауновић (ур.), *Право људских права*, Београд, 1996, стр. 113-144.

дови, појављају се као изузетно важни партнери Европског суда за људска права у заштити права човека.

5. Значај Европске конвенције за грађане Србије

О значају Европске конвенције у уставном систему Републике Србије треба говорити и са аспекта самих грађана. Наиме, ратификацијом Конвенције и њеном имплементацијом, грађани су у прилици да заштиту својих права остварују и у поступку пред Европским судом за људска права. О заинтересованости наших грађана за овај вид међународно правне заштите права говори и број поднетих представки и број донетих одлука у односу на Републику Србију. Такви подаци говоре о подизању нивоа свести о значају људских права и заинтересованости грађана да своја права заштите. Међутим, ратификација Европске конвенције значајна и јер су од тог тренутка наши судови у прилици да примењују стандарде које је већ поставио и развио Европски суд за људска права, док би деловањем Уставног суда по уставним жалбама, требало да представља гаранцију да своја права могу на адекватан начин заштити и на националном нивоу, без потребе обраћања Европском суду за људска права.

Закључна разматрања

Европски суд за људска права већ 50 година одређује минимум стандарда у области људских права, спроводећи својеврсну хармонизацију унутрашњих правних система, и та акумулирана пракса Суда израсла је у истински правни систем, који је континуирано преношен у домаће правне системе. Домаћи судови, посебно уставни судови, тако се појављују као важни партнери Европског суда за људска права. Уосталом систем заштите људских права предвиђен Европском конвенцијом представља допунску заштиту људских права, док се примарна и основна заштита ових права треба да остварује у оквиру националних правних система држава чланица. Поред тога, не треба изоставити ути-

цај који Европска конвенција и пракса Европског суда за људска права имају на национална законодавства и рад националних судова, као и на промену свести код самих грађана о значају поштовања људских права.

У нашем правном систему место Европске конвенције одређено је статусом који имају међународни уговори у општем смислу. Судска пракса Европског суда за људска права није препозната као формални извора права, нити таква пракса обавезује Уставни суд Србије. Али, у својој досадашњој пракси Уставни суд се ослањао на одлуке Европског суда, често се позивајући на њих у образложењу својих одлука. Такво поступање уставног суда налазимо онда када одлучује о уставним жалбама грађана, чак су и сами грађани подносећи уставне жалбе позивали и на одредбе Европске конвенције, али и у поступцима у којима је вршио нормативну контролу. Што се тиче судова опште надлежности, они могу да своје одлуке заснивају на потврђеним међународним уговорима, укључујући и Европску конвенцију, јер они надзаконске правне снаге и непосредно се примењују.

Тиме уставноправни значај Европске конвенције не може бити условљен искључиво њеним статусом у унутрашњем правном систему. Иако је често у рангу испод устава, Европска конвенције је чест ослонац судова, посебно уставних судова, у разумевању устава, односно људских права која су гарантована овим највишим правним актом. Иако нема уставни ранг, она у пракси добија уставни значај у разумевању основних људских права у унутрашњем правном систему. Дакле, без обзира на место Европске конвенције у унутрашњем правном систему, одлуке Европског суда за људска права имају уставноправну димензију и уставноправни значај за разумевање основних права у унутрашњем правном систему.

Maja Nastić, LL.M.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

THE SIGNIFICANCE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA: CONSTITUTIONAL ASPECT

Summary

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was ratified by the Assembly of the State Union of Serbia and Montenegro on 26th December 2003 (along with the Protocols no. 1, 4, 6, 7, 12 and 13), and it entered into force on 3rd March 2004. In compliance with Article 60 of the Constitutional Charter and the Proceeding Points for the Restructuring of Relations between Serbia and Montenegro, the Republic of Serbia has become the legal successor of the State Union of Serbia and Montenegro. Thus, inter alia, the Republic of Serbia has become a member of the Council of Europe, thus assuming the obligation to observe the European Convention. These changes, along with the adoption of the new Constitution of Serbia (2006), have brought about the question on the constitutional law significance of the European Convention in our legal system.

The European Convention does not contain articles on its legal status in the national legal order of the “high contracting states”. Every state is entitled to find its own method of bringing its internal law in accord with the Convention but each state is also obliged to rectify any violation of the fundamental rights and freedoms protected by the Convention. Therefore, contracting states are expected to achieve and demonstrate the results which are defined in Art. 1 of the Convention, but they are free to decide how it will be put into effect.

Most national legal systems do not have explicit provisions on the status of the European Conventions; its rank and status is actually determined by the position of other international agreements and conventions. There are very few countries where the European Convention has been given full constitutional power; it is slightly more frequent that it is given the power of a constitutional act; however, in most national legislations, the Convention has no constitutional power whatsoever. In the hierarchy

of national legal acts, it is below the constitution but above the law, even though it may also have the power of a national law.

Yet, the European Convention is not a typical international agreement. It is an international convention on human rights which is distinguished from other similar or related agreements by the fact that it empowers an individual to file a legal claim against the state and to appear in a court of law as an equal party in a dispute against the state which has failed to observe the individual's rights guaranteed in the Convention. Therefore, taking into account the significance and the binding nature of the decisions of the European Court of Human Rights, the European Convention is obviously far more significant than it seems.

The European Convention and the rulings of the European Court of Human Rights are a very powerful and influential source of law, which is frequently referred to by many constitutional courts in their interpretation of the constitutional provisions on human rights. Thus, there is a paradox that the European Convention can have an impact on the interpretation of the constitution and the guaranteed constitutional rights even though it does not have the rank of a constitutional act.

In order to consider the significance of the European Convention in our legal system, we have to explore the relevant articles of the Serbian Constitution, such as: the principle of direct application of the guaranteed rights (art 18), the protection of human and minority rights and freedoms (art 22), the hierarchy of national and international general legal acts (art 194), as well as the Constitutional court proceedings and the influence the European Convention has had on the operation of this significant judicial body, which is obliged to provide for the direct protection of the constitutionally guaranteed rights in the proceedings upon a constitutional appeal.

Another relevant example of the significance of the European Convention in our legal system is certainly a huge interest of our citizens to refer to the European Court of Human Rights in pursuit of the protection of the fundamental human rights and freedoms proclaimed by the European Convention.

Key words: *the European Convention, international convention on human rights, constitutional court, constitutional appeal*

КРИВИЧНО ПРАВО И СУДСКА ЗАШТИТА

ЕВРОПСКИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ О ПРАВУ НА ПРАВНИ ЛЕК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт:

У раду је анализиран систем правних лекова у кривичном поступку Србије и његова нормативна усаглашеност са европским правним стандардима о праву на правни лек. Интерпретација унутрашњег права обухвата уставне принципе на којима се темељи ово основно људско право и законску регулативу правних лекова у кривичном поступку, која треба да осигура имплементацију међународних правних стандарда. Бит те интерпретације чини вредновање у којој мери су у национални правни систем имплементиране гаранције Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода везане за право на деловоран правни лек (садржане у члану 13. основног текста конвенције), за право на жалбу у кривичним стварима и право да се не буде суђен или кажњен двапут у истој ствари (установљених одредбама члана 2. и 4. Протокола бр. 7). Конвенцијом допуштена ограничења овог права, предмет су посебног излагања, уз опаску аутора да она омогућава искључење жалбе у процесној ситуацији најнеповољнијој по окривљеног – кад је ослобађајућа пресуда по жалби преиначена у осуђујућу, а баиш тада је жалба окривљеном најпотребнија. У вези са ванредним правним лековима, аутор објашњава постојеће разлике између европских правних стандарда и уставних прокламација о забрани двоструке угрожености у кривичном поступку, констатујући да се након доношења новог српског Устава изнова поставља питање да ли уставне норме допуштају понављање поступка и на штету окривљеног, што је иначе дозвољено према одредбама Европске конвенције.

Кључне речи:

кривични поступак, европски правни стандарди, правни лекови, ne bis in idem, понављање поступка

I. Међународни извори и уставна јемства права на правни лек

Данас се правни системи савремених држава не могу замислити без права на жалбу, као основног људског права. Оно је део правне стварности, а за цивилизованог човека данашњице сасвим је нормално да му то право припада, као нешто природно и посве разумљиво у савременом друштву, те се питање његовог постојања и не поставља. Оправдање потребе постојања правних лекова, за чије се поједностављено означавање користи израз «право на жалбу» као општеприхваћена синтаagma, све више је део историје правне књижевности, а данас се још среће једино у уџбеницима процесног права и оним научним расправама о правним лековима у којима се њихово оправдање јавља у контексту историјског и правнополитичког приступа, као израз теоријске доследности и свеобухватности анализе.

Због значаја које му се придаје, право на жалбу, као основно људско право, прокламовано је у свим међународним документима о људским правима, било да имају универзални или регионални карактер. И право на правни лек, попут свих основних људских права, у нашем правном поретку представљају непосредно применљиво право: Уставом су зајемчена, „и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима“ (чл. 18. ст. 2. Устава)¹.

¹ "Сл. гласник РС", бр. 98/2006, од 10. новембра 2006.

Везано за људска права, нашу земљу обавезују Међународни пакт о грађанским и политичким правима² и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода³ (у даљем тексту: Европска конвенција) пошто их је ратификовала.⁴

Међународни пакт о грађанским и политичким правима прокламује да «свако ко је оглашен кривим за неко кривично дело, има право да се његова кривица и осуда размотре од стране вишег судског органа у складу са законом» (чл. 14. ст. 5). Из цитиране одредбе види се да право на правни лек Међународни пакт не распростире на све одлуке кривичног суда нити на сва лица против којих је вођен кривични поступак, већ гарантује правне лекове само оним лицима која су оглашена кривим.

Европска конвенција у свом основном тексту не садржи право на правни лек у кривичном поступку већ је то право прокламовано у одредбама Седмог протокола: «Свако ко је одлуком суда осуђен за кривично дело има право да његову осуду или казну преиспита виши суд. Остваривање овог права, укључујући и основе за његово коришћење, уређује се законом» (чл. 2. ст. 1. ЕК). И овим међународним документом право на правни лек ограничава се само на лица која су оглашена кривим за учињено кривично дело. Употребљени израз преиспитивање «осуде», у нашој правној терминологији има значење преиспитивања одлуке о кривици, те га тако треба и тумачити. У односу на Међународни пакт, право на правни лек прецизирано је утолико што се експлицитно указује да поступак и основи правног лека морају бити регулиса-

² Пакт је усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација бр. 2200А (XXI) од 16. XII 1966. године.

³ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода и слобода потписана је у оквиру Савета Европе 04. новембра 1950. године а ступила је на снагу 05. септембра 1953. године (у даљем тексту Европска конвенција). Од тада је уз Европску конвенцију прихваћено још четрнаест протокола којима је она допуњена или измењена.

⁴ Наша земља ратификовала је Међународни пакт о грађанским и политичким правима 30. јануара 1971. године («Службени лист СФРЈ - Међународни уговори» бр. 7/1971), као и оба протокола уз овај Пакт («Службени лист СРЈ - Међународни уговори» бр. 4/2001). Европску конвенцију ратификовала је 2003 године («Службени лист СЦГ - Међународни уговори» бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005).

ни унутрашњим прописима сваке државе, и то законом, не и другим правним актима. Будући да основи правног лека нису нормативно прецизирани у тексту Европске конвенције нити уз њу усвојеним протоколима, већ се упућује да они буду законски уређени, треба сматрати да се преиспитивање “осуде или казне” може односити на чињенична и правна питања или бити ограничено само на правна питања, а може резултирати укидањем или изменом пресуде и казне.⁵ Европска конвенција такође предвиђа и право на правни лек које се не тиче само кривичног поступка, у одредби члана 13, којом се гарантује да “свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству”.

И сви други регионални међународни документи такође предвиђају право на правни лек, али је то право много шире признато него у Међународном пакту и Европској конвенцији, јер се не везује само за лица која су оглашена кривим, односно осуђена за извршено кривично дело. Према чл. 8. ст. 2. тач. х) Америчке конвенције, свако лице у току поступка има “право жалбе против пресуде вишем суду”, а одредбом чл. 7. ст. 1. алинеа а) Афричке повеље о правима човека и народа прокламовано је “право жалбе националним органима против поступака којима се вређају основна права призната и зајемчена конвенцијама, законима, прописима и обичајима који су на снази”.

Прокламоване гаранције права на правни лек из међународних докумената преузимају конституције савремених правних држава у виду уставних принципа. Јемство права на правни лек и у нас има дугу уставну традицију. И недавно усвојени Устав Србије⁶ прокламује “право на једнаку заштиту права и на правно средство”, чија формулација гласи: “Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу” (чл. 36. ст. 2. У).

⁵ P. van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001, str. 647.

⁶ „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006.

Из напред цитиране одредбе може се закључити да је право на правно средство далеко шире постављено у Уставу него што су међународни стандарди. Док је Међународним пактом и Европском конвенцијом право на правни лек ограничено само на судску одлуку којом се лице оглашава кривим за извршено кривично дело, српски Устав то право предвиђа и за све друге врсте судских одлука, које могу бити мериторне или процесне одлуке, о главном или каквом споредном предмету кривичног поступка. То једновремено значи да право на правно средство, осим окривљеног, имају и други учесници поступка када се у њему одлучује о њиховим правима, обавезама или на закону заснованим интересима. Осим тога, према садржини и смислу формулације ове гаранције у нашем Уставу, право на правни лек није везано за одлуку којом се окончава првостепени поступак, као у наведеним, за нас релевантним међународним изворима, те се има тумачити да је окривљеном зајемчено право на правни лек и пре доношења првостепене пресуде, односно неке друге одлуке суда којом се окончава првостепени поступак.

Међународни документи, разуме се, не искључују могућност пружања ширих гаранција у погледу права на правни лек, јер у њима зајемчена права представљају минималне међународне стандарде,⁷ које Устав наше државе умногоме надмашује. Међутим, ниво људских права не мери се само према прокламацијама у највишим правним актима неке државе, већ превасходно по законској регулативи којом се та права конкретизују и разрађују, од чега у конкретном случају зависи делотворност правног лека, а затим, према стварној реализацији правних прописа у правосудној пракси. Правни поредак је, дакле, врховно мерило досегнутих стандарда и нивоа људских права прокламованих и уређених у правном систему неког друштва, те кроз ту призму треба посматрати и право на правни лек.

⁷ Види: В. Ђурђић, „Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично процесно законодавство Србије и Црне горе“, у зборнику «Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе», Златибор/Београд, 2004, стр. 63-98;

II. Ограничење права на правни лек

У процесном закону предвиђена су извесна ограничења права на правни лек, која су неминовна јер би, у противном, ничим ограничена употреба правних лекова угрозила ефикасност остваривања *ius ripiendi* државе и сврху кривичних санкција, с једне стране, и правну сигурност странака, с друге стране.⁸ Употреба правног лека искључена је против свих наредаба, против неких решења (нпр. против решења већа донетих пре и у току истраге, против другостепених решења, против решења врховних судова), против пресуда донетих у другом степену (изузев кад је законом изричито допуштена жалба) и против пресуда донетих у трећој инстанци.⁹

С друге стране, Устав Србије само прописује право на правно средство (чл. 36. ст. 2. Устава), а не предвиђа никакве изузетке у којима би било могуће ограничење или искључење тог права. Отуда се намеће питање да ли и у ком обиму процесно законодавство може ограничити право на правни лек.

Из напред укратко изнетих разлога и са чисто теоријског становишта, употреба правног лека мора бити искључена у некој инстанци судског одлучивања, како поступак не би текао у недоглед. Осим тога, из разлога економичности, остварења принципа континуитета и концентрације процесних радњи, којим се обезбеђује неометано и успешно одвијање кривичног поступка, а у крајњем и остваривање права на суђење «у разумном року» - показује се нужним ограничење права на правни лек против судских одлука донетих пре изрицања првостепене пресуде. То су аргументи којима се правда потреба за ограничењем и у неком моменту нужност искључења правног лека, али и поред те неопходности, за ограничење права на правни лек мора се наћи уставно-правни основ.

Уколико употреба правног лека не би била искључена у некој судској инстанци, била би угрожена уставом гарантована правна сигурност у казненом праву (чл. 34. У), а право на суђење у разумном року,

⁸ Cf. Грубач, *op. cit.*, стр. 127.

⁹ *Amplius ibid.*, стр. 128. и 129.

као конститутивни елемент права на правично суђење, било би разорено, те се заштита ових основних људских права може сматрати сврхом ради које би по самом уставу било допуштено ограничење права на правни лек. Уколико би се искључила трећа судска инстанца, такво ограничење може се сматрати да је у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и да се тиме не би угрозила есенција права на правни лек јер био допуштен против свих првостепених одлука, пре свега кривичних пресуда. Оваква експликација задовоља уставне гаранције везане за ограничење људских права. Међутим, ако се има на уму да се процесним законом потпуно искључи жалба у појединим случајевима, дакле и против првостепених пресуда, за тумачење ових уставних лимита потребно је позвати у помоћ и друге уставне одредбе о људским правима.

За један такав законодавни захват, кад се примени систематско тумачење и пође од објективних циљева правних лекова, упориште се може наћи у уставним одредбама о непосредној примени основних људских права (Уставом гарантованих а зајемчених међународним документима) и о начину тумачења људских права: „Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.” (чл. 18. ст. 3. У). Имајући у виду значење и дикцију цитираних уставних одредби, следи да би ограничења права на правни лек била могућа ако их предвиђају за нас обавезујући међународни правни извори, тј. ако је то сагласно међународним правним стандардима, или ако су их релевантна међународна тела својим интерпретацијама људских права увела у праксу. У тим маргинама и с тим циљем треба протумачити међународне гаранције права на правни лек и могући обим његовог ограничења.

Најпре, Међународни пакт о грађанским и политичким правима предвиђа право на правни лек у кривичном поступку (чл. 14. ст. 5. и чл. 9. ст. 4) и намеће обавезу државама уговорницама «да развијају могућности судских правних лекова» (чл. 2. ст. 3б), али изричито не прописује одступања од овог права нити их забрањује. Отуда његове гаран-

ције, саме за себе, не би могле бити ослонац за ограничење овог основног права у националном правном систему, без других међународних извора и без праксе одговарајућих међународних институција.

Насупрот Међународном пакту, у Седмом протоколу уз Европску конвенцију експлиците се допушта ограничење права на правни лек у три случаја, која морају бити законом предвиђена: 1) у погледу оних дела која су мањег значаја, 2) у случајевима у којима је осуђеном судио у првом степену највиши суд, и 3) ако је окривљени био осуђен после жалбе на ослобађајућу пресуду» (чл. 2. ст. 2). Управо овај трећи случај, иначе сам по себи контроверзан, допушта искључење права на правни лек после судске одлуке у другој инстанци. Наиме, ако је допуштено да жалба буде искључена против осуђујуће пресуде у коју је преиначена првостепена ослобађајућа пресуда (апсурдно, разумно би било да се тада забрани искључење правног лека), тим пре је допуштено да се искључи право жалбе против свих осталих врста другостепених судских одлука. Такво тумечење чини се логичним: ако је допуштено искључење жалбе у најтежој ситуацији по окривљеног, онда је дозвољено да се жалба искључи и у ситуацијама повољнијим по окривљеног, тј. када су његова права другостепеном судском одлуком мање угрожена. Консеквентно томе, било би допуштено искључити право на правни лек против свих судских одлука донетих у другом степену, без обзира да ли се њима мериторно решава кривична ствар или се поступак окончава на други начин, што се односи и на другостепене одлуке донете пре изрицања првостепене судске одлуке о главној кривичној ствари.

У односу на судске наредбе и решења којима се управља кривичним поступком, мислимо да је могуће искључење права на жалбу и после првостепених одлука, јер се тим одлукама не решава о кривици за извршено кривично дело, нити се непосредно одлучује о правима странака и других учесника поступка или о њиховим на закону заснованим интересима.

На крају, из наведених одредби Седмог протокола о ограничењу права на правни лек, произлази да жалба не може бити искључена против првостепених пресуда којима се одлучује о кривици за извршено дело, осим ако би у првом степену судио суд највишег ранга (код нас

Врховни касациони суд). Уистину, овим одредбама допуштено је искључење права на правни лек и «у погледу оних дела која су мањег значаја», али се у нашем правном систему тај изузетак односи на прекршаје.

Ослањајући се на напред изнету интерпретацију међународних правних стандарда и уставних јемстава, закључак би био да се у кривичном поступку може ограничити (искључити или редуцирати) право на изјављивање жалбе, али само у случајевима који су изричито прописани законом. Сви ти законом предвиђени изузеци морају бити у складу са релевантним међународним изворима и праксом одговарајућих међународних органа, што би самим тим било сагласно и са чланом 18. ст. 3. Устава којим је уређено тумачење одредаба о људским правима. Таквом интерпретацијом надоместило би се непостојење уставне одредбе о ограничењу права на правно средство, а обим тог права свео у маргине међународних стандарда.

У односу на међународне изворе права, за решења важећег Законика о кривичном поступку у погледу ограничења права на правни лек, може се констатовати да одговарају међународним стандардима, а нека од њих их надмашују јер искључују право на жалбу у мањем обиму него што допуштају релевантни међународни извори. Евентулане законодавне промене у том домену неће бити узроковане потребом усклађивања са Уставом и међународним изворима, али могу настати из других криминалополитичких и правнотехничких разлога, али без већег задирања у обим ограничења права на правни лек.

III. Систем правних лекова у кривичном поступку Србије

Постизање правилне и законите судске одлуке разлог је установљавања правних лекова и аргумент у коме се исцрпљује оправдање њиховог постојања, али и њихов објективни циљ у коме се читава јавни интерес. Сви правни лекови у свом структуралном јединству и међусобној функционалној повезаности, чине систем правних лекова, који установљава законодавац одређивањем, уређењем и ситематизовањем врсте, броја и садржине правних лекова. Конструкција и изградња ситета правних лекова комплексан је задатак јер зависи од бројних чи-

нилаца и захтева, које треба испунити и међусобно ускладити. И поред тих, не малих тешкоћа, законодавци теже ка једноставном систему правних лекова, делотворном и лако доступном странкама и другим учесницима поступка о чијем се праву, обавези или на закону заснованом интересу одлучује. Законско уређење правних лекова треба да је утемељено на гаранцијама из међународних докумената о људским правима и уставним принципима, о чему је напред било речи.

Систем правних лекова нашег кривичног поступка прилично је једноставан: изграђен је на разликовању редовних и ванредних правних лекова, с тим што је цео систем утемељен на идеји о јединственом редовном правном леку (жалби) који је, с обзиром на основе побијања судских одлука, потпун правни лек. У Законнику о кривичном поступку правни лекови су систематизовани и уређени у одељку Г. *Поступак по правним лековима*, другог дела Законика који садржи одредбе о току поступка уопште. У глави XXIV прописани су редовни правни лекови: жалба на пресуду првостепеног суда (чл. 363-394), жалба на пресуду другостепеног суда (чл. 395) и жалба на решење (чл. 398-403). У глави XXV предвиђена су четири ванредна правна лека: понављање кривичног поступка (чл. 404-414), ванредно ублажавање казне (чл. 415-418), захтев за заштиту законитости (чл. 419-427) и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде (чл. 428-432).

Редовни правни лекови уређени су, како је већ напоменуто, као потпуни правни лекови – судска одлука може се побијати и због чињеничних и због стварних недостатака. Виши суд као суд правног лека овлашћен је не само да касира (укине) већ и да преиначи жалбом побијану првостепену одлуку. Таква концепција није општеприхваћена у упоредном праву. Уместо јединственог правног лека којим се судска одлука може побијати по свим основима, поједина законодавства усвајају систем дуалитета редовних правних лекова. За систем дуалитета карактеристично је да једновремено постоји и потпун и непотпун правни лек. Потпуним правном леком (тзв. призивом) побијају се, по правилу, само првостепене одлуке судова нижег ранга који суде за лакша кривична дела, и то без учешћа поротника, а одлуком суда правног лека побијана одлука може бити касирана или измењена. Непотпуним прав-

ним леком, пак, могу се побијати одлуке свих првостепених судова, па и одлуке против којих је допуштен призив, али само због повреде закона, а суд правног лека овлашћен је само на касирање. Дуалитет правних лекова усвојен је у немачком кривичном поступку, који као правне лекове против пресуде познаје призив¹⁰, као потпуни правни лек, и ревизију¹¹, као непотпун правни лек. Сличан систем, заснован на дуалитету правних лекова изграђен је и у француском процесном праву, које прописује четири правна лека, а са становишта основа за побијање првостепене судске одлуке, значајна су два – призив (*l'appel*) и касациона жалба (*le pourvoi en cassation*).¹² Конструкција ових система заснована је на схватању да је искључено испитивање чињеничног стања пред судом правног лека јер се, према овом гледишту, из организационих и техничких разлога, пред вишим судом не може организовати поступак утврђивања чињеница у коме би важила начела иманентна за првостепени главни претрес, која се јављају као *conditio sine qua non*. Радикално спроведено ово гледиште довело је у неким законодавствима до решења да суд правног лека није овлашћен да својом одлуком измени првостепену одлуку већ само да је касира. Ове идеје с разлогом нису прихваћене у нашем процесном праву,¹³ јер се и у земљама које имају дуалитет правних лекова, чине напори да се њихов систем реформише у правцу потпуних правних лекова, а у научним расправама јединствени правни лек за побијање првостепене кривичне пресуде сматра се правним леком будућности¹⁴.

¹⁰ Види §§ 312-332 StPO.

¹¹ Види §§ 333-358. StPO.

¹² Друга два правна лека у француском кривичном поступку јесу опозиција и брисање контумације, а у бити се односе само на укидање пресуде донесене у одсутности окривљеног.

¹³ Др Момчило Грубач, *op. cit.* стр. 122.

¹⁴ Опширну аргументацију у прилог јединственог правног лека, засновану на критичности система правних лекова у Француској и Немчкој, види код: Vladimir Bayer, *Problematika pravnih lijekova protiv prvostepenih krivičnih presuda u kontekstu suvremene reforme krivičnog procesnog prava*, Rad JAZU, Zagreb, 1982, Razred za društvene znanosti, knj. XXI, str. 115-122.

У предстојећем поступку усаглашавања кривичног процесног законодавства са новим уставним решењима, приликом новелирања система правних лекова треба имати у виду и друге факторе који утичу на његову изградњу, а не само оне везане за уставне промене. Треба, између осталог, водити рачуна о новој организацији и уређењу правосудног система, о остварењу начела кривичног поступка, о доступности правног лека учесницима кривичног поступка, пре свега странкама, о утицају посебних кривичних поступака којих је све више, претећи да потисну општу форму кривичне процедуре, о допуштености искључења права на правни лек (о чему је било речи), као и о другим факторима утицаја на изградњу система правних лекова. И тај новелирани систем правних лекова такође треба да задовољи два дијаметрално супротна друштвена интереса – етички императив да се правним леком омогући исправљање судске одлуке и тиме осигура законитост, а с друге стране, захтев да се обезбеди правна сигурност човека, свођењем на разумно време неизвесности окривљеног у погледу права државе на кажњавање (*ius puniendi*). За новелирање ће бити значајна и теоријска гледишта, од којих иначе зависи, не и пресудно, конструкција система правних лекова. Оптимално би било да се успостави равнотежа између теоријских погледа и практичних потреба изражених у захтевима правосудне праксе, што није нимало лако, јер се они могу али не морају подударати, а често су и противречни.¹⁵

Какав ће значај поменути фактори имати и којој мери ће утицати на измену и доградњу система правних лекова, препуштено је, разуме се, законписцима и напослетку законодавцу. Све те факторе није могуће анализирати у једном оваквом раду те ће расправа која надаље следи бити ограничена само на два, у извесној мери међусобно повезана фактора. Биће објашњено како на систем правних лекова утиче нова

¹⁵ Теоријска доследност и научна педантност нису увек од користи законодавној реформи, како то Манзини упечатљиво предочава: «Научници и псеудо научници нису најбољи саветници за практичне реформе, јер су сувише робови своје више-мање правне логике, и иду за њом и онда кад води на препреке и опасности које разумни људи избегавају». (Цитирано према: Др. Т. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 559, фус нота 31.

организација правосудног система и поједини принципи кривичног поступка.

IV. Организација и уређење судске власти и право на правни лек

Организација и уређење судова, повезани са начелима кривичног поступка уопште и начелима која доминирају поступком по правним лековима, значајни су за установљавање и уређење правних лекова. У том домену, врсте установљених судова и поверавање вршења судске власти појединим судовима зависно од природе и тежине кривичних дела, од непосредног су утицаја. Зато се и сматра да без познавања организације и уређења судова у правном систему неке државе, па посредно и без познавања читавог правосуђа, није могуће схватити њихов систем правних лекова у кривичном поступку и разлике између појединих врста.¹⁶

Редовни судови могу бити установљени као судови *опште надлежности* и *специјализовани судови*, који суде или само за одређена кривична дела или само одређеним учиниоцима. По правилу се пред специјализованим судовима примењује општа форма кривичног поступка, прилагођена природи кривичне ствари или својствима учиниоца, али није искључено да законодавац пропише и неки посебан кривични поступак. Прилагођавање форме процедуре пред специјализованим судовима одражава се и на уређење правних лекова. Специфичности се могу јавити код одређивања субјеката правног лека, у погледу основа правног лека које су условљене одликама посебних судских одлука, а највише у правилима процедуре правних лекова, како би се постигла већа ефикасност поступка или већа заштита окривљеног. Те специфичности тичу се правних лекова против првостепених пресуда али и одлука органа кривичног поступка донетих пре пресуђења кривичне ствари, које не морају бити судске.

¹⁶ Исто тако, В. Бауер, *op. cit.* стр. 9.

У нашем правосудном систему судови су организовани као судови опште и посебне надлежности (чл. 11. ст. 2. ЗУС)¹⁷. У кривичним стварима суде само судови опште надлежности: основни судови, виши судови, апелациони судови и Врховни касациони суд. Иако за решавање појединих кривичних ствари нису установљени посебни судови као самосталних државних органи, ипак је предвиђена извесна специјализација и у кривичноправној области. Уместо оснивања посебних судова, предвиђено је да у свим вишим и апелационим судовима постоје одељења за кривичне поступке против малолетника, а да се у појединим вишим и апелационим судовима могу образовати одељења (а) за кривична дела против Војске Србије, (б) за кривична дела организованог криминала, (ц) ратних злочина и (д) високотехнолошког криминала (чл. 39. ст. 1. и 2. ЗУС). За поједине врсте кривичних ствари стављених у надлежност посебних одељења прописани су и посебни поступци, као што су поступак према малолетницима¹⁸ и поступак за кривична дела организованог криминала, који се примењује и за ратне злочине¹⁹, а његова примена може се код реформе процесног законодавства проширити и на друга тешка кривична дела (нпр. међународни тероризам, корупција, отмица и сл.).

Постојање судова *нижег и вишег ранга* који суде у првом степену значајно је за она процесна законодавства која су изградила систем дуалитета правних лекова. У тим законодавствима, као што смо напред објаснили, против одлука судова нижег ранга допуштен је потпун правни лек, али се иста првостепена судска одлука може побијати и непотпуним правним леком, док је против пресуда суда вишег ранга допуштен само непотпун правни лек. У нашем правосудном систему постоје основни и виши судови, као судови нижег и вишег ранга, али су процесним законом редовни правни лекови установљени као потпуни,

¹⁷ Закон о уређењу судова („Службени гласник РС“, број 116/2008 од 22. децембра 2008).

¹⁸ Види чл. 42-85 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005).

¹⁹ Види члан 13. Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине („Сл. гласник РС“, бр. 67/2003, 135/2004, 61/2005 и 101/2007).

те постојање судова нижег и вишег ранга, са тог становишта, нема утицаја на број и врсту правних лекова против судске одлуке којом се окончава првостепени поступак. Ранг суда једино би могао имати утицаја на ограничење права на правни лек ако се одлучивање у првом степену за поједине правне ствари изузетно стави у надлежност Врховног касационог суда, јер би, према међународним документима, против те одлуке било могуће искључити право жалбе пошто би одлуку у првом степену доносио «највиши суд».²⁰

У контексту утицаја организације судова на систем правних лекова, интересантно је осврнути се на тенденцију умножавања «специјализованих судова»²¹ у Србији. Поред већ дуго постојећег већа за малолетнике, недавно су установљени посебни судски органи за борбу против организованог криминала²², за међународне злочине²³ и за борбу против високотехнолошког криминала²⁴. Та експанзија „специјализованих“ судова може се одразити и на уређење правних лекова, пошто њихово оснивање прати прописивање посебних поступака, прилагођених природи кривичних дела или својствима учника, а то значи и могућност прописивања одступања у поступку по правним лековима, попут оних у поступку према малолетницима. Одступања од опште форме остваривања права на правни лек нарочито су могућа у претходном поступку, пошто се предстојећим законским променама може предвидети да у том стадијуму као органи кривичног поступка, поред кривичног суда, учествују и други, специјални државни органи. Сва та

²⁰ В. чл. 2. ст. 2. Седмог протокола уз Европску конвенцију.

²¹ Израз «специјализовани суд» употребљен је, ради краткоће у излагању, у најширем значењу, а не само за означавање судова који су конституисани као посебни самостални државни органи, што је његов прави смисао. Под тим изразом разумемо и све друге врсте специјализације судова унутар редовних судова – установљавање посебних организационих јединица, посебних одељења или посебних састава већа.

²² В. Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала («Службени гласник Србије», бр. 42/2002, 27/2003 и 39/2003).

²³ Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине («Сл. гласник РС», бр. 67/2003, 135/2004, 61/2005 и 101/2007).

²⁴ Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високо-технолошког криминала («Сл. гласник РС», бр. 61/2005).

одступања могу искомпликовати и отежати остваривање права на правни лек.

V. Утицај принципа кривичног поступка на уређење права на правни лек

Основни и други принципи кривичног процесног права распростиру се и на поступак по правним лековима, прилагођени објективним циљевима правних лекова, са мањим или већим одступањима, зависно од форме одлучивања и фазе тог поступка. Обим примене процесних принципа може бити сужен а неки од њих могу бити искључени у појединим етапама поступка (на пример, принципи усмености, непосредности и контрадикторности кад суд правног лека одлучује у седници већа). Разматрање односа основних процесних принципа и поступка по правним лековима значајно је, пре свега са теоријског али и са практичног становишта, али ће овога пута та анализа изостати. Излагање ће бити ограничено само на два процесна принципа који су у тесној вези с правним лековима, а у овом тренутку могу бити значајни за неку будућу законодавну реформу, али и за практичну примену.

1. Принцип вишестепености судског одлучивања

Принцип вишестепености судског одлучивања, на коме почива уређење судова,²⁵ у нераскидивој вези је са правним лековима и директна последица њиховог увођења и постојања. Наш кривични поступак је, по правилу, двостепен а само изузетно тростепен, кад је допуштена жалба на пресуду другостепене судске инстанце (чл. 395 ЗКП). Разуме се да због факултативног карактера правних лекова није обавезно одлучивање ни у другом ни у трећем степену, то је само законска могућност, а од субјеката права на правни лек зависи да ли ће поступак у конкретном случају бити двостепен или тростепен.

²⁵ Исто тако: др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право, Општи део*, Београд, 1995, стр. 135; и др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2002, стр. 107.

С обзиром на принцип вишестепености, судови могу бити организовани као *судови ниже и више инстанце*. Судови ниже инстанце су сви првостепени судови, сада су то основни и виши судови. Судови више инстанце су они судови пред којима се поводом изјављеног правног лека против одлуке суда ниже инстанце, само наставља развијање истог кривичнопроцесног односа заснованог пред тим нижестепеним судом.²⁶ Судови више инстанце су апелациони судови и Врховни касациони суд (чл. 24. ст. 1. тач. 1. и 2. и чл. 30. ст. 1. ЗУС), а у ограниченој мери и виши судови (чл. 23. ст. 2. тач. 1. ЗУС).

Кад се принцип вишестепености судског одлучивања посматра са становишта међународних правних стандарда и уставних гаранција, да се приметити да нема правног извора који као минимални стандард предвиђа суђење у трећем степену, па ни у неком одређеном броју случајева. Отуда и кад би жалба на пресуду другостепеног суда била укинута, па се вишестепеност суђења ограничи на двостепено судско одлучивање, не би било повређено право на правни лек, али такво радикално решење не треба очекивати од нашег законодавца због дуге традиције овог правног лека. Пре је могуће његово ограничење и свођење у уже границе, што се може постићи смањивањем броја законских основа по којима се може побијати другостепена пресуда. Сужење обима примене одлучивања у трећој судској инстанци не противречи европским правним стандардима ни уставним јемствима, а може допринети убрзању и поједностављењу поступка, те га у том сегменту учинити ефикаснијим и рационалнијим, што ће свакако бити један од циљева реформе кривичне процедуре.

2. Принцип „*ne bis in idem*“

Принцип *ne bis in idem* (не двапут за исто)²⁷ у бити представља забрану да се истом лицу поново суди за исто кривично дело. Њен је циљ да обезбеди правну сигурност грађана, што се постиже путем

²⁶ В. Т. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 554.

²⁷ Иван Клајн и Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад, 2008, стр. 1579.

правноснажности судских одлука, пре свега пресуда. Правна сигурност је основни разлог постојања правноснажности пресуде.²⁸ Отуда је разумно очекивати да се сваки кривични поступак у једном моменту мора окончати и да донета судска одлука након тога постане меродавна за понашање чланова друштва, те тако конкретни кривични случај буде решен на несумњив начин и дефинитивно. То је онај час кад пресуда стане на правну снагу, кад постане рес иудицата. Од тог часа пресуда производи правна дејства и зна се шта је пресуђено, те да се више о тој правној ствари неће судити. Правноснажна одлука суда у поступку у којем је донета постаје неопозива и незаменљива, а уједно садржи заповест да се мора извршити.²⁹

Принцип *ne bis in idem* прокламован је у свим међународним документима о људским правима, универзалног или регионалног значаја, што значи да је подигнут на ранг основног људског права. Као један од најзначајних међународних докумената којим су гарантована људска права узима се Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који забрану двоструке угрожености предвиђа у одредбама члана 14. ст. 7: “Нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези којег је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и кривичном поступку сваке земље.”

Принцип *ne bis in idem* није био предвиђен у основном тексту Европске конвенције, али је зато као важна гаранција људских права уведен одредбом чл. 4. Протокола бр. 7, којом су постављени ови правни стандарди: (а) да се забрана односи само на мериторне судске одлуке – на осуђујућу и ослобађајућу пресуду, (б) да је изузетно дозвољено понављање поступка и после правноснажности мериторних одлука, (ц) да је дозвољено понављање поступка и у корист и на штету окривљеног, и (д) да изузеци морају бити прописани законом.

У нашем кривичном процесном законодавству забрана поновног суђења има дугу традицију али није увек била прописана као процесни принцип већ је њено важење произлазило из одредаба о пресуди

²⁸ Др Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, стр. 684.

²⁹ Dr sci. Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb, 2003, стр. 215.

којом се оптужба одбија и одредаба о понављању кривичног поступка (којима се прописује одступање од овог начела). У законским текстовима који представљају српску правну баштину, још од првих кодификација кривичног поступка, понављање поступка било је изузетно допуштено, и то против кондемпнаторних и либераторних пресуда, на штету и у корист окривљеног. То су у ствари решења установљена по угледу на германско право из друге половине XIX века, тачније решења која из аустријског процесног законика од 1853. године најпре преузима Законик о поступку судском у кривичним делима Кнежевине Србије, донет 10. априла 1865. године. Уређење понављања поступка и у корист и на штету окривљеног задржано је у Законнику о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, донетом 16. фебруара 1929. године,³⁰ па и после Другог светског рата, у Законнику о кривичном поступку ФНРЈ из 1953. године,³¹ а потом и у Закону о кривичном поступку СФРЈ од 24. децембра 1976. године³². Законска решења о пресуди којом се оптужба одбија и понављању поступка остала су непромењена све до доношења процесног кодекса из 2001. године, када су измењена због уставних промена у овом домену.

После доношења Устава СРЈ забрана двоструке угрожености, како се овај принцип још означава, подигнута је на ранг уставног начела (чл. 28. УЈ)³³, па је у тумачењима уставне одредбе којом је установљена превладало гледиште да из уставне прокламације проистичу два захтева: (1) да је забрањено понављање кривичног поступка кад је окончан

³⁰ Одредбама §362. овог кодекса било је прописано понављање поступка у корист окривљеног на његов захтев, а одредбама §364 понављање поступка на штету окривљеног, на захтев државног или приватног тужиоца. (Види: М. Чубински, *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије*; Београд, 1933, стр. 628- 634.

³¹ Види члан 378. и 379. Законика о кривичном поступку из 1953. године („Сл. лист. ФНРЈ“ бр. 40/1953).

³² Види члан 402. и 403. Законика о кривичном поступку СФРЈ („Сл. лист СФРЈ“ бр. 4/1977).

³³ Одредба члана 28 Устава СРЈ гласила је: Нико не може бити поново осуђен ни кажњен за дело за које је поступак против њега правоснажно обустављен, или је оптужни акт против њега правоснажно одбијен, или је правоснажном одлуком ослобођен или осуђен“ („Сл. лист СРЈ“ бр. 1/1992).

правноснажном одлуком, не само мериторном већ и одређеном врстом процесних одлука (о обустави поступка или одбијању оптужбе) и (2) да се правноснажна судска одлука у поновљеном поступку не може изменити на штету окривљеног³⁴. На тим основама, Принцип *ne bis in idem* унет је у одредбе о основним начелима процесног кодекса из 2001. године (чл. 6. ЗКП). Због ширења забране понављања поступка и на правноснажне процесне одлуке и омогућавања понављања поступка само у корист окривљеног, биле су неминовне суштинске промене одредаба о обустави претходног кривичног поступка, о пресуди којом се оптужба одбија и самом понављању кривичног поступка.³⁵

И Устав Србије из 2006. године прокламује ову забрану али са посве измењеном формулацијом: „Нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку. Истим забранама подлеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело.“ (чл. 34. ст. 4. У). Из овакве уставне регулативе може се уочити неколико битних одлика по којима се она разликује од европских правних стандарда:

а) Нови Устав Србије задржава досадашњи обим важеће принципа *ne bis in idem* који је изван европских стандарда (установљених само за ослобађајућу и осуђујућу пресуду) пошто га распростире и на правноснажне процесне одлуке којима се дефинитивно окончава кривични поступак. Остало је нејасно зашто уставописци инсистирају на тако прешироко постављеној забрани кад се не да замислити ниједна процесна одлука којој треба дати снагу пресуђене ствари а да не буде сувишна или противречна самој правноснажности, изузев пресуде ко-

³⁴ Види: Др Станко Бејатовић, *Закон о кривичном поступку и Уставом загарантоване слободе и права грађана*, у: „Кривично законодавство и правна држава“, Београд, 1994, стр. 126.

³⁵ *Amplius*: Др Војислав Ђурђић, „Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина“, у: „Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина“, изд. Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001, стр. 157-161.

јом се оптужба одбија због одустанка тужиоца од оптужбе на главном претресу. Пропуштена је прилика да се уставном нормом принцип *ne bis in idem* веже само за мериторне одлуке, што би било у складу с европским стандардима, и тиме створи уставни основ да се процесним прописима поједноставе у приличној мери ископмликвана правила о окончању кривичног поступка из формалних разлога, пре и након одржаног главног пререса, па и о самом понављању поступка, и да се отклоне концепцијске недоследности везане за форму судских одлука после одржаног главног претреса. Овако, остаје као нужно да се у процесном законодавству задрже сва она законска решења која су изнуђена уставним распрострањањем начела *ne bis in idem* изван правноснажности мериторних одлука и на поједине процесне одлуке којима се дефинитивно окончава кривични поступак, са свим нелогичностима и противречностима које у себи носе.

Ради бољег разумевања изречене критике, указаћемо само на неке од њих. Кад су у питању разлози који по материјалном кривичном праву имају дејство трајних и неотклоњивих сметњи за кривично гоњење, сувишно је давати снагу пресуђене ствари одлукама о обустави поступка или одбијању оптужбе које се из тих разлога доносе, да би важила уставом гарантована забрана поновног суђења. Примера ради, амнестија, помиловање или застарелост су основи гашења кривичних санкција и они спречавају гоњење самим својим постојањем, па је сасвим непотребна правноснажна судска одлука о обустави поступка или одбијању оптужбе, која ће бити донета управо из тих разлога, да би се спречио нови поступак у истој кривичној ствари, сада због забране двоструке угрожености. Након настанка, ови разлози имају исто дејство и приликом првог покретања кривичног поступка и сваког следећег пута. Насупрот томе, према важећим процесним прописима изгледа као да суд приликом прве обуставе поступка треба да се позове на неки основ гашења кривичне санкције, а ако и следећег пута започне поступак у истој тој кривичној ствари (мада треба претпоставити да више неће бити покретан), треба да се позове на забрану двоструке угрожености. Намеће се питање чему она у овом случају треба да служи и како се њено одсуство надомешта у случајевима кад се поступак евен-

туално први пут покрене након настанка неке неотклоњиве сметње за кривично гоњење. Ствара се привид као да у наведеним случајевима забрана двоструке угрожености анулира дејство поменутих основа за гашење кривичних санкција. Због свега реченог, сасвим је непотребно да се принцип *ne bis in idem* везује и за правноснажне процесне одлуке о обустави поступка: и без тога, дакле, кад би ово начело важило само за мериторне одлуке, након правноснажне обуставе поступка због неке трајне и неотклоњиве сметње нови поступак не би био могућ у истој тој кривичној ствари управо због те сметње која је већ била основ за обуставу поступка.

Надаље, смисао везивања начела *ne bis in idem* за процесну пресуду још више је недокучив. У случајевима кад се доноси пресуда којом се оптужба одбија зато што је оптужени за исто дело већ правноснажно ослобођен или осуђен (чл. 354. ст. 1. тач. 2. ЗКП), распрострањавање забране двоструке угрожености и на ову одлуку противречи самој правноснажности пресуда, њеном смислу и циљу. Не спречава нови поступак против тог лица правна снага нове, процесне пресуде, већ правноснажност осуђујуће или ослобађајуће пресуде раније донете за исто дело. Чему онда треба да служи начело *ne bis in idem* у овом случају?

б) У самој уставној дефиницији забране двоструке угрожености посредно се установљавају ванредни правни лекови као генерално одступање од ове забране па *eo ipso* и од правноснажности судских одлука. Најпре се установљава Принцип *ne bis in idem*, а онда у истој одредби, и то у наставку реченице прописује „нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку“. На тај начин су у једну реченицу спојене три самосталне уставне гаранције: забрана двоструке угрожености, установа ванредних правних лекова као ограничење те забране и на крају, забрана да се правноснажна судска одлука измени на штету окривљеног (у поступку по правним лековима).

ц) Следећа одлика, као што је већ поменуто, имплиците је садржана у претходној: установљен је уставни принцип да се по ванредним правним лековима не може донети одлука на штету окривљеног. Гаранција се, сасвим исправно, односи само на садржину одлуке суда

ванредног правног лека не и на сврху изјављивања ванредних правних лекова. На основу употребљених израза и дикције уставне норме, њено право значење би било да је допуштено изјављивање ванредних правних лекова, да се могу изјавити и у корист и на штету окривљеног, да је забрањено да суд измени побијану одлуку на штету окривљеног и у случају кад је ванредни правни лек изјављен на његову штету. Колизација између захтева да је допуштено изјављивање правног лека на штету окривљеног и супротног захтева да судска одлука по том правном леку не може бити на његову штету решава се тзв. декларативним судским одлукама.

д) Обим важења забране двоструке угрожености далеко је шире постављен него што налажу европски стандарди. Уставом је гарантовано њено важење за сва кривична неправда, тј. за сва кажњива а не само за кривична дела. То значи да је забрана двоструке угрожености гарантована у прекршајном поступку и поступку по привредним преступима, под истим условима и са истим дејством као у кривичном поступку.

Уставом су предвиђена и одступања од забране двоструке угрожености. Поред оног случаја посредно предвиђеног кроз забрану измене судских одлука на штету окривљеног у поступку по ванредним правним лековима, експлиците су као допуштено одступање предвиђени случајеви понављања поступка: *“Изузетно, понављање поступка је допуштено у складу с казним прописима, ако се открију докази о новим чињеницама које су, да су биле познате у време суђења, могле битно да утичу на његов исход или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход”* (чл. 34. ст. 5. У). Због високог нивоа општости али и непрецизности цитиране уставне норме, нејасно је под којим условима и у ком обиму устав допушта понављање поступка.

Најпре, које значење има употребљени појам „изузетно“? Да ли се тим изразом прописује изузетак од правила да је забрањено поновно суђење или и изузетак од правила да одлука не може бити на штету окривљеног? Друкчије речено, да ли је понављање изузетно дозвољено (али само у корист окривљеног) или је изузетно допуштена и друкчија одлука (подразумева се на штету окривљеног) у односу на правило да

одлука у том поступку не може бити на штету окривљеног. Сви су изгледи да је другопоменуто тумачење исправније из више разлога.

У основној уставној одредби о начелу *ne bis in idem* није забрањено понављање на штету окривљеног већ само да се одлука *не може изменити на штету окривљеног* (у поступку по ванредном правном леку, што значи и у поступку понављања), па се покретање поступка на штету окривљеног не сме поистовећивати са одлуком на његову штету. Уз то, одредба о изузетку, о одступању од основног правила уобличена је у посебном ставу истог члана Устава, што употребљеном појму „изузетно“ даје значење да се односи на читаву садржину претходног става којим се прокламује забрана двоструке угрожености. За супротан закључак, да се израз „изузетно“ односи само на забрану поновног суђења, било би потребно утврдити да се тај израз односи на први део реченице а не и на целу реченицу којом је установљено правно правило, за шта се не може пронаћи ниједан аргумент или упориште ни у језичким правилима нити у било ком методу тумачења права. Да су то уставописци хтели, они би прецизирали да се изузетак односи само на забрану поновног суђења. Због тога би понављање поступка на штету окривљеног било допуштено и кад би то у претходном ставу овог члана било изричито забрањено. Упоредбени израз и смисао синтагме којом је статуиран изузетак такође имају значење да је допуштено понављање и на штету окривљеног, јер се изузетно допушта понављање поступка само под једним условом да је „у складу с казним прописима“, не каже се ни у корист ни на штету окривљеног, те је могуће обоје. Да се мислило искључиво на понављање у корист окривљеног, не би се за могуће основе понављања поступка апстрактно прописивало да ти „докази о новим чињеницама“ битно утичу или су могли утицати на његов исход, што значи да су или на штету или у корист окривљеног, већ би било прецизирано „да су могли да доведу до ослобођења од оптужбе осуђеног лица или до његове осуде по блажем кривичном закону“.

Значење и обим важења забране двоструке угрожености није могуће утврдити без довођења у везу са ратификованим међународним уговорима, међу којима је за нас најзначајнија Европска конвенција, на шта упућује и сам Устав: „Одредбе о људским и мањинским правима

тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, *сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права*, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.“ Тумачење сагласно правним стандардима садржаним у Европској конвенцији биће од нарочите користи кад је уставна регулатива непотпуна, или су уставне норме непрецизне, нејасне или међусобно противречне. Скоро је општеприхваћено схватање да Европска конвенција предвиђа изузетке од прокламоване забране двоструке угрожености и да допушта понављање поступка и у корист и на штету окривљеног.³⁶ Сагласно том тумачењу, треба сматрати да и уставне норме о одступањима од забране двоструке угрожености имају значење из којег произлази да је допуштено и понављање кривичног поступка на штету окривљеном.

Таквом гледишту могао би се упутити приговор да је до сада у позитивном праву било забрањено понављање на штету окривљеног, па би се његовим поновним увођењем могао довести у питање достигнути ниво гарантованих људских права, што према изричитој уставној заповести не би било дозвољено (чл. 20. ст. 2. У). Међутим, ову уставну заповест треба тумачити тако да се досегнути ниво људских права односи на објективно право, али на нивоу уставних принципа и општем плану, а не на појединости њиховог уређења нити на субјективна права. У противном, прешироко тумачена она би могла да спречи сваку иоле значајнију конституционалну или законску доградњу људских права. Полазећи од значаја самог права и обима његовог ограничења, одговор на питање да ли је смањен достигнути ниво људских права треба потражити, у тумачењу: који су то конститутивни елементи садржаја ранијег нивоа зајемченог права? да ли се предложеним изменама квалитативно задире у есенцију тог права? и да ли се свако сужење забране понављања поступка може сматрати као смањење већ достигнутог нивоа људских права?³⁷

³⁶ P. van Dijk / G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.*, Boston, 1990, 515

³⁷ Др Војислав Ђурђић, *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично процесно законодавство Србије и Црне Горе*, у: „Европска конвен-

Уколико се стане на становиште да то Устав допушта, има смисла омогућити понављање поступка на штету³⁸ окривљеног, али рестриктивно, по прецизно прописаним и ограниченим основима (нпр. због лажног доказа, или кривичног дела судије или јавног тужиоца или каквог другог службеног лица и сл.), с тим да се подношење захтева за понављање веже за разуман преклузивни рок, или са другим ограничењима. Прешироко постављени основи или изједначени са основима за понављање у корист окривљеног, довели би у питање суштину прокламоване забране поновног суђења после правноснажне кривичне судске одлуке. Примера ради, питање је да ли би као основ понављања на штету окривљеног требало предвидети нове чињенице или нове доказе који могу да доведу до осуде по строжем закону, без обзира колико је строжи, а да се као основ изостави пресуда заснована на лажном доказном средству. При утврђивању основа за понављање треба бити опрезан; мања је штета да изостане неки основ за понављање поступка него да се без посебног разлога умноже и тиме значајно сузе границе важења принципа *ne bis in idem*. За свођење ових законских основа у разумне границе као узор могу послужити она законодавства која познају понављање кривичног поступка на штету окривљеног.

Уставна одредба о изузецима од принципа *ne bis in idem* нејасно и непрецизно предвиђа разлоге за понављање поступка. Није јасно када је допуштено понављање, пошто се као разлог наводе само „нове чињенице“ али не и „новооткривене чињенице“. Наводе се и „битне повреде“, без означавања чега, претпоставља се битне повреде права, па остаје отворено питање да ли је реч о битним повредама одредаба кривичног поступка или битним повредама права уопште, без обзира да ли се ради о материјалним или процесним нормама. То би, теоријски гледано била новина: до сада је понављање поступка било могуће само

ција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе“, Београд, 2004, стр. 77. и 78.

³⁸ Детаљну анализу аргумената у прилог и против понављања на штету окривљеног види код: Др Станко Бејатовић, *Начело ne bis in idem у кривичном поступку*, у „Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства“, Београд, 1995, стр. 100-105.

због недостатака чињеничне природе а сада уставописци допуштају понављање поступка и због повреде права. Остаје да законописци спрече непромишљене теоријске вратоломије и сведу понављање поступка у реалне оквири. Битне повреде (права) могу послужити као уставни основ да се као разлог за понављање поступка пропише повреда основних људских права установљена одлуком Европског суда за људска права или одлуком Уставног суда по уставној жалби.

У процесном законикау је забрана поновног суђења предвиђена у одредбама о основним принципима кривичног поступка (у чл. 6. ЗКП), са формулацијом скоро истоветном уставној, али чини се мање прецизној. Стога, посматрано са становишта усклађености са уставним гаранцијама, није потребна њена измена. Целисходност измене ових законских одредаба произлази из посве других разлога.

Најпре, према смислу употребљене синтагме, основ за наступање законске забране понављања поступка после правноснажности судске одлуке чине два елемента која, због употребљеног везника „и“, као да морају кумулативно постојати. У закону се каже „да нико не може бити *гоњен и кажњен*“, што би значило да забрана не спречава да неко буде само „гоњен“ или само „кажњен“. У том погледу, уставна формулација далеко прецизније изражава значење забране двоструке угрожености.

Поред тога, у одредби процесног законика којом је забрана установљена као основни принцип кривичног поступка (чл. 6. ст. 1 ЗКП), нису експлиците предвиђени никакви изузеци од ове забране, већ они посредно произлазе из забране да се одлука измени на штету окривљеног (у поступку поводом ванредног правног лека). Због ове непрецизности, одредбе о понављању поступка³⁹ из члана 407. ст. 1. ЗКП, којим је забрањено понављање на шету окривљеног, у супротности су са одредбама о начелу забране двоструке угрожености из чл. 6. ст. 1, из два разлога: (а) у основној одредби којом је установљено принцип *ne bis in idem* није предвиђено никакво одступање, па би се могао стећи

³⁹ Опширније о понављању кривичног поступка види: Др Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш, 2006, стр. 177-189.; Др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2008, стр. 487-497.

утисак да по овој начелној одредби којом се установљава процесни принцип, понављање поступка уопште није могуће, и (б) основна одредба не забрањује покретање поступка по ванредним правним лековима на штету окривљеног, већ само забрањује да се побијана правноснажна одлука измени на штету окривљеног, што није исто. Овакво тумачење у потпуности је потврђено законским уређењем поступка по захтеву за заштиту законитости. Зато би законску одредбу којом је забрана установљена као процесни принцип требало допунити тако да забрана двоструке угрожености важи осим кад је то законом друкчије одређено, што треба и изричито прописати.

VI. Закључне напомене

У предстојећој реформи кривично процесно законодавство треба усагласити са уставним гаранцијама основних људских права, тумачећи их у циљу јачања заштите вредности демократског друшва и сагласно међународним правним стандардима, пре свега садржаним у Европској конвенцији и одлукама Европског суда за људска права. Непосредно усклађивање легислативног уређења процесних института и принципа са европским правним стандардима биће нужно кад год су уставна јемства непрецизна или противречна.

Систем правних лекова у нашем кривичном поступку кореспондира с европским правним стандардима о праву на правни лек, те у том правцу не треба очекивати неке значајније реформске захвате. Законодавне промене одредаба о правним лековима биће нужне у појединим сегментима у циљу њиховог усклађивања са новим законским решењима у материјалном праву, а могуће је и да се ограничи поступак касирања и обим примене појединих правних лекова у циљу повећања ефикасности кривичног поступка.

Обавеза да се процесни законик усклади са уставним принципима биће прилика да се још једном преиспита и догради законска концепција начела *ne bis in idem*, не искључујући ни могућност поновног увођења понављања поступка на штету окривљеног. Приликом процене криминалнополитичких разлога треба узети у обзир да погре-

шне и незаконите пресуде не морају бити резултат неактивности и комотног понашања државних органа, већ знатних тешкоћа у доказивању тешких облика криминалитета или понашања учесника поступка и самих државних органа које подлеже кривичној репресији, па стога евентуално прописивање понављања поступка на штету окривљеног треба свести управо у те уске границе.

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

EUROPEAN LEGAL STANDARDS ON THE RIGHT TO A LEGAL REMEDY IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Summary

In this paper, the author has analyzed the system of legal remedies in the Serbian criminal procedure and the conformity of the Serbian legislation with the European standards on the right to an effective legal remedy. The author's interpretation of the internal law covers the constitutional principles this fundamental human right is based on, as well as the statutory legislation on the legal remedies in criminal proceedings which is to assure the implementation of international legal standards. The essence of this interpretation is an evaluation as to what extent the national legal systems have implemented the guarantees of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms regarding the right to an effective remedy (as laid down in Article 13 of the Convention), the right of appeal in criminal matters, and the right not to be tried or punished twice for the same offence (as contained in Articles 2 and 4 of the Protocol No. 7). The subject matter of the author's particular consideration are the limitations to this right as laid down in the Convention. In that context, the author remarks that the Convention provides for the exclusion of appeal in the procedural situation when the acquittal has been reversed into a conviction. It is particularly in this situation, which is highly unfavorable for the defendant, that the right of appeal is most essential to the defendant. As for the extraordinary legal remedies, the author elaborates on the existing differences between the European legal standards and the constitutional proclamations on the prohibition of double jeopardy in the criminal proceedings. After the adoption of the new Serbian Constitution, there has been a recurrently asked question on whether the constitutional norms allow for the reiteration of the proceeding that may be at the detriment of the defendant, which is actually allowed under the provisions of the European Convention.

Key words: *criminal procedure, European legal standards, legal remedies, ne bis in idem, repetition of proceedings*

*Dr. sc. Berislav Pavišić, redoviti profesor,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*

UDK: 343.1(4)

*Dr. sc. Eduard Kunštek, izvanredni profesor,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*

TRANZICIJE EVROPSKIH KRIVIČNIH POSTUPAKA – s posebnim osvrtom na *actio civilis* –

Apstrakt:

U razvoju evropskih sistema krivičnih postupaka u drugoj polovini XX. stoljeća uočljivo je pet ključnih tendencija. Prva se sastoji u postojanosti, „otpornosti“ tradicionalnih procesnih struktura u zapadnoevropskim zemljama. U drugoj polovini XX. stoljeća svega su četiri zapadnoevropske zemlje donijele nove kodifikacije (Grčka, Portugal, Italija i Švicarska). Druga tendencija je stvaranje novog korpusa temeljnih prava čovjeka, posebno u okvirima krivičnog postupka. Taj korpus ima svoje polazište u nacionalnim ustavnim odredbama ali i u odredbama međunarodnih izvora prije svega u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Radi se o pojavi koja se uobičajeno označava kao „konstitucionalizacija“ krivičnog procesnog prava. Treća, je tendencija stvaranja zajedničkih evropskih pravila krivičnog postupka, koja iako fragmentarna, upućuju na budući smjer kretanja, koji možda neće biti isključiv u smislu unifikacije, ali će svakako postojati kao paralelno nastojanje u smislu približavanja, harmonizacije nacionalnih sistema, koji u stvarnom životu ima, a u budućnosti će još više imati posebnu važnost. Četvrta je tendencija postojanje naddržavnog pravosudnog nadzora koji ispituje zaštitu ljudskih prava u krivičnom postupku. To je prije svega uslijedilo ulaskom evropskih zemalja u članstvo Vijeća Evrope što je dovelo do proširenja nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava. Peta, za ovo razmatranje bitna, je tendencija donošenja novih pravila krivičnog postupka evropskih zemalja koje su

krajem XX. stoljeća prešle iz socijalističkog u kapitalistički društveni sistem. Radi se o promjenama pravila krivičnih postupaka u sistemima čak 25 evropskih zemalja koje se uobičajeno označavaju kao tranzicije krivičnih postupaka. Time se označavaju promjene u krivičnim postupcima provedene u okvirima širih društvenih promjena. Imajući u vidu da se radi o složenim, međusobno različitim procesima, obilježenim značajnim razlikama, pravilnije je govoriti o tranzicijama, nego tranziciji kao jedinstveno oblikovanom i sadržajno istovjetnom procesu.

Ključne riječi:

tranzicija, Evropa, krivični postupci, *actio civilis*

1. Krivični postupci u Evropi u početku XXI. stoljeća

Krivični postupak bitan je indikator položaja čovjeka u društvu. Uređenje pravila krivičnog postupka tijekom dugog razdoblja isključivo „nacionalnog karaktera“ krivičnog prava, je oduvijek uključivalo jaku političku komponentu. Nakon političkih promjena u nacionalnim državama u nekim su primjerima ostajale na snazi odredbe materijalnog krivičnog zakonodavstva, ali gotovo uvijek se mijenjalo krivično procesno pravo.¹ Krivično procesno pravo je u dugom razdoblju postojanja bilo obilježeno naglašenom crtom nacionalne isključivosti i visokim stupnjem ideologizacije. U povijesti je postalo simbol isključivog nacionalnog suvereniteta.²

¹ *La legislazione penale compulsiva*, (a cura di Gaetano Insolera), Padova, 2006, 27 i dalje.

² Tako je u EU, krivično procesno pravo jedno od područja koje „odoljeva“ integracijskim procesima. V. *Criminal Procedure in the European Community*, Ed. Christine Van Den Wyngaert, London, Brussels, Dublin, Edinburgh, 1993, Bez obzira na izvorno polazište da je EU „community of law without criminal law“ situacija je danas znatno drukčija. V. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006, 19–27. Posebnu važnost ima akademski projekt *Corpus Juris portant disposition pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne* (Delmas-Marty-Vervaele), Antwerpen, 2001. Za neposrednu budućnost usp. osobito : *The Hague Programme: Ten priorities for the next five years - The Partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice*, COM(2005) 184, 10 5 2005.

U razdoblju razvoja na kraju XX. i početkom XXI. stoljeća, krivično pravo je dobilo zajedničke komponente, sadržaje koji se smatraju standardnim. Krivični postupak je tako iznjedrio jamstva, koja bez obzira na posebnost uređenja, ima ispunjavati.³ U tom smislu se govori o internacionalizaciji i, što je ovdje posebno važno, evropeizaciji najvažnijih pravila krivičnog postupka.⁴ Promatrajući razvoj evropskih sistema krivičnih postupaka u drugoj polovini XX. stoljeća uočljivo je pet ključnih tendencija. One su različitim oblikom i intenzitetom uočljive u pretežnom broju evropskih zemalja.

Prva se sastoji u postojanosti, „otpornosti“ tradicionalnih procesnih struktura u vrlo razvijenim evropskim zemljama. U nekim od zapadnih zemalja tradicionalne demokracije i visokog stupnja razvijenosti još uvijek su na snazi izvori s kraja XIX. i početka XX. stoljeća, dakako s mnogim izmjenama i dopunama, koje ipak nemaju značenje strategijskih novosti.⁵ U drugoj polovini XX. stoljeća svega su četiri zapadnoevropske zemlje donijele nove kodifikacije.⁶

Druga je stvaranje novog korpusa temeljnih prava čovjeka, posebno u okvirima krivičnog postupka. Taj korpus ima svoje polazište u nacionalnim ustavnim odredbama, ali i u odredbama međunarodnih izvora prije

³ Usp. Pradel - Corstens, *Droit pénal européen*, Paris, 2002, 6 i dalje, zatim Pradel, *Droit pénal comparé*, 2e édition, Paris, 2002, 137, Casorla, *Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ?* u: *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, (Mélanges offerts à Jean Pradel), 72, Pavišić, *Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2008, 493. U području prava EU posebno valja imati u vidu: *Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in criminal Proceedings throughout the European Union* (Green Paper – COM(2003)75, 19 2 2003, *Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 6 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (OJ L.190, 18 07 2002). *European Evidence Warrant* COM(2003)688, 14 XI 2003.), *European Criminal Record* i dr.

⁴ Pradel – Corstens, *op. cit.* 25 – 35.

⁵ Za njemačke i španjolske izvore krivičnog postuka, usp. Pavišić, *op. cit.* 499 - 501.

⁶ To su (redosljedom prema vremenu donošenja): grčki *Kodikas Poinikis Dikonomias* iz 1950., portugalski *Código de Processo Penal* (aprobado por *Decreto-ley* núm. 78/87, de 17 II 1987), talijanski *Codice di procedura penale* iz 1988. (v. Talijanski kazneni postupak, Rijeka, 2002.) i najnoviji, švicarski *Code de procédure pénale / Strafprozesordnung / Codice di procedura penale* iz 2007., koji stupa na snagu 1. I 2010. Za probleme koji su nastali u protekla dva desetljeća primjene novih pravila u Italiji v. Illuminati, *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*. Washington University Global Studies Law Review, 2005.

svega u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁷ Radi se dakle o pojavi koja se uobičajeno označava kao „konstitucionalizacija“ krivičnog procesnog prava.

Treća, s tim povezana je tendencija stvaranja zajedničkih evropskih pravila krivičnog postupka, koja iako fragmentarna, ipak upućuju na budući smjer kretanja, koji možda neće biti isključiv u smislu unifikacije, ali će svakako postojati kao paralelno nastojanje u smislu približavanja, harmonizacije nacionalnih sistema, koji u stvarnom životu ima, a u budućnosti će još više imati posebnu važnost.

Četvrta je tendencija postojanje naddržavnog pravosudnog sistema koji ispituje zaštitu ljudskih prava u krivičnom postupku. To je prije svega uslijedilo ulaskom gotovo svih evropskih zemalja u članstvo Vijeća Evrope što je dovelo do proširenja nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava.⁸

Konačno, peta, za ovo razmatranje bitna, je tendencija donošenja novih pravila krivičnog postupka u vrlo značajnom broju evropskih zemalja. Tendencija izražena u promjenama sistema krivičnih postupaka evropskih zemalja koje su krajem XX. stoljeća prešle iz socijalističkog u kapitalistički društveni sistem. Radi se o promjenama pravila krivičnih postupaka u sistemima čak 25 evropskih zemalja koje se uobičajeno označavaju kao tranzicija krivičnih postupaka. Time se označavaju promjene u krivičnim postupcima provedene u okvirima širih društvenih promjena uvjetovanih prijelazom iz socijalističkog u kapitalističko društveno uređenje. Imajući u vidu da se radi o složenim, međusobno različitim procesima, obilježenim značajnim razlikama, pravilnije je govoriti o tranzicijama, nego tranziciji kao jedinstveno oblikovanom i sadržajno istovjetnom procesu.⁹

⁷ Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, op. cit.

⁸ Pavišić, *ibidem*, 39 i 40.

⁹ Cjelovit i sistematski prikaz procesa tranzicija krivičnih postupaka svih evropskih zemalja je izložen u knjigama Pavišić – Bertaccini, *Le altre procedure penali*, Torino, 2002. i *Transition of Criminal Procedure Systems* (Ed. Berislav Pavišić), Rijeka, 2004. U obje knjige su o pojedinom nacionalnom sistemu referate sastavili nacionalni stručnjaci. U knjizi *Le altre procedure penali* uvod je sastavio Glauco Giostra, a u knjizi *Transition of Criminal Procedure Systems*, Jean Pradel. U toj knjizi je i opširan pregled tijeka tranzicija evropskih krivičnih postupaka kojega je sastavio Berislav Pavišić.

2. Osnovne karakteristike procesa tranzicija evropskih krivičnih postupaka

a) Tranzicije krivičnih postupaka specifične su reforme tih pravila. Njih uvjetuje prije svega korjenita promjena društvenog sistema, promjena ustavnog uređenja, nove međunarodne obaveze i novi ekonomski odnosi. Tranzicija je u pojedinoj zemlji imala različit sadržaj i dubinu, kao i dinamiku provedbe. S obzirom na te razlike, ovdje se pojmom tranzicije krivičnog postupka uzima samo prva reforma nakon promjene ustavnih odredaba i prijelaza na demokratsko uređenje. U nekim je zemljama to bila cjelovita reforma, a u drugima tek prvi korak usklađivanja s novim ustavnim uređenjem iza kojega su slijedile, ili trebaju slijediti dublje reforme.

Tranzicije evropskih krivičnih postupaka su obuhvatile: a) dvadeset evropskih bivših socijalističkih zemalja, b) četiri sistema krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini, c) proširenje pravnog sistema Savezne Republike Njemačke na područje bivše Njemačke Demokratske Republike i d) privremeno uređenje kaznenog postupka Kosova.

Tranzicijske promjene su obuhvatile geografski teritorij koji je značajan dio evro-azijskog prostora.¹⁰ Odnose se na veći dio evropskog stanovništva.¹¹ Tranzicijske promjene uslijedile su u vrlo kratkom razdoblju. Prva tranzicijska promjena pravila krivičnog postupka utemeljena je na njemačkom *Einigungsvertrag* od 31. VIII. 1990.¹² Taj se ugovor odnosio na proširenje važenja prava SR Njemačke na područje dotadašnje DR Njemačke. Vremenski je razdoblje tranzicije krivičnih postupaka trajalo sve od 2004.¹³ Okolnost da je to razdoblje okončano izvorom koji je donesen od strane predstavnika međunarodne zajednice ukazuje na složenost odnosa u nekim od tranzicijskih zemalja. Vremenski tranzicije obuhvaćaju razdoblje koje je nešto manje od jednog i po desetljeća. Prema tim je značajkama, tranzicija evropskih sistema krivičnih postupaka, ne samo najobuhvatnija, masovna

¹⁰ Ako se ima u vidu Ruska Federacija, to je znatno preko polovine cjelokupnog evropskog teritorija.

¹¹ Broj stanovnika u evropskim tranzicijskim zemljama znatno nadmašuje broj stanovnika EU.

¹² Usp. Esser, u: *Transition*, 96 - 104

¹³ Dana 6. IV. 2004., stupio je na snagu Privremeni zakon o krivičnom postupku Kosova.

promjena pravila krivičnih postupaka u cjelokupnoj povijesti, nego i nesumnjivo jedna od najdinamičnijih. Naime, u razdoblju prelaska na socijalizam nakon II. svjetskog rata, trebalo je mnogo više vremena da svi kazneni postupci dobe svoj novi socijalistički profil. Ti su postupci u pojedinim zemljama mijenjani djelomično, većinom u odnosu na pravila prethodnog postupka, a cjelokupna promjena je u nekim zemljama uslijedila nakon dužeg razdoblja postojanja novog socijalističkog uređenja.

b) Sadržajno evropski tranzicijski procesi u području krivičnog postupka obilježeni su: a) usklađivanjem s Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksom primjene te konvencije od strane Evropskog suda za ljudska prava, b) diferenciranjem uređenja krivičnog postupka *ratione materiae*, prema vrsti i težini krivičnih djela, *ratione personae*, prema osobi okrivljenika ili žrtve, c) uvođenjem novih akuzatornih elemenata u postupak, d) reformom prethodnog postupka, e) promjenom položaja suda i državnog odvjetnika u prethodnom postupku, f) uvođenje ubrzanih i pojednostavljenih postupaka, g) uređenje mirenja, sporazumijevanja i okončanja postupka prije glavnog stadija, h) jačanje stranačkog položaja posebno težnja za postizanjem „jednakosti oružja“ u glavnom stadiju, i) uvođenje posebnih prava žrtve krivičnog djela, j) posebni način pribavljanja iskaza i zaštita ugroženih i ranjivih svjedoka u postupku.

c) U dinamičkom smislu tranzicijski procesi su se odvijali različito.¹⁴

¹⁴ Tranzicijski procesi provodili su se u zemljama koje su do pred kraj XX. stoljeća pripadale krugu zemalja realnog socijalizma ili su imale socijalističko uređenja koje je divergiralo od te blokovske sheme. Slom ekonomija (u odnosu na sadašnju svjetsku krizu objektivno, manji) i nasilna disgregacija nekih zemalja, pretvorio je značajan broj tih zemalja u drugorazredne međunarodne subjekte: takve kojima treba vanjska potpora i pomoć. U području krivičnog postupka takva je pomoć imale vrlo različite oblike. Najmoćnije tranzicijske zemlje provele su reforme krivičnog postupka same (Njemačka). U nekim drugim zemljama (npr. Ruska Federacija, Ukrajina, Poljska), respektirala se njihova objektivna moć i značaj s obzirom na ulogu u međunarodnim odnosima. Te zemlje su svoje reforme provodile uz potporu međunarodnih (ili točnije inostranih) subjekata koji su ravnopravno s domaćim stručnjacima razmatrali zadaće i okolnosti uvođenja novih pravila krivičnog postupka. U nekim, manjim zemljama, došlo je do recepcije inozemnog prava za koju teško da su postojali odgovarajući uvjeti (npr. preuzimanje talijanskog *Codice di procedura penale* u Republici Albaniji, v. *Le altre procedure penali*, 5). U nekim zemljama u kojima je došlo do oružanih sukoba inozemni eksperti su praktično sami stvarali točnije „nametali“ nove modele krivičnih postupaka (krivični postupak Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - v. Simo-

U nekim zemljama došlo je do proširenja važenja jednog sistema prava i nestanka dotadašnjeg (socijalističkog) sistema.¹⁵ U drugima je provedena prva reforma koja je imala za cilj ukidanje pojedinih ustanova tipičnih za socijalistički poredak i zamjena novim ustanovama, da bi se korjenite reforme provele u kasnijem razdoblju.¹⁶ Treće su zemlje prišle radikalnim reformama pri čemu su neke od njih prihvatile inozemne modele kaznenog postupka,¹⁷ a neke nastojale odmah izraditi novi sistem postupovnih pravila.¹⁸ U četvrtoj skupini su zemlje u kojima je kazneni postupak uređen pod snažnim utjecajem inozemnih, međunarodnih faktora.¹⁹ Konačno, ne smije se izgubiti iz vida da su u nekim zemljama prva nova pravila krivičnog postupka donesena u izvanrednim prilikama oružanih sukoba, dok je u drugima tranzicija provedena u mirnodopskim uvjetima.²⁰

vić u: *Le altre procedure penali*, 38). Konačno, u većini zemalja je bio prevladavajući utjecaj prava Vijeća Evrope izraženog u konvencijama, ali i u brojnim preporukama. Za pregled preporuka Vijeća Evrope koje se odnose na krivično pravo v. *Zakon o kaznenom postupku*, (priredio Berislav Pavišić), Rijeka, 2009, 857 – 860.

¹⁵ Politički utjecaj na doseg i tijek promjena je bio više nego očigledan. Tranzicija prava moćne i stabilne Njemačke protekla je kao sustavno objedinjenje prava proširenjem pravila kaznenog postupka SR Njemačke na cijelo područje zajedničke njemačke države (*Einigungsgesetz* 31. VIII. 1990.). Usp. Esser, *loc. cit.* Velike zemlje poput Ruske Federacije i Poljske, nove kodifikacijske cjeline uredile su same u okvirima reformi cjelokupnog prava. O njima se raspravljalo i u međunarodnim akademskim krugovima. Međutim, u turbulentnim prilikama u Bosni i Hercegovini i na Kosovu, utjecaj međunarodne zajednice na tijek i doseg, te sadržaj reformi, bio je mnogo jači. U Gruziji se zbog poznatih događaja tranzicija niti nije okončala.

¹⁶ Slovenija je donijela novi zakon 1994., Makedonija i Hrvatska 1997., Mađarska 1998. (L XIX/1998 – stupio na snagu 2003.), u Bosni i Hercegovini su novi, međusobno različiti izvori, doneseni u razdoblju od 1998. – 2003., Srbija (to vrijedi i za Crnu Goru), je novi Zakon o krivičnom postupku donijela 2001., Češka, Slovačka, Poljska i Rumunjska svoje su kaznene postupke uredile novim propisima koji su se znatno razlikovali od nekadašnjeg uređenja u doba socijalizma, koje je također imalo polazište u austrijskom zakonodavstvu. V. pojedinosti u nacionalnim referatima u: *Le altre*, te u: *Transition*.

¹⁷ To je slučaj s Republikom Albanijom koja je 1995. kazneni postupak uredila prema talijanskom *Codice di procedura penale*. V. *Le altre*, *op. cit.* 6.

¹⁸ Usp. nastojanja baltičkih zemalja u referatima Ginter, Meikališa, Strada-Rozenberga, Juzukonis i Jurka, u *Transition*, *op. cit.*

¹⁹ To općenito vrijedi za sve izvore krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini, ali i u drugim zemljama. Usp. referate Simović, Sijerčić-Čolić, Ilić, Bubalović u *Le altre*, *op. cit.*

²⁰ Prvi, tranzicijski hrvatski Zakon o kaznenom postupku je donesen 1997. nepunu godinu nakon reintegracije svih područja.

d) Ideološki, tranzicija krivičnog postupka je u svakoj bivšoj socijalističkoj zemlji sadržavala nastojanje da se raskine sa starim poretkom i uvedu nova pravila krivičnog postupka. Krivični postupak je bio dio šireg nastojanja reforme sistema krivičnog pravosuđa. Taj dio je posebno važan imajući u vidu da neposredno uređuje prava i slobode građana.

Ako se do krajnosti pojednostave polazišta uređenja krivičnog postupka onda su to prije svega *Osnove krivičnog zakonodavstva SSSR i saveznih republika iz 1958.*,²¹ koje su bile idejna (u nekim zemljama realnog socijalizma i više od toga), osnova uređenja krivičnog postupka. Neke druge zemlje su zadržale tradicionalne povijesne modele, ili točnije stvorile hibride tradicionalnog uređenja u kojega su bile uvedene nove ustanove socijalističkog prava. Konačno, bilo je i takvih uređenja koja su u razdoblju postojanja značajno mijenjala strukturu.²²

Tranzicija krivičnih postupaka je bila usmjerena na nastojanje da se izrazi nova ideologija krivičnog postupka kao sistema koji mora jamčiti „da nitko nedužan ne bude kriv, a da se krivcu izrekne primjerena kazna“.²³ U tom okviru u svim se novim tranzicijskim izvorima krivični postupak prije svega nastoji urediti kao pravični postupak koji odgovara članku 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To je izraženo u svim tranzicijskim reformama. Stupanj u kojemu pojedini sistem odgovara tom vrhunskom, osnovnom principu, postaje polazno mjerilo njegove vrijednosti. Krivični postupak time prestaje biti sredstvo zaštite društva od počinitelja kaznenih djela. Tu funkciju ima samo kazneni zakon.

e) Pravila krivičnog postupka su jedini okvir za utvrđivanje pretpostavki primjene krivičnog zakona. U tom smislu krivični postupak zadržava svoj instrumentalni, ancilarni značaj. Međutim, krivični postupak uređuje

²¹ Nakon sovjetskog zakonika iz 1922., donesene su 1958. Nove osnove sovjetskog kaznenog postupka, a najvažniji zakonski tekst nastao na tim osnovama je Zakonik o kaznenom postupku (*Уголовно-процессуальный кодекс*), RSFSR iz 1960. Prema tom su uzoru nastali mnogi drugi izvori ne samo u SSSR, nego i u drugim zemljama realnog socijalizma. Usp. Sidorova, u: *Transition*, op. cit. 260.

²² Primjer za to je Zakonik o krivičnom postupku Republike Poljske koji je je donesen 1997., ali je izmijenjen 2000. i 2003. V. Hofmanski – Kunštek, u: *Transition*, op. cit. 216.

²³ To je bio tekst prvog članka u svim jugoslavenskim izvorima pravila krivičnog postupka.

provođenje prava i dužnosti tijela državne vlasti, da utvrde je li građanin počinio krivično djelo, je li kriv, ima li uvjeta za primjenu krivičnih sankcija. U tom smislu ujedno je jamstvo građaninu da će se to razjašnjavati samo u krivičnom postupku. Krivični postupak je s obzirom na taj ključni cilj samostalne prirode, povezan i oslonjen na temeljna ljudska prava uređena ustavnim i međunarodnim propisima.²⁴ Osnovna je zadaća krivičnog postupka razjasniti je li građanin kriv, a tek podredno urediti primjenu ustanova krivičnog oprava.

Tranzicijski procesi imali su zadaću izraziti spomenute ciljeve. Ta je zadaća najsloženije pitanje, često prekriveno koprenom poteškoća tehničko-normativne naravi. Kao vrlo ozbiljna prepreka u uređenju postupka, koji će udovoljiti tim ciljevima, je socijalni mentalni sklop dobro poznat u bivšim socijalističkim zemljama. On je bio izražen time što se krivični postupak uzimao kao sredstvo zaštite društva od krivičnih djela, a to je u povijesti u neki slučajevima značilo političku instrumentalizaciju krivičnog postupka s teškim povredama ljudskih prava.²⁵ Tijekom tranzicijskih reformi krivični postupak je morao predvidjeti pravila prikladna za pojave suvremenog teškog kriminaliteta, diferenciranju cjelokupnog krivičnog prava i slično. To je svakako kušnja da se opredijeli za nekadašnji pristup „efikasnom“ krivičnom postupku. Kušnja koja nipošto nije, niti je bila svojstvena tranzicijskim zemljama. Toj kušnji su podlegle i najrazvijenije zemlje.²⁶

f) Tranzicijske reforme su provedene u državnim sistemima koji su se međusobno razlikovali s obzirom na formalne karakteristike uređenja. Postojale su tri složene socijalističke države: ČSFR, SFRJ i SSSR. Ostale zemlje su bile jednostavne države. U dvije socijalističke federalne države (ČSFR,

²⁴ Usp. Pavišić, *Novi*, 511 – 519.

²⁵ V. povijesni pregled političkih suđenja u socijalističkim zemljama Bartulovića i Vukasa, u: *Transition*, XXIV. – XXVIII. bilj 17.

²⁶ Primjer za to je prije svega u području materijalnog krivičnog prava. Socijalistički zakoni su npr. predviđali kao posebni oblik suučesništva organiziranje zločinačkog udruženja (članak 25. Krivičnog zakona FNRJ). U usporedbi s konceptom *conspiracy* u sustavima *common law*-a to je bio nesumnjivo znatno prihvatljiviji koncept bliži načelu zakonitosti. Međutim, propast socijalističkih sistema s jedne strane, a pojave organiziranog kriminaliteta s druge strane, dovele su do uvođenja brojnih instituta utemeljenih na konceptu *conspiracy*-a dok je ranije socijalističko uređenje *apriori* odbačeno iako je mnogo više usklađeno s načelom krivnje.

i SFRJ), krivični postupak je bio uređen saveznim propisom, dakle jedinstven za cijelo državno područje.²⁷ U trećoj socijalističkoj federaciji, SSSR-u, krajem njegova postojanja postojao je savezni izvor pravila krivičnog postupka, ali i odgovarajući izvori tih pravila u federalnim jedinicama.²⁸

Bivše socijalističke zemlje krivični postupak su, kao uostalom i zapadno-evropske zemlje, uređivale kodifikacijama i zakonima. U ČSFR je postojala formalna kodifikacija, u SFRJ je krivični postupak pretežno uređivao savezni propis, dok je u SSSR postojalo više izvora kaznenog postupka s naglašenom važnosti saveznog zakona. U pretežnom broju ostalih socijalističkih država kazneni postupak je bio kodificiran.

g) Promjene pravila krivičnih postupaka u okvirima tranzicije provedene su među prvim promjenama u pravnim sistemima novih demokratskih zemalja. U pravilu, pravna tranzicija je tekla tako da je najprije mijenjan ustav, zatim organizacijski propisi, a nakon toga pravila krivičnih postupaka kao jedna od prvih zadaća u donošenju novog zakonodavstva. Materijalno krivično pravo reformirano je, u pravilu, samo u dijelovima u kojima su bili predviđeni propisi posebno vezani uz socijalistički društveni porijekak.²⁹

h) Tranzicijske promjene evropskih krivičnih postupaka snažno su obilježene komponentom „evropeizacije“, koja obuhvaća tendencije približavanja, usklađivanja (harmoniziranja) krivičnih postupaka. Ta je komponenta izražena polaznim zahtjevom da sistem krivičnog postupka odgovara Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,³⁰ rješenjima u brojnim izvorima krivičnog prava Vijeća Evrope,³¹ te još brojnijim preporukama iz područja krivičnog prava iste asocijacije.³² Tranzicijske zemlje su te

²⁷ Za izvore u ČSFR v. referate Novakove, Vokouna, Matherna i Čečota u: *Le altre, op. cit.*

²⁸ V. Sidorova, u: *Transition, op. cit.* 259 i 260.

²⁹ To posebno vrijedi za propise koji su zaštićivali specifične političke vrijednosti, koje nisu bile utemeljene na ustavnim odredbama, nego na sistemu vrijednosti koji je obilježavao socijalističke sisteme, kao npr. neka kaznena djela protiv države, neprijateljska propaganda, pojačana zaštita državne ili društvene imovine i tome slično.

³⁰ V. Prothais, *Les principes d'un droit pénal humanitaire à vocation universelle*, u: *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, (Mélanges offerts à Jean Pradel), 153 – 160.

³¹ Usp. Pavišić, *Kazneno, op. cit.* 14 – 18.

³² V. bilj. 14. *in fine*.

zadace provele uvođenjem novih ili prilagodbom postojećih ustanova, odnosno posredno, uvođenjem ustanova iz drugih sistema ili po njihovom uzoru. U bivšim socijalističkim zemljama koje su u međuvremenu, postale članice Evropske Unije „evropeizacija“ pravila krivičnog postupka je naglašenija uslijed postojanja posebnih pravila koja su u recentnom razdoblju nastala u toj organizaciji evropskih država.³³

i) U manjem je broju zemalja bio izravno prisutan „izvan-evropski“ utjecaj.³⁴ On je uglavnom poticao iz djelovanja nevladinih udruga.³⁵ Te su zemlje radikalno izmijenile raniji kazneni postupak. To je u pravilu dovelo do značajnih poteškoća u praksi i zbog toga je iza prve slijedila druga reforma.

3. Strukturne promjene krivičnih postupaka

a) Za najvažnije strukturne promjene valja uvijek točno utvrditi s koje se perspektive promatraju novi sistemi. Polazna, „integralna“ perspektiva počiva na pitanju je li novi tranzicijski model iste strukture kao i raniji. Svi raniji socijalistički sistemi krivičnih postupaka pripadali su mješovitom evropskom kontinentalnom sistemu. U mnogima od njih bile su snažne inkvizitorne komponente. Novi tranzicijski sistemi znatno su bliži akuzatornom modelu. To se prije svega odnosi na položaj glavnih subjekata, ali i na raspored prava i dužnosti u postupku. Načelo akuzatornosti jedno je od najvažnijih i općeprisutnih načela u sistemima novih krivičnih postupaka, znatno prošireno u nekim slučajevima.³⁶

³³ V. bilj. 2. i 3.

³⁴ Na smije se izgubiti iz vida da se izvan Evrope krajem XX. stoljeća intenzivno istražuju modeli i nove strukture pravila krivičnog postupka. Kao primjer sistematskih nastojanja brojnih znanstvenika i stručnjaka može se spomenuti južno-američki *Codigo procesal penal modelo para Ibero-America* (v. *Codigo procesal penal modelo para Ibero-America / Zakonik o kaznenom postupku za Iberijsku Ameriku/Codice processuale penale modello per l'Iberoamerica*, Rijeka, 2005.).

³⁵ Posebno su intenzivno u tim nastojanjima sudjelovali ABA (American Bar Association), zatim više njemačkih zaklada i drugi.

³⁶ To slijedi iz većeg broja preporuka Vijeća Evrope. Akuzatornost je pojam koji ima različit sadržaj i opseg. Uobičajeno se shvaća u užem smislu odvajanja funkcije suđenja od

b) Karakteristika koja je naglašena u gotovo svim sistemima je opća, procesna kontradiktornost, kao obilježje koncepcijskog uređenja postupka.³⁷ Uočljiva je i druga njena komponenta: argumentativna ili kontradiktornost pojedinih radnji.³⁸ Ona se može smatrati evropskim standardom: činjenice se utvrđuju na temelju kontradiktorno izvedenih dokaza. Iznimke od toga su jednako tipične i na jednak, ili sličan način, ih uređuje većina evropskih zakonodavstava.³⁹

c) Nova karakteristika u strukturama evropskih krivičnih postupaka jesu promjene u sistemu krivičnog progona. Aktualni sistemi propisuju razne oblike konsensualnog okončanja postupka, mirenje, uvođenje oportuniteta umjesto legaliteta, sporazumijevanje stranaka tokom postupka, nagodba okrivljenika i žrtve i slično.⁴⁰

funkcije progona (*nemo iudex sine actore* – akuzatorno ili optužno načelo - *Anklageprinzip*), ili u tradicionalnom širem smislu razdvajanja tri postupovne funkcije: suđenja, optuživanja i obrane. No, to nužno ne mora biti uvjetovano jedno s drugim. (Pfeifer, *Strafprozessordnung. Kommentar*, 4. Aufl., München, 2002., 2; Kühne, *Strafprozessrecht, op. cit.* 133 i 134). Također se akuzatornost shvaća kao suprotnost inkvizitornom načelu (*ne eat iudex ex officio*). Kazneni progon se načelno može poduzimati na četiri načina. To je progon koji poduzima: 1) žrtva, 2) (bilo koji) građanin, 3) sud i 4) posebno državno tijelo (državni odvjetnik). Načelo akuzatornosti je propisano u evropskim nacionalnim izvorima prava. V. npr. članak 9. stavak 1. novog švicarskog federalnog zakonika (usp. literaturu navedenu u: *Rapporto esplicativo*, Bern, 2001., 35, bilj. 37) i članak 2. stavak 1. austrijskog StPO. Akuzatornost predmnijeva duboku promjenu pravne kulture i tradicionalnih shvaćanja (da se prije svega državni odvjetnici i odvjetnici osposobe u području kriminalističkog istraživanja, ali posebno u vještini usmenog zastupanja optužbe na raspravi koja uključuje niz, za sadašnje državne odvjetnike i odvjetnike novih znanja i vještina).

³⁷ Ona je sadržana u članku 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Imajući to u vidu polazište je uređenja u ustavima, ali također i u zakonodavstvu evropskih država. V. npr. Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Heidelberg, 1999., 7 – 9.

³⁸ Taj smisao kontradiktornosti je posebno izražen u glavnom stadiju krivičnog postupka. U mnogim novim postupcima u glavnom stadiju više nema metode pribavljanja iskaza integralnom, mješovitom metodom, nego se dokaz iskazom pribavlja metodom glavnog, unakrsnog i dopunskog ispitivanja. V. *Procedure penale d'Europa* (a cura di Delmas-Marty e Chiavario), Padova, 2001., 85 – 87.

³⁹ To su prije svega iskazi ranjivih i ugroženih svjedoka.

⁴⁰ Takvih je instituta u nekim zakonodavstvima velik broj. U tom smislu talijanski *Codice di procedura penale*, primjer je sistema koji predviđa velik broj takvih pojednostavljenih oblika (*il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudizio direttissimo, ili il giudizio immediato, il procedimento per decreto penale*).

d) Strukturnu važnost ima pojava diferenciranja postupaka. Ona se odvija kao vanjska i unutarnja. Vanjska se odnosi na izdvajanje određenih postupovnih cjelina i njihovo zasebno uređivanje *ratione materiae*,⁴¹ *ratione personae*,⁴² ili *ratione locii*.⁴³

Unutarnja se pojavljuje kao uređenje ubrzanih, ili pojednostavljenih, reduciranih procedura. To je važna karakteristika općih izvora kaznenog postupka koja je općenito vidljiva u svim, ne samo tranzicijskim, niti samo evropskim postupcima. Uglavnom se zasniva na tipičnim osnovama flagrantnog delikta,⁴⁴ težine krivičnog djela,⁴⁵ volje stranaka izražene eksplicitno ili konkludentnom radnjom,⁴⁶ njihovim osobinama⁴⁷ i slično. Tranzicijske procedure su u tom području vrlo slične sistemima krivičnih postupaka drugih evropskih zemalja.

e) Važno mjesto u novim pravilima su odredbe kojima se isključuje uporaba nezakonitih dokaza. Rjeđe su načelna pravila o tome koja se izravno oslanjaju na ustavne odredbe, a češća su pravila o isključenju pojedinih dokaza. U pravilu radi se o pravilima koja se odnose na određene načine pribavljanja dokaza.⁴⁸

⁴¹ Npr. posebna pravila o postupcima u predmetima organiziranog kriminaliteta.

⁴² Npr. posebna pravila o postupcima u maloljetničkim ili predmetima protiv vojnih osoba.

⁴³ Npr. posebna pravila o postupcima u predmetima krivičnih djela počinjenih na brodu i slično.

⁴⁴ Primjeri takvih pravila su posebne propisi o postupku u slučaju flagrantnog kaznenog djela koje predviđaju mnogi zakoni. V. npr. pravila o postupanju slučaju flagrantnog kaznenog djela (članak 350., 380. i dr. talijanskog *Codice di procedura penale*, ili članak 54., 70. i dr. francuskog *Code de procédure penale*).

⁴⁵ Posebna pravila se predviđaju za najteža (npr. katalog krivičnih djela za koja se mogu provoditi posebne dokazne radnje), ali i za najlakša krivična djela (npr. odredbe o izricanju naloga, sudske opomene i slično).

⁴⁶ To su npr. pravila o sporazumijevanju stranaka o krivnji i sankciji, odricanju ili odustajanju od prava kod kojih je to predviđeno i slično.

⁴⁷ Primjer su postupci prema maloljetnicima, osobama s duševnim smetnjama i slično.

⁴⁸ U novije vrijeme Skupina nezavisnih stručnjaka za ljudska prava iz zemalja Europske Unije (*E.U. Networks of Independent Experts on Fundamental Rights*), je provela analizu nacionalnih pravila o nezakonito pribavljenim dokazima u zemljama EU, čiji su rezultati objavljeni u *Opinion on the status on illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union (CFR-CDF, 30 XI 2003)*. U izvješću su analizirane zemlje podijeljene u manju skupinu A (7 zemalja), koja načelno ne isključuje uporabu do-

f) Važne promjene uočljive su također u razdiobi procesnih uloga. Procesne uloge se dosljedno razdvajaju, a uočljivo je nastojanje da se precizno omeđe i odrede.⁴⁹ Sud u novim postupcima postaje „treći“, neutralni subjekt koji ima zadaću voditi u središnjem stadiju krivični postupak i odlučiti o zahtjevu, ali uz osiguranje „jednakosti oružja“ u glavnom stadiju.⁵⁰ Takav je položaj suda moguć jedino ako pravo i dužnost prikupljanja podataka za podizanje optužnice preuzme tužitelj, a to je za kaznena djela za koja se progoni po službenoj dužnosti, u pravilu državni odvjetnik.

kaza pribavljenih kršenjem temeljnih prava i drugu veću skupinu zemalja B koja, upravo suprotno, načelno isključuje uporabu takvih dokaza. U uvodnoj analizi se upozorava na važnost evaluacijskog „balancing process“, u kojemu su komponente subjekt (državna vlast ili privatna osoba), narav i težina kršenja prava privatnosti, te narav i težina kaznenog djela. Evropski sud za ljudska prava je u presudi *Van Mechelen et al. v. the Netherland* iz 1997., te *P.G. and J.H. v. United Kingdom* iz 2003., naveo da nije njegova zadaća ocijeniti valjanost dokaza umjesto domaćeg suda. *Leading cases* ESLJP u tom pitanju su presude u predmetima *Schenk v. Switzerland* iz 1988. i *Khan v. United Kingdom* iz 2000. Presuda u predmetu *Khan v. United Kingdom*, upućuje na diferenciranje pojedinih slučajeva uporabe nezakonitog pribavljanja dokaza. Usp. također i presudu tog suda u predmetu *M.M. v. the Netherland*. Za ostale odluke v. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Evrope*, 97 – 109. V. još Krapac, *Opći prikaz nekih propisa ZKP o pravnom režimu nevaljalih dokaza i neformalnih izvora saznanja koje su prikupili organi unutrašnjih poslova*, Naša zakonitost, 7 - 10/1983. Članak 32. Portugalskog ustava zabranjuje uporabu dokaza pribavljenih nedopuštenim zahvatom u privatni život. Za Ujedinjeno Kraljevstvo v. s. 78/1 *Police and Criminal Evidence Act*. Takva ustavna odredba je različita od odredbe članka 69. Pravila o postupku i dokazima (*The Rules of Procedure and Evidence*), Rimskog statuta Stalnog međunarodnog kaznenog suda (*The Rome Statute of the International Criminal Court*). Taj članak predviđa da Sud ocjenjuje „... relevance or admissibility of any evidence taking into account the probative value of the evidence and any prejudice that such evidence may cause to a fair trial or to a fair evaluation of the testimony of a witness“. Dalje isti propis predviđa da dokaz pribavljen kršenjem pravila Rimskog statuta ili međunarodno priznatih prava, nije dopušten ako povreda navodi na „substantial doubt on the reliability of the evidence or the admission of the evidence would be antiethical to and would seriously damage the integrity of the proceedings“.

⁴⁹ Usp. *Procedure penale d'Europa, op. cit.*, 56. Znakovit je naslov odgovarajućeg dijela te knjige (*Il ruolo centrale del giudice*). V. preporuke R(94)12, (95)12, (00)19.

⁵⁰ Neki smatraju da je „jednakost oružja“ najvažnije među svim „prešutnim“ ili „neartikuliranim“ načelima iz članka 6. Europske konvencije. Usp. odluke ESLJP, u Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Evrope, op. cit.*, 101 i 102. V. Carić, *Pojam načela pravičnog postupka pred kaznenim sudom*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 2/2006, 55-73; Ivičević-Karas, *Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 4-5/2007, 761-788.

Posljedično, to dovodi do krupnih promjena u pravima i dužnostima tužitelja koji prije svega, postaje operativno tijelo, dolazi u drukčiji, hijerarhijski nadređeni položaj prema organima otkrivanja krivičnih djela i postaje *dominus litis* prethodnog postupka, a zatim u glavnom stadiju dolazi u položaj ravnopravne stranke s optuženikom.

Položaj okrivljenika je posebno, detaljnije uređen. Nastoji se posebno osigurati jamstvene komponente postupka koje osiguravaju dobru obranu.⁵¹ S druge strane, uvodi se vrlo opsežan katalog mjera kojima se privremeno zahvaća u prava i slobode okrivljenika.⁵²

Nov je položaj žrtve koja je sve do sada bila „*la grande oubliée*“ kaznenog postupka.⁵³ Taj položaj se mijenja u tri važne točke. U prvom redu razdvajaju se prava i dužnosti žrtve od prava i dužnosti oštećenika. Žrtva dolazi u položaj aktivnog sudionika postupka na strani tužitelja.⁵⁴ Konačno, nekim se kategorijama žrtve osigurava posebna postupovna zaštita i stručna potpora.⁵⁵

⁵¹ Načelo dobre obrane je istaknuto u mnogim odlukama Evropskog suda za ljudska prava. V. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Evrope, op. cit.* 103 – 110. Posebno mjesto ima pravo osobe protiv koje se poduzimaju radnje da odmah ima branitelja (u švicarskoj kodifikaciji je to *Anwalt der erste Stunde, l'avvocato de la première heure, l'avvocato della prima ora*).

⁵² U EU se posebno vodi o tome računa. Usp. *Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in criminal Proceedings throughout the European Union* (Green Paper – COM(2003)75, 19 2 2003. Istodobno valja podsjetiti na *Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 6 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (OJ L.190, 18 07 2002). Usp. Vandermeersch, *Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme*, *Revu de droit pénal et de la criminologie*, 3/2005., 219 – 239.

⁵³ Austrijski *StPO* prava žrtve uređuje razdvajajući prava koja ima žrtva od prava koja ostvaruje oštećenik. Ujedno se navodi katalog prava žrtve (članak 66. stavak 1. *StPO*). Razdvajanje žrtve i oštećenika je provedeno i u švicarskom federalnom zakoniku. Taj zakonik definira žrtvu u članku 116. stavak 1., u uskom smislu *qui passus est* („... *il danneggiato che a causa del reato è stato direttamente leso nella sua integrità fisica, sessuale o psichica.*“), a njen pravni položaj (*posizione giuridica*), uređuje u članku 117. Pravni položaj žrtve isti zakonik razdvaja od oštećenika (članak 115.) i privatnog tužitelja (članak 118.), koji je: „... *il danneggiato che dichiara espressamente di partecipare al procedimento penale con un'azione penale o civile.*“. Usp. preporuke Vijeća Evrope R(85)11, (87)21, (06)8 i dr.

⁵⁴ Usp. *The United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Powers* od 29 XI 1985 (A/Res./40/34). Prema toj deklaraciji žrtva ima: a) pravo da se prema njoj postupa s poštovanjem i uvažavanjem, (*the right to be treated with respect and recognition*); b) pravo da bude upoznata s pravom na odgovarajuću potporu, (*the right to be referred to adequate support services*); c) pravo dobivati obavijesti o predmetu (*the right*

4. Promjene u dinamici krivičnih postupaka

a) Dinamika krivičnih postupaka smatra se jednom od važnih karakteristika. Prije svega se zahtijeva da se krivični postupak okonča u razumnom roku, a ako su primijenjene određene mjere, u najkraćem roku. Novi tranzicijski krivični postupci sadrže o tome dvije vrste normi. Manji je broj tim ciljevima neposredno usmjerenih odredaba.⁵⁶ Mnogo je više odredaba koje posredno idu za osiguranjem tijeka postupka.⁵⁷

b) Unutar pojedinih postupaka predviđaju se mnogobrojni mehanizmi ubrzanja, pojednostavljenja, prečaci, „preskakanja.“⁵⁸ Neki su mehanizmi postali široko prihvaćen standard kojega s eventualnim lokalnim obilježjima u svoje postupke uvode i druge zemlje.⁵⁹

c) O dinamici postupka se posebno vodi računa u području lakšeg kriminaliteta. Postupovne formalnosti su ovdje mnogo blaže, odstupanja od

to receive information about the progress of the case); c) pravo sudjelovati u postupku i predlagati donošenje odluke (*the right to be present and give input to the decision-making*); d) pravo na stručnog savjetnika (*the right to counsel*); e) pravo na fizičku zaštitu i zaštitu privatnosti (*the right to protection of physical safety and privacy*); f) pravo na naknadu štete od počinitelja i države (*the right of compensation, from both the offender and the State*). Prvi su tu materiju zakonski uredili Novi Zeland (1963.) i Kalifornija (1965.). U kontinentalnim sustavima prve odredbe o žrtvi su uvedene u Njemačkoj 1976., Luxembourg 1984., Portugalu 1985. i Švicarskoj 1991. Usp. njemački *Opferschutzgesetz (OpferSchG)*, iz 1986. Posebnu važnost ima TAO (*Täter – Opfer Ausgleich*) u Austriji i Njemačkoj. U toj materiji je danas vrlo važan *Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleich* iz 1999. Posebni propisi u Italiji su brojni. V. *Legge 20 ottobre 1990, Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata*; *Decreto Legge 31 dicembre 1991, Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive*. U Kanadi je tijekom posljednjeg desetljeća proteklog stoljeća više država donijelo istoimene izvore: *Victim of Crimes Act*. V. još *Model Victim of Crime Act, American Bar Association, Home Office* je 1991. objavio *Victim Charter* koji je upućem sucima kao poziv da uvažavaju položaj žrtve. Usp. Bonfils, *La participation de la victime au procès pénal une action innommée*, u: *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, op. cit. 179–192.

⁵⁵ To su maloljetnici, posebno djeca, žrtve seksualnih kaznenih djela i druge osobe.

⁵⁶ To su npr. pravila koja izričito predviđaju dužnost postupanja u određenom roku, ili sankcije za postupovnu nedisciplinu.

⁵⁷ To su prije svega pravila o rokovima postupanja i slično.

⁵⁸ Primjeri za to su neposredno optuživanje, izricanje presude na temelju sporazuma stranaka i slično.

⁵⁹ To su npr. pravila o izricanju kaznenog naloga (*Strafbefehl*) ili sporazuma ne temelju priznanja krivnje (*plea bargaining, patteggiamento*).

nekih temeljnih prava moguća. Znatno je veći prostor određenja postupanja na temelju volje okrivljenika.⁶⁰

5. Promjene u nekim institutima

a) Tranzicijski krivični postupci donose niz novosti koje u ovakvom pregledu ograničenog opsega nije moguće ni spomenuti. Imajući u vidu to ograničenje, odabrano je deset instituta koji se u komparativnom pogledu u većem broju novih zakona uvedeni ili znatnije izmijenjeni. Osvrt na te institute prikladan je za ilustriranje opsega i dubine tranzicijskih promjena krivičnih postupaka. Analiza nekih drugih instituta poželjna je ali kao sastojak cjelovitog razmatranja pojedinog uređenja.

b) Načelne odredbe su u nekim slučajevima dopunjene izričitim predviđanjem prava i sloboda koje su najčešće zajamčene međunarodnim ugovorima i ustavom. Tu su posebno značajne odredbe nacionalnog zakonodavstva koje razrađuju temeljna jamstva kao što su pravo na pravični postupak, presumpcija nedužnosti, kontradiktornost, zakonitost dokaza, pravo na naknadu štete neosnovano uhapšenim ili neosnovano osuđenim osobama i druga prava.

c) Mjere prisile u krivičnom postupku su detaljno razrađene. Te su mjere opsegom i intenzitetom različite, a različito se uređuju u nacionalnim zakonodavstvima. Ipak, uređenje je u svim tranzicijskim postupcima obilježeno nekim zajedničkim karakteristikama. Tako npr. o mjerama koje uključuju lišenje slobode odlučuje sud, a isto vrijedi za neke druge mjere. Primjena je tih mjera podložna načelu razmjernosti, obvezatna je postupnost i ispitivanje postojanja osnova primjene po službenoj dužnosti.

d) Prethodni postupak je u mnogim sistemima pretrpio vrlo značajne izmjene. Prije svega je različito uređen u postupku za teža i lakša kaznena djela. U prvom slučaju se pojavljuje istraga kao formalno uređena cjelina u kojoj podatke za optužnicu zbog teških kaznenih djela prikuplja državni odvjetnik.⁶¹ Istrage za lakša krivična djela u pravilu nema ili nije obvezna.

⁶⁰ Tako npr. mogućnost vođenja rasprave u odsutnosti okrivljenika.

⁶¹ V. Pavišić, *Novi*, 556 – 561.

U prethodnom postupku znatno su detaljnije uređene dokazne radnje.⁶² U nekim slučajevima te se radnje uređuju prema kriteriju zahvata u prava osobe, a u drugim prema pojedinoj radnji i njenom dokaznom cilju. Posebnu pažnju zakonodavci posvećuju posebnim dokaznim radnjama, diferencirajući njihovo poduzimanje prema vrsti krivičnog djela i osobinama okrivljenika.

⁶² *Ibidem*, 561 – 572. Značajne novosti uređenja dokaza u europska zakonodavstva je 1988. unio talijanski zakonik. Dokaz je "... *la dimostrazione della sussistenza di fatti determinati, anche attraverso la dimostrazione dell'esistenza di altri fatti da cui si possa arguire l'esistenza dei fatti giuridicamente rilevanti che si intende provare.*" Prema članku 187. talijanskog zakonika, predmet dokaza su činjenice koje se odnose na predmet optužbe, kažnjivost, odmjeravanje kazne i sigurnosne mjere, zatim one o kojima ovisi primjena postupovnog pravila, a ako je konstituirana građanska stranka činjenice važne za imovinskopравни zahtjev. Tipologija dokaza u talijanskom kaznenom postupku obuhvaća materijalni, indicijalni, povijesni, atipični dokaz, te notorne činjenice i pravila iskustva. Isti izvor je uveo značajno razlikovanje dokaznog sredstva (*mezzo di prova*) i sredstva pribavljanja dokaza (*mezzo di ricerca della prova*). Dokazna sredstva su izvori iz kojih sud izravno utvrđuje činjenicu (*l'esame dei testimoni e delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziari, la perizia, i documenti*). Sredstva pribavljanja dokaza nisu sama za sebe osnova utvrđivanja činjenica, ali omogućavaju pribavljanje dokaznih predmeta (npr. to je pretraga). Važno je i razlikovanje dokaza (*prova*) i elementa dokaza (*elemento di prova*). Potonji se pribavlja tijekom prethodnog ispitivanja (*indagini preliminari*), ali postaje dokazom samo ako je izveden na raspravi, ili na dokaznom ročištu (*incidente probatorio*). Usp. *Talijanski kazneni postupak, op. cit.* 93 – 103. Kazneni postupci s posebnom pažnjom uređuju posebne dokazne radnje. Austrijska policija može poduzeti, prema vlastitoj odluci, optički i akustični nadzor u slučaju postojanja „*dringende Verdacht*“, otmice i protuzakonitog lišenja slobode (članak 136. stavak 1. austrijskog zakonika). Za sadržaje posebnih dokaznih radnji, austrijski zakonik zahtijeva odluku suda. Valja upozoriti da je u članku 104. tog zakonika još uvijek propisana mogućnost da sud *motu proprio*, poduzima istražne radnje. Drukčije toj materiji pristupa švicarski zakonik. On dijeli radnje (ili slučajeve radnji), u one koje poduzima policija (npr. DNA analiza prema članku 255. stavak 2.), nalaže državni odvjetnik (članak 253. stavak 1. - obdukcija), ili je to isključivo pravo suda (članak 257. DNA analiza izvan ranije spomenutog slučaja), odnosno, kad postoji alternativa za više subjekata (članak 260. - identifikacijski podaci). Svrnjivanje računalnih podataka u slučaju opasnosti od odgode prema članku 98.b stavak 2. njemačkog zakonika, može naložiti državni odvjetnik. Isto vrijedi za privremeno oduzimanje poštanskih pošiljaka (članak 100. stavak 1.), ali i za nadzor telekomunikacija (članak 100.b stavak 1.). Takav pristup ima i članak 267. stavak 2. i 3. talijanskog zakonika, u odnosu na nadzor telekomunikacija, time da konvalidaciju obavlja sudac prethodnog ispitivanja (članak 268. stavak 4. – 6.).

S posebnom pažnjom uređena je u značajnom djelu postupaka nova cjelina optuživanja.⁶³ Nestankom sudske istrage, što se može uzeti kao opća karakteristika novih postupaka, važnost sudskog ispitivanja optužnice, je bitno porasla. S obzirom na to, a po uzoru na sličnu cjelinu u sistemima *common law*-a, optuživanje je najvažniji „filter“ za prethodno razmatranje optužnog akta, a time ključno za pitanje materijala koji će biti razmatran na raspravi. U prethodnom postupku nekih krivičnih postupaka nov je institut dokaznog ročišta i pouke o pravima čime prethodni postupak postaje jamstvena pred-raspravna cjelina.⁶⁴

e) Sporazumijevanje o krivnji i sankciji, kao posebni oblik sporazumnog rješavanja predmeta izbjegavanjem rasprave, uređeno je u novim postupcima s posebnim obzirom na zaštitu prava okrivljenika ali i uz nastojanje da se dio predmeta riješi izvan rasprave.⁶⁵

⁶³ *Ibidem*, 573 – 575.

⁶⁴ Dokazno ročište (*l'incidente probatorio*), je uređeno u članku 392. – 404. talijanskog zakonika. To je radnja antecedentnog pribavljanja dokaza koji može biti upotrijebljen na raspravi. Čim prethodni postupak nije judicijaliziran, dokazno ročište postaje vrlo značajno. Pouka o pravima ili *informazione di garanzia* iz članka 369. talijanskog zakonika (kolektivno se označava kao *avviso di garanzia*). Konceptijski ima smisao kao Pismo o pravima (*Letter of Right's*) Europske Unije. Naime, Komisija Europskih Zajednica objavila je 19. veljače 2003. godine, nakon dvogodišnjih istraživanja COM(2003) 7519. 2. 2003 *final Green Paper from the Commission. Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union*, dakle, materijal koji smjera postizanju zajedničkih minimalnih standarda postupovnih jamstava okrivljenika, za kaznena djela u državama članicama. Svrha je objavljivanja osiguranje međusobnog povjerenja u pravosudne sustave raznih država, prije svega pouzdanjem u postupovna jamstva i poštenim suđenjem. U tim nastojanjima utvrđeno je pet zajedničkih standarda prikladnih za neodložnu primjenu (od svibnja 2004.). To su: a) pravo na obranu prije i tijekom suđenja, b) pravo na tumača i pravo prevođenja, c) upoznavanje osumnjičenika i okrivljenika s pravima koja ima (u koju svrhu se upoznavanje standardizira prema jedinstvenom modelu), d) osiguranje posebne zaštite ranjivim osumnjičenicima i okrivljenicima (poput maloljetnika i duševno bolesnih) i e) osiguranja konzularne pomoći inozemnim pritvorenicima. Pismo o pravima je pisana pouka okrivljeniku o tim pravima. Ona ima jedinstven sadržaj, sročena je jednostavno, jasno i određeno i prevedena na jezik koji okrivljenik razumije. Time se u «prostoru slobode, sigurnosti i pravičnosti», kakvim smjera biti Europska Unija, nastoji izjednačiti položaj osoba prema kojima se primjenjuje kazneno pravo. U istom smislu usp. članak 158. švicarskog zakonika.

⁶⁵ U suvremenim krivičnim postupcima teži se rješavanju slučaja prije rasprave, a ako do nje dolazi nastoji se da ona bude tako pripremljena da se provede brzo i u kontinuitetu.

f) Rasprava je u novim postupcima uređena prema modelu rasprave u sistemima *common law*-a. Posebno se to odnosi na dokazni postupak – središnji i najvažniji dio rasprave u kojemu se dokazi izvode na kontradiktorni način, a personalni dokazi prema uzoru na sisteme *common law*-a tj. postavljanjem glavnih, unakrsnih i dodatnih pitanja.

g) U novim je sistemima krivičnih postupaka više različitih oblika pojednostavljene i ubrzane procedure. Ti su postupci predviđeni za lakša krivična djela, ali i za neke slučajeve težih krivičnih djela pod posebnim zakonskim uvjetima.⁶⁶ Obilježava ih redukcija procesnih formi, uvjeti podnošenja nekih akata, prije svega optužnice, zatim postupanje na raspravi, te neke druge odredbe. Posebne skraćene forme postupanja predviđene su za izricanje nekih sankcija.⁶⁷

h) Područje u kojemu je manji broj novosti su pravni lijekovi. Zakonodavci nisu išli na radikalne reforme tog stadija postupka. Uglavnom su ostali na koncepcijama pluraliteta pravnih lijekova.⁶⁸ To je svakako područje koje će u bliskoj budućnosti morati biti podvrgnuto temeljitoj reformi. No ujednačavanje je u postojećim uvjetima teško očekivati.

6. Osvrt na *actio civilis* u tranzicijskim izvorima

a) Primjetno je kako se u tranzicijskim zemljama poboljšao položaj osoba koje su zbog počinjenja kaznenog djela pretrpjele kakvu materijalnu (imovinsku) ili nematerijalnu (neimovinsku) štetu, odnosno koje imaju kakav drugi građanskopravni zahtjev s time u vezi (predaja stvari, utvrđenje pravnog posla ništavim, poništenje pravnog posla, uspostava ranijeg posjedovnog stanja).⁶⁹ Pravo države da ostvaruje glavne ciljeve krivičnog prava i postupka nema više takvu prevagu nad pravom privatnopravnih osoba na zaštitu njihovih subjektivnih građanskih prava u adhezijskom postupku.

⁶⁶ Npr. u slučaju postizanja sporazuma okrivljenika i tužitelja.

⁶⁷ Npr. za izricanje kaznenog naloga.

⁶⁸ Na to jasno upućuju novija istraživanja. Usp. *Transition, op cit.* LIII.

⁶⁹ Za Albaniju, Bugarsku, Češku, Slovačku, Mađarsku i države nastale raspadom bivše SFRJ v. detaljnije u *Le altre procedure penali, op. cit.* Za druge europske tranzicijske zemlje v. *Transition op. cit.*

Međutim, sasvim je sigurno da će u ovoj procesnoj materiji biti potrebni dodatni legislativni zahvati kako bi se subjektivna građanska prava u adhezijskom postupku mogla štititi i u većem broju slučajeva i u većem opsegu.⁷⁰

b) U svezi s uvođenjem obveze krivičnog suda da odlučuje o imovinskopravnom zahtjevu, bilo da ga usvoji ili odbije u cijelosti ili djelomično, ne postoji opće usvojeno stajalište. Prema pravima nekih država takva obveza suda postoji uvijek,⁷¹ a u većini će slučajeva ona postojati samo ako vođenje adhezijskog postupka neće utjecati na znatno produljenje krivičnog postupka.⁷² Dakle, primjetno je kako se ciljevima kaznenog prava i postupka i dalje daje veće značenje nego zaštiti subjektivnih građanskih prava, premda ne u onom opsegu kako je to bilo u razdoblju prije tranzicijskih promjena.

c) S druge strane, valja primijetiti da u nekim državama sud može odlučivati o naknadi štete nastale počinjenjem krivičnog djela i bez postavljenog imovinskopavnog zahtjeva. Takva rješenja se na prvi pogled čine usmjerenim na bitno poboljšanje pravnog položaja oštećene osobe. Međutim, ipak bi im se moglo prigovoriti. Naime, ako odluka krivičnog suda ne bi bila procesna smetnja za ostvarivanje građankopavnog zahtjeva u civilnoj parnici (*res iudicata*), to bi otvorilo mogućnost da postoje dvije različite sudske odluke s učincima u istoj pravnoj stvari, što otvara brojne dvojbe u postupku njihova naknadnog prisilnog izvršenja. Ako bi odluka krivičnog suda pak onemogućavala oštećenika da naknadno vodi parnicu, onda bi se učinci pravomoćnosti odnosili i na osobu koja nije sudjelovala u postupku, što je izravna povreda članka 6.1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁷³ Dakle, postupanje *ex officio* i u jednom i u drugom slu-

⁷⁰ Opširnija razmatranja o položaju žrtve kaznenog dijela v. u Douglas E. Belof, *Victims in Criminal Procedure*, Durham, 1999.

⁷¹ Npr. bjeloruski krivični postupak, članak 149.

⁷² Tako predviđa i novo hrvatsko pravo. V. članak 153. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine, 152/08.).

⁷³ „*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.*“

čaju zapravo predstavlja odstupanje od općih pravnih načela. Stoga bi se takva legislativna rješenja ipak trebala izbjegavati.⁷⁴ U common law sistemima, koji u većini slučajeva omogućavaju tzv. class action, učinci sudskih odluka na osobe koje nisu sudjelovale u postupku dopuštaju se samo ako im je to ipak bilo omogućeno, uglavnom na način da im se ostavi rok za očitovanje kako ne žele biti stranka u postupku.

d) Dodatno, pod pretpostavkom da postoji obveza suda da o subjektivnim građanskim pravima odlučuje u krivičnom postupku, može se primijetiti kako ne postoji ujednačenost zakonodavnih rješenja u vezi s njegovim ovlaštenjem da odbije imovinskopravni zahtjev. U nekim državama ovaj zahtjev je moguće odbiti u cijelosti ili djelomično, što znači da će odluka u krivičnom postupku u tom dijelu imati učinak *res iudicata* i biti procesna smetnja za vođenje parničnog postupka između istih stranaka u povodu istoga zahtjeva.⁷⁵ U većem broju slučajeva sud ipak nije ovlašten odbiti imovinskopravni zahtjev nego samo oštećenika uputiti na parnicu.⁷⁶ Takvo rješenje katkad može biti nepraktično, posebno u onim slučajevima kad utvrđene činjenice nesumnjivo navode na zaključak da imovinskopravni zahtjev treba odbiti, jer se upućivanjem na parnicu nesumnjivo otvara mogućnost obijesnog parničenja parničnog postupka.

e) Načelno se može prigovoriti kako se u većini tranzicijskih država imovinskopravni zahtjev pretežito, pa čak i isključivo, uređuje u kontekstu prava na naknadu štete. Na taj način se krug zaštićenih subjektivnih građanskih prava unutar adhezijskog postupka bitno sužava, s obzirom da su neka od njih isključena iz nadležnosti suda *ratione materiae*. Ovo se može odnositi ne samo na neke deklaratorne i konstitutivne građanskopravne zahtjeve, već i na jedan broj onih zahtjeva koji su po svojoj pravnoj prirodi kondemnatorni (npr. uspostava ranijeg posjedovnog stanja). Izuzetak bi bila Hrvatska, jer je prilikom izrade njenog novog ZKP-a ova manjkavost ispravljena na način da se imovinskopravni zahtjev može odnositi na bilo kakav zahtjev kojega je moguće postaviti u parnici.⁷⁷

⁷⁴ Za rješenje prema kojemu bi odluka krivičnog suda bila procesna smetnja za vođenje parnice v. ono koje postoji u estonskom krivičnom postupku, § 42. *Transition op. cit.*, (Estonia), 42 et seq. Suprotna razmišljanja postoje u Latviji. *Ibidem*, 158.

⁷⁵ Npr. u latvijskom krivičnom postupku (članak 308.). *Ibidem* (Latvia), 159.

⁷⁶ Npr. u njemačkom krivičnom postupku (§ 297.). *Ibidem* (Germany), 112.

⁷⁷ Članak 153. stavak 2. tog zakona.

f) U jednom dijelu tranzicijskih država moguće je postaviti imovinskopravni zahtjev ne samo protiv okrivljenika, nego i protiv trećih osoba koje bi mogle biti građanskopravno odgovorne,⁷⁸ dok to u drugima nije predviđeno. Omogućavanje subjektivne kumulacije imovinskopravnog zahtjeva, odnosno uključivanje trećih građanskopravno odgovornih osoba u adhezijski postupak znatno poboljšava položaj oštećenika. To osobito u slučajevima kad se on proširuje na one osobe koje redovito raspolažu s imovinom koja će očigledno biti dostatna za namirenje oštećenika (osiguravajuća društva, poslodavac i sl.) u budućem postupku prisilnog izvršenja. Stoga valja očekivati kako će buduće zakonodavne novele u većoj mjeri usvajati takvo rješenje.

⁷⁸ Npr. u rumunjskom krivičnom postupku (članak 14.). *Transition, op. cit.* 247.

Prof. Berislav Pavišić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Rijeka

Prof. Eduard Kunštek, LL.D.

Associate Professor

Faculty of Law, University of Rijeka

TRANSITION OF EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES

The development of the European criminal procedure systems in the second part of the 20th century involved five key tendencies.

The first tendency is reflected in the persistence of the traditional procedural structures in the West-European countries. During the second part of 20th century, only four countries (Greece, Portugal, Italy and Switzerland) adopted new codifications.

The second tendency is evident in the creation of a new corpus of fundamental human rights, particularly in the field of criminal procedure. Its roots can be observed in the national constitutions as well as in the international conventions, primarily in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This phenomenon is usually noted as “the constitutionalization of criminal procedure law”.

The third tendency refers to the creation of common European principles and rules of criminal procedure which (though fragmentary) point to a possible direction for future developments which may not end up in a comprehensive unification but their existence will certainly represent at least an effort to bring together and harmonize the national legal systems, which in reality happens to be and will be of the utmost future importance.

The fourth tendency can be observed in establishing the supranational jurisdiction in judicial control, primarily aimed at reviewing the cases pertaining to the protection of human rights in criminal procedure. Thus, as a result of establishing the Council of Europe, the competences of the European Court for Human Rights were subsequently extended.

The fifth tendency, which is most relevant for current consideration, refers to the new criminal procedure rules in those European countries which transformed their social systems from socialism to capitalism at the end of the 20th century. Considering the fact that as many as twenty five European countries have introduced respective changes in their criminal procedure legislations, these changes are commonly referred to as the transition of criminal procedure systems. However, the changes in the criminal procedure systems have been part of a much wider and complex set of social changes. Given that the process of changing the criminal procedures has been observed as being significantly different and distinct from the overall social changes, it may be more appropriate to use the term “transitions” rather than “transition” which might be perceived as a uniformly shaped and contextually identical process.

Key words: *transition, Europe, Criminal proceedings, actio civilis*

*Др Никола Матовски, редовни професор
Правни факултет „Јустинијан Први”
Универзитет „Св. Кирило и Методије”, Скопје*

UDK: 343.13:341.231.14(497.7:4-672EU)

МЕЃУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ О КАЗНеноМ (КРИВИЧНОМ) ПОСТУПКУ

Апстракт:

У уводном делу аутор одређује појам међународних правних стандарда, како је он прихваћен у правној литератури.

Аутор се упушта у детаљну анализу десет међународних правних стандарда о кривичном поступку и то: праву на правично суђење (коме посвећује највећу пажњу); пресумпцију невиности; принципу *pop bis in idem*; праву на одбрану и браниоца; лишавању слободе; забрану тортуре и нечовечног поступања; праву апелације; убрзавању, поједностављењу и алтернативама кривичног поступка; извршавању пресуда; и поступку према малолетницима.

У последњем делу рада који носи наслов: „Европски стандарди и њихове перспективе“ аутор прогнозира да ће за једну до две декаде на свим подручјима материјалног и процесног кривичног права бити статуиране комплементарне европске норме и стандарди са вишим степеном обавезности.

Кључне речи:

кривични поступак, међународноправни стандарди, европски правни стандарди, право Републике Македоније

У правној литератури прихваћен је појам стандарда. Међународни правни стандард означава оно што припада праву *ex aequo et bono*, што се стабилизовало у својој елементарној правној форми, било као идеја, било као правна чињеница, што јесте, или би могло представљати, универзални минимум неког правног правила, независно од тога да ли је саставни део позитивног, унутрашњег или међународног права. Зато међународни правни стандард јесте правни појам, резултат сублимације правног искуства и знања, напредовања релацијске норме до начела (Beljanski, S, 2001: *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, стр. 10).

Према неким теоретичарима, међународним правним стандардом сматра се део међународног права, утврђен међународним документима и понављан у многим другим сличним међународним актима, универзалне, регионалне или националне природе, а који су прихваћени као доказ о светском важењу критеријума за процењивање правног система сваке државе, и као овлашћење за све друге државе и међународне организације да се мешају у туђе унутрашње односе, а да при томе не може да им се супротстави аргумент суверенитета (Dimitrijević, V, 1985: *Strahovlada*, Beograd, стр. 42; Dimitrijević, V – Paunović, M – Đerić, V, 1997: *Ljudska prava*, Beograd, стр. 68). Исти аутор је међународне правне стандарде везао за примену једног од извора међународног права, за општа начела која признају просвећени народи (Dimitrijević, V, 1997, стр. 68, 89).

У ширем смислу, међународни правни стандарди јесу скуп правних правила, прихваћених на нормативан, програмски и емпиријски начин, било од међународних организација, било од тела владиног или невладиног карактера, или од држава са респектабилним нивоом правне традиције и културе, од великог броја других држава, или од јуриспруденције и правне доктрине (Beljanski, S, 2001, стр. 12).

Према томе, када говоримо о међународним правним стандардима треба да се позивамо на важеће међународне акте и на праксу међународних установа, независно од тога да ли су све те установе ратификовале ове акте и да ли они потпадају под јурисдикцију таквих установа, као и на афирмисана правила унутрашњег права појединих држава и на истакнута схватања из јуриспруденције и правне доктрине.

Значи, код правног стандарда реч је о идентичности садржаја код различитости форме. Правни стандард најчешће је формулисан у виду опште правне норме, која јасно одређује циљ законодавца, а на коју треба да се надовежу допунске норме којима се обезбеђује њено поштовање. У исто време, правни стандарди су и регулативна правила и правни идеали, тј. норме о праву у настајању (*in statu nascendi*). Оне одређују каква треба да буде правна регулатива, тако да имају динамичну природу. Њихова функција је, прво, да моделирају право према одређеним правним идеалима и, друго, да поставе правац по коме треба да се креће законодавац у стварању, а и суд у примени права (Камбовски, В, 2005: *Правда и внатрешни работи на Европската унија*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, стр. 312).

1. Право на правично суђење

Право осумњиченог и окривљеног, које је предвиђено у Европској конвенцији (чл. 6) и у Повељи за основна права Европске уније (чл. 47), има првостепено значење (о правним стандардима процедуралне правичности шире – Калајдиев, Г, 2004: *Правична постапка* (докторска дисертација), Скопје, стр. 179). На основу права на правично и непристрасно суђење, формулирано је неколико процесних стандарда. Ово право сублимира процесне гаранције основних људских права и подразумева пуни респект права окривљеног од суда. Осим тога, право на правично (фер) суђење обезбеђује заштиту од арбитарног или екстра легалног поступања са извршиоцем кривичног дела, од вансудске егзекуције, и тако даље. На тај начин, право које тангира легалност поступака и процесних гаранција људских права представља веома важну баријеру од сурове репресије, и основу за развој неколико процесно-правних института, као што је право на одбрану, право на жалбу, право на суђење у „разумном року“, право на „једнакост оружја“ и тако даље. Ово право на правично (фер) и непристрасно суђење садржано је у важним међународним документима: Универзалној декларацији за људска права (чл. 10), Међународном пакту за грађанска и политичка права (чл. 14, ст. 1) и Европској конвенцији за заштиту људ-

ских права и основне слободе – ЕКЉП (чл. 6, ст. 1) - (Bassiouni, Ch, 1993/2: *Human Rights in the Context of Criminal Justice*, Reprinted from Duke Journal of Comparative and International Law, стр. 267).

Претпоставка за правично суђење, пред независним трибуналом, јесте поседовање „минималних“ права одбране окривљеног: права да одмах, на језику који разуме, буде обавештен о природи и основи оптужбе; права да има довољно времена и адекватне услове за припремање одбране; права на стручну помоћ браниоца према слободном избору; права на помоћ браниоца по службеној дужности, ако не може да сноси трошкове одбране; права на једнако уважавање исказа сведока оптужбе и одбране, као и права да добије преводиоца (интерпрета), ако не говори службени језик суда (чл. 6, ст. 3 ЕКЉП).

Последњих година право на правично суђење јавља се као стандард међународне регулативе, у условима екстрадиције. Тако, Модел конвенције за екстрадицију ОУН, усвојен на Осмом конгресу УН за превенцију криминала (Хавана, 1990. године), као претпоставку за изручивање, садржи изричит услов за правичност поступка, у држави која екстрадицију тражи. Такав се услов пробија и у савременом екстрадиционом праву, као и у билатералним уговорима.

У новијој процесној теорији, право на правично суђење подигнуто је на ранг принципа – начела – казненог (кривичног) поступка, од неких процесуалиста, као начела правичног поступка кривичног суда, односно као стожерно начело кривичнопроцесног права (Крас, D, 2000: *Kazнено procesno pravo*, Informator, Zagreb, стр. 83–94; Матовски, Н, 2003: *Казнено процесно право, Општи дел*, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, стр. 132–138).

Појам “правични процес” (fair trial) позајмљен је од англосаксонског права, а није дефинисан у Конвенцији (Piquerez, G, 2000: *Procédure pénale Suisse, Traité theoretique et pratique*, Schulthess, Zurich, стр. 186). Као правни стандард има своју историју у англоамеричком праву, у коме га судови тумаче на различите начине. У континенталном европском праву појам је разрађен у пракси Европске комисије, односно Европског суда за људска права, који га је поставио као надзаконско начело још 1970. године, у случају *Delcourt c/a Belgique*, и има зна-

чај за све државе чланице Савета Европе, које су потписале Конвенцију. Према овој пракси, питање правичности односи се на поступак у целини, на све његове делове, а не само на стадијум суђења, и оцењује се на основу двају типова критеријума: општих, од ширег опсега, који важе у сваком судском поступку, и посебних, који конкретизују опште критеријуме, у односу на специфичну природу кривичног поступка, као спора за примену казне на починиоца кривичног дела, којом му држава лимитира основна права у јавном интересу (Piquevez, G, 2000, стр. 187).

У том смислу, општи елементи појма “правичног поступка” били би следећи: право странака да присуствују радњама поступка и да буду саслушане пре доношења одлуке – *audiatur et altera pars*; право странке да може предузимати све радње, које може предузимати њен противник – тзв. једнакост оружја – без неоправдане дискриминације међу странкама; да судске одлуке не смеју бити засноване на незаконитим доказима, и да морају бити образложене.

Посебни елементи појма „правичног поступка“, које захтева пракса Европског суда за људска права, јесу следећи: претпоставка – пресумпција невиности окривљеног и посебне гаранције за његову одбрану.

2. Претпоставка – пресумпција невиности

Иако смо је претходно третирали као посебан елемент појма „правичног поступка“, пресумпција невиности, као најважнија пресумпција у кривичном праву, има карактер основног стандарда европског кривичног поступка и садржана је, не само у законским прописима (чл. 2, ст. 1 ЗКП Македоније; чл. 3, ст. 1 ЗКП Хрватске; чл. 3, ст. 1, ЗКП СФРЈ), већ и у уставним прописима (чл. 13, ст.1, Устава Македоније; чл. 28 Устава Хрватске; чл. 181, ст. 4. Устава СФРЈ), и у међународним прописима за људска права (чл. 11, ст. 1 Универзалне декларације; чл. 8, ст. 2 Америчке конвенције; чл. 21, ст. 3 Хашког трибунала за Југославију; чл. 14, ст. 2 МППП; чл. 6, ст. 2 ЕКЉП).

Обично се формулише изразом, да се лице оптужено за кривично дело сматра невиним, све док његова кривица не буде утврђена правоснажном судском одлуком (чл. 13, ст. 1 Устава Македоније; чл. 28 Устава Хрватске; чл. 181, ст. 4 Устава СФРЈ). Сматра се тековином цивилизованог друштва и правне државе. Њени историјски корени леже још у француској Декларацији за права човека и грађанина, из 1789. године, која је била донесена с циљем да се одстрани непотребно и грубо ограничавање људских права, као и тиранија државних органа према грађанима (Bayer, V, 1995: *Kazneno procesno pravo, odabrana poglavlja*, књига II, *Povijest kaznenog procesnog prava*, МУП. РН, Zagreb стр. 128 и слично)

Њено средиште представља идеја о „казнено-правној толеранцији“, на основу које осумњичени има право на независну и непристрасну правду, и на третман „као да је невин“, иако против њега постоји велики број доказа, као основ сумње да је крив, јер, иначе, поступак против њега не би могао почети (Da Silva, M, 1994: *Principles directeurs d'une procédure pénale européenne: La contribution des organs de la convention européenne des droit de l'homme*; *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. V – 2, The Hague – Boston – London, стр. 82).

Пресумпција невиности садржи два правила: о терету доказивања - *onus probandi* – и о расподели ризика недоказивости чињеница за кривично дело и кривицу.

Прво правило гласи, да окривљени, у принципу, није правно дужан да износи своју одбрану и да је доказује, тј. да терет доказивања носи тужилац, а супсидијерно и суд (Матовски, Н, 2003, стр. 265–267).

Друго правило распоређује ризик недоказивости чињеница за кривично дело и кривицу тако да расправни суд мора донети ослобађајућу пресуду, не само ако је потпуно убеђен у невиност окривљеног, већ и када није потпуно убеђен у његову кривицу, али ни у његову невиност, ако, на пример, при изрицању пресуде, остану неки докази и чињенице, који окривљеног терете, али недовољно (Крас, D, 2000, стр. 245).

Наиме, закон захтева доношење пресуде, којом се окривљени ослобађа између осталог и онда, када није доказано да је учинио дело за

које се оптужује (чл. 368, ст. 3 ЗКП Македоније; чл. 354, ст. 3 ЗКП Хрватске; чл. 350 ЗКП СФРЈ), при чему израз „није доказано“ треба читати, односно интерпретирати тако, као да „није потпуно утврђено“, односно *a fortiori*, није уопште утврђено, или је непотпуно утврђено.

Као што истичу неки теоретичари (Bauer, V, 1995, стр.192) код другог правила реч је о претпоставци невиности окривљеног: ако се на крају доказивања у потпуности не докаже супротно – кривица окривљеног – остаје оно што се пресумирало (његова невиност).

3. Non bis in idem (не два пута за исти случај)

Значај основног стандарда има и начело “non bis in idem” (лат. не два пута у истом случају). То је правни афоризам, који потиче из старих римских извора и изражава правило, да се против истог лица не може водити нови кривични поступак, за дело које је предмет правоснажне судске одлуке. Правило је последица тзв. материјалне правоснажности и представља негативну процесну претпоставку (процесну сметњу) за вођење новог поступка поводом истог предмета. Међутим, није увек лако утврдити идентитет дела. Некад су довољни тзв. натуралистички критеријуми (јединство места, времена и начина извршења), да би се утврдила истоветност дела у односу на правоснажну одлуку за дело, поводом којег се води поступак (Zlatarić, B, Damaska, M, 1966: *Riječnik Krivičnog prava*, Informator, Zagreb, стр. 174).

Начело се оправдава разлозима правичности и правне сигурности грађана, и у савремене уставе данас га уводе као једно од основних људских права (Грубач, М, 1995: *Кривично процесно право, књига права, Увод и процесни субјекти*, Култура, Центар маркетинг, Београд, стр. 134). Тако, у сагласности са Уставом Р. Македоније (чл. 14, ст. 2) „нико не може поново бити осуђен за дело за које је већ био осуђен и за које је донета правоснажна судска одлука“ (одредбу са идентичним садржајем има Устав Р. Хрватске (чл. 31, ст. 2). Сличне одредбе садрже Међународни пакт за грађанска и политичка права, из 1966. (чл. 14, ст. 7) и Протокол бр. 7 Европске конвенције за људска права. Обезбеђивање овога правила (принципа), прописима уставног и међународног

ранга, има двоструки значај: прво, да је установа материјалне правоснажности постала основно право човека и грађанина, које служи за заштиту окривљеног од прекомерног задирања државне власти у његова права и слободе, и друго, да материјална правоснажност представља својеврсну санкцију за непотпуно и немарно истраживање кривичних дела од државне власти. Наиме, ако се власт тако понаша у вези с неким кривичним предметом, она рескира да доношење ослобађајуће пресуде спречи даље истраживање и гоњење учиниоца кривичног дела, чак и ако његова кривица у међувремену постане очигледна (Roxin, С, 1998: *Strafverfahrensrecht*, 22 Auflage, München 1991; 25 Auflage, CH Beck, München, стр. 411).

Због тога, формално, правоснажна судска одлука, која представља мериторну одлуку, има негативну функцију, или својство, да спречава поновно суђење у оквиру истог кривичног предмета; она представља процесну сметњу (или негативну процесну претпоставку) за покретање новог кривичног поступка, поводом пресуђеног кривичног предмета, без обзира на то да ли је тај предмет решен правоснажном осуђујућом или ослобађајућом пресудом, или одлуком, којом се поступак обуставља због неке трајне процесне сметње (нпр. застарелост кривичног гоњења). Ово се својство правоснажне судске одлуке зове материјална правоснажност, и изражава се изреком *non (ne) bis in idem* (= *bis de eden re ne sit action*). Ако неко поново буде осуђен, и поред ове забране (процесуалне сметње), таква осуђујућа пресуда била би неправедна и, након жалбе била би преправљена у ослобађајућу пресуду (Крас, D, 2000, стр. 167).

Међутим, иако је ова забрана *non bis in idem* призната у националним системима казнене правде, њена примена на универзалном нивоу што значи: у случајевима екстрадиције, трансфера осуђених лица, суђења пред Међународним кривичним судом, и слично, детерминисана је рестриктивним ставом у односу на признавање и извршавање иностраних кривичних пресуда, односно чињеницом, да инострана кривична пресуда нема, или нема увек, дејство *res judicata*.

Овакав рестриктиван став, који задире у саму заштитну функцију овог начела, у односу на људска права и слободе, може се елими-

нисати развијањем нове форме међународне сарадње и интензивирањем праксе узајамног признавања и извршавања иностраних кривичних пресуда, укључујући трансфер осуђених лица, као форму извршавања иностраних кривичних пресуда (Камбовски, В, 2005, стр. 334).

4. Право на одбрану и браниоца

Право на одбрану спада у круг високо ранжираних грађанских права, после права на живот, на физички и психички интегритет, слободу, правни субјективитет, на једнакост пред законом и судом, и на приступ суду. Оно подразумева право окривљеног да се брани, сам, или уз стручну помоћ браниоца (Beljanski, S, 2001, стр. 92).

Значи, следећа група стандарда формирана је око права окривљеног (оптуженог) на одбрану, које одређује његов положај као субјекта и равноправне странке у кривичном поступку. У ужем смислу, то подразумева право окривљеног да се сам или помоћу браниоца, суочава са оптужбом, да предлаже доказе и да се користи правом на жалбу, и на остала правна средства у току поступка. Осим активне одбране, ово право обухвата и право окривљеног да се брани ћутањем, што је рефлекс пресумпције невиности. У том смислу, право на одбрану предвиђено је у Међународном пакту за грађанска (чл. 14, ст. 3) и политичка права, и у Европској конвенцији за грађанска и људска права (чл. 6).

Право на одбрану подразумева и бесплатну помоћ браниоца, по службеној дужности, у случајевима када окривљени нема материјалних средстава да сам обезбеди браниоца и када то траже интереси правде. Иначе, окривљени има право на браниоца у свим фазама поступка.

У непосредној и природној вези с правом на одбрану јесу и друга права, која гарантују равноправни положај окривљеног у поступку и омогућавају реализацију овог права. Тако, право на јавност, односно на јавно суђење, представља гаранцију, која штити окривљеног од тајног суђења и, у исто време, обезбеђује надзор јавности у вршењу судске функције – право које је изричито прописано у Универзалној декларацији за људска права (чл. 10), док Међународни пакт (чл. 14, ст.1) и Европска конвенција (чл. 6) прецизно регулишу изузетке од права на јавно суђење.

У оквиру права на одбрану и браниоца, свакога ко је окривљен за неко кривично дело, као минимални правни стандарди, припадају му следећа права:

- Право недискриминације – пред законом и судом странке су, укључујући и споредне процесне субјекте, равноправне. Искључена је било каква законска и фактичка дискриминација и странке у поступку имају једнака средства (Kobe, P, 1968: „*Ednakost orožja*“ и *kaznenom postupku in jugoslovensko kazneno procesno pravo*, Zbornik znanstvenih rasprav, Ljubljana, XXXIII, стр. 79, ff);

- Право на обавештеност – окривљени има право да, у најкраћем року, на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима окривљавања (оптужбе);

- Право на поуку о правима;

- Право да се брани сам;

- Право на ћутање – окривљени није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања и не сме бити приморан да сведочи против самог себе;

- Право на браниоца – минимална гаранција јесте, да окривљени има браниоца кога сам изабере, или да му се бранилац додели по службеној дужности, ако није у стању да га сам плати (чл. 14 МПГПП);

- Право на припрему одбране;

- Право на процесне партиципације (окривљени има право да му се суди у његовом присуству);

- Право равноправне процесне иницијативе;

- Забрана употребе недозвољених доказа;

- Слобода пледирања;

- Право на превођење;

- Право на апелацију (окривљени има право да улаже жалбу вишој судској инстанци, против пресуде којом је проглашен кривим);

- Non bis in idem и забрана понављања поступка (Beljanski, S, 2001, стр. 91–112).

Сва ова позната процесна права окривљеног предвиђена су у међународним документима о правима човека и у одлукама Европског суда о правима човека (опширније Матовски, Н, 1984: *Бранилац у кривичном поступку*, „Нова Југославија“, Врање).

5. Лишавање слободе и притвор

Стандарди у односу на лишавање слободе и притвор предмет су минуциозне међународне регулативе, која је концентрисана на право на заштиту од арбитрарног хапшења или притварања (Камбовски, В, 2005, стр. 345), а могло би се рећи да зачуђује концизност данашњих међународних аката. Ово право изричито је прописано у Универзалној декларацији за људска права (чл. 9), у Међународном пакту за грађанска и политичка права (чл. 9) и у Европској конвенцији (чл. 5). Међународни стандарди односе се на правне основе хапшења и притварања (ова термилошка дистинкција означава разлику између лишавања слободе, извршеног од полиције или других органа, и притварања на основу судске одлуке), на заштиту права притвореног лица и на трајање лишавања слободе, односно притвора.

У односу на правне основе, Европска конвенција (чл. 5, ст. 1, т. а-f) таксативно набраја случајеве законитог лишавања слободе: притвор на основу пресуде надлежног суда; лишавање слободе због неизвршавања законите судске одлуке, или због извршавања обавеза, прописаних у закону; хапшење или лишавање слободе, ради спречавања извршавања кривичног дела, или бекства после његовог извршавања; правно регулисано лишавање слободе малолетника; законско лишавање слободе лица, да би се спречило ширење заразних болести, затим душевно поремећених лица, алкохоличара, токсикомана и скитница; хапшење или лишавање слободе лица, да би се спречио илегалан улазак у земљу, или с циљем депортације или екстрадиције.

Лице ухапшено, или лишено слободе по било ком основу, поседује респектабилна права: да буде одмах, на језику који разуме, обавештено о разлозима његовог хапшења и о свакој оптужби против њега; право да без одлагања буде изведено пред надлежни суд, када је у питању оптужба за извршено кривично дело; право на жалбу и право на репарацију штете, због неоснованог лишавања слободе. Трајање притвора одређено је преко опште формулације за право на суђење у „разумном року“ (Da Salvia, М, 1994, стр. 91).

Генерална скупштина ОУН, усвојила је, 1998. године, корпус принципа за заштиту лица лишених слободе и ухапшених, у било којој форми који детаљно дефинише правни статус лица лишених слободе, кроз 39 принципа, који обухватају: заштиту основних људских права; забрану тортуре и нељудског поступања; доношење судске одлуке и судску контролу над лишавањем слободе; једнаку примену ових принципа на територији државе, без икакве дискриминације у односу на расу, боју коже, пол, итд; одвојено држање притвореника од осуђених лица; право на комуникацију; право на одбрану, и остала права.

Неки од ових принципа посебно одређују да се хапшење, или лишавање слободе (притвор) лица које је осумњичено за кривично дело, одређује се само ако постоје разлози за вођење кривичног поступка. Лице лишено слободе треба одмах после затварања да буде изведено пред суд, или други надлежни орган, који је дужан да одлучи о правној основи и неопходности хапшења. Нико не може бити задржан у притвору за време истраге, или суђења, без писане наредбе. Притвореном лицу мора се судити у разумном року, или оно мора бити ослобођено притвора за време суђења (Принципи, 36, 37, 38; *Compendium*, 1992: *Compendium of UN Standards and Norms in Criminal Justice*, New York, стр. 267; опширније Josipović, I, 1998: *Uhićenje i pritvor (Pravo o uhićenju i pritvoru и Kaznenom procesnom pravu*, Targa, Zagreb).

6. Забрана тортуре и нечовечног поступања

Забрану мучења (тортуре) изричито прописује ЕКЉП (чл. 3) – нико не сме бити изложен мучењу, нечовечном, или понижавајућем поступању или кажњавању. Забрана тортуре (мучења), или другог суровог, нехуманог или понижавајућег поступања, на међународном плану има свој одраз (рефлекс) у области кривичног процесног права. Најважнији је третман о недопуштености доказа, посебно признања и исказа сведока, који су прибављени применом тортуре (мучења), и другим видовима присиле. Међународна забрана употребе оваквих доказа, коју садржи Конвенција ОУН против тортуре (и другог свирепог, нехуманог и понижавајућег поступања или кажњавања), усвојена резолуци-

јом Генералне скупштине ОУН, 10. 12. 1984. године, а која је ступила на снагу, 26. јуна 1987. године) према којој је признање окривљеног валидно само ако је добијено без икакве присиле (чл. 15) – има посебан значај, због нејединственог става кривично-процесних законодавстава савремених држава, од којих, један део, признаје снагу доказа изведених на недозвољени начин, док други део законодавстава то изричито искључује.

Процесни закони држава, са овог подручја, прописују да је забрањено и кажњиво од окривљеног, или од неког другог лица које учествује у поступку, изнуђивати признање, или било какву другу изјаву (пример: чл. 10 ЗКП СФРЈ; чл. 10 ЗКП Македоније).

Први македонски ЗКП, из 1997. године, уводи значајну новост у режим доказних забрана – безусловну ексклузију правно невалидних доказа (брисањем чланова 84-86 из ЗКП СФРЈ), прописујући, у основним начелима, да се докази, прибављени на незаконит и недозвољен начин, или кршењем слобода и права утврђених уставом, законом и ратификованим меѓународним уговорима, као и докази који су произашли из њих, не могу користити и да се на њима не може заснивати судска одлука (чл. 15, ст. 2 - ЗКП Македоније, слично чл. 9, ст. 1 и 2 ЗКП Хрватске). На овај начин, настоји се добити комплетно чиста концепција у закону, према којој се, у кривичном поступку, као доказни материјал може употребити само онај материјал који је прибављен поштовањем основних процесних форми и гаранција за права грађана и од овлашћеног органа (Матовски, Н, 2001: *Системот на казнената постапка во Република Македонија*, Годишњак на Правниот факултет во Скопје, том XXXIX, 1999/2001, Скопје, стр. 235; 2005, стр.135).

Осим присиле, ова забрана употребе доказа, прибављених на недозвољени начин, покрива и недобровољна медицинска или друга научна испитивања (чл. 7 МПГПП), а у ширем смислу, кореспондира и са заштитом од самопријављивања и самооптуживања, као и са заштитом од незаконитог претреса или са повредом тајности општења (Bassioppi, Ch, 1993/2, стр. 269).

Окривљени мора бити сигуран да се против њега не могу користити докази прибављени на недозвољени начин, или докази на којима

се не може заснивати судска одлука. Комитет за људска права Савета Европе, сматра да свака држава мора законом прописати да ће докази, проистекли из изјава окривљеног (који је био приморан да што год призна, или да сведочи против себе самог), бити у потпуности одбачени. Насупрот овоме, постоји проблематичан став Европског суда, да прихватање незаконито прибављених доказа није начелно и генерално искључено, него да зависи од околности случаја (на пример, ако се приговара поступку тајног снимања, а не и веродостојности снимљеног материјала), и од оцене да ли је случај расправљен на правичан начин, без обзира на то да ли је реч о једином доказу, или о само једном од доказа против окривљеног (Beljanski, S, 2001, стр. 110).

7. Право апелације (жалбе)

Опште правило – стандард који је прихваћен у међународним документима (чл.14, ст. 5 МПГПП) јесте да окривљени има право да улаже жалбу вишој судској инстанци, против пресуде којом је проглашен кривим.

Тумачење Комитета за људска права упућује на закључак, да се то право односи на сва кривична дела.

Европска конвенција, општом одредбом, утврђује право на ефективан правни лек – да, „свако ко је осуђен за кривично дело од трибунала има право да његова осуда или казна буду разматране од вишег трибунала. Остваривање овог права, укључујући и његове основе, регулише се законом“ (чл. 2, ст. 2). Међутим, чланице Савета Европе, истом одредбом (чл. 4, ст. 2 из Протокола бр. 7), релативизовале су ово право и, упућујући на унутрашње законодавство, допустиле изузетке када је реч о делима мањег значаја, која су одређена законом, или када је случај осуђеника био размотрен од највишег суда, као од суда прве инстанце, или је он био осуђен након уложене жалбе против његовог ослобађања. Очигледно је да Протоколом бр. 7 Европске конвенције, у настојању да се јединственим решењем „покрију“ дивергентни правни системи, потпуно непотребно нарушена неприкосновеност права апелације и унета ја забуна у ову област (Beljanski, S, 2001, стр. 111). Може

се рећи да се процесна законодавства држава са подручја бивше СФРЈ, у том погледу, показују неупоредиво либералнијим, јер допуштају и жалбу на пресуду другостепеног суда, у случајевима за које Протокол бр. 7 не оставља могућност да жалба уопште буде допуштена (чл. 291 – ЗКП СФРЈ; чл. 402 – ЗКП Македоније; чл. 394 – ЗКП Хрватске). Према томе, право на жалбу, без изузетака, треба сматрати прихватљивим стандардом.

За жалбени поступак, по правилу, треба да важи начело „равноправности“. У највећем броју случајева, довољно је само присуство браниоца. Европски суд је оценио, да присуство окривљеног у поступку, поводом жалбе на осуђујућу пресуду, не представља апсолутно право (Monelli – Morris vs UK, 1987).

Другостепени или трећестепени поступак, који је инициран жалбом као редовним правним леком, осим тога, има за циљ да елиминисе одређене повреде закона, или да разјасни правно релевантне чињенице, а, између осталог, и да провери поштовање основних процесних гаранција, чија би повреда представљала битно нарушавање самог поступка.

8. Убрзавање, поједностављивање и алтернативе кривичног поступка

Експедитивност у суђењу јесте међународни правни стандард. Прокламована је, било као право окривљеног да му буде суђено без непотребног одуговлачења, било као право саслушавања и расправљања случаја у разумном року – чл. 14, ст. 1 Међународног пакта, чл. 6 Европске конвенције, чл. 8, ст. 1 Америчке конвенције, чл. 21, ст. 1 Статута Хашког трибунала за Југославију (Cigler, S, 1999: *Teze o ekonomičnosti krivičnog postupka*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, бр. 1–2/1999, стр. 3–13).

Савет Европе поседује читав систем инструмената из области казнене (кривичне) правде, у коме су инкорпорисани одређени стандарди, који се односе на убрзавање кривичног поступка, као што је „суђење у разумном року“, поједностављивање поступка и „скретање“ по-

ступка према другим облицима решавања казнено-правних предмета, као што су: медитација, компензација штете, и тако даље (Камбовски, В, 2005, стр. 347–348).

У том смислу, Препорука бр. Р (87)18 Комитета министара, из 1987. године (Recommendation R (87)18 du Conseil de l'Europe) о поједностављивању кривичне правде, садржи читав систем мера: проширивање примене начела опортунитета кривичног гоњења, односно сугерише се опште прихватање овог начела; скраћени поступак за минорна и масовна дела; вансудско договарање између надлежних, и осталих органа, као замена за гоњење; увођење једноставнијих поступака за масовна дела од малог значаја (саобраћајна, царинска, фискална), који се сведе на писано поступање, и без учешћа судија, или доношења одлука, као што је казнена наредба слична пресуди; поједностављивање редовног поступка, са ограничавањем претходне истраге само у појединим случајевима, према оцени суда, и са формализовањем радњи, предузетих у полицијској истрази, или са предузимањем допунске истраге, у фази главног претреса; доношење пресуде на основу признања окривљеног; скраћивање рокова код предузимања процесних радњи; одлучивање за минорна дела, у одсутности окривљеног, и доношење и саопштавање пресуда у стриктно одређеном року; достављање писаних одлука и позивница на најбржи начин, укључивање и достављање преко поште, као и на званичну адресу, коју је окривљени пријавио у првој фази поступка; ограничавање већа професионалних судија, у конкретним случајевима, и решавање предмета од судије – појединца; ограничавање поротног суђења само на одређене категорије тежих дела, и решавање одређених кривичних дела, као што је економски криминал, од специјализованих судија.

Препорука бр. Р (95)12 Комитета министара, из 1995. године (Recommendation R (95)12 du Conseil de l'Europe), у вези са управљањем казним (кривичним) правосуђем, упућује на примену савремених принципа управљања кривичним предметима и нових информацијских и сличних техника, као услова за ефикасно функционисање казнене правде. Стандарди из ове сфере односе се на кадровску и техничку повезаност судова, на форме сарадње међу судијама, стручним са-

ветницима и судском администрацијом, као и на управљање судским пресудама, базирано на прецизном разграничавању судских од административних функција и на растерећивању судија од непотребног администрирања.

Чињеница, да се у међународним правним актима суђење у разумном року сврстава у права окривљењог, и ставља у исти ред са правом на суђење пред независним и непристрасним судом, упућује на закључак, да превасходни циљ овог стандарда није осигурање јавног интереса правосудне ефикасности, већ поштеда окривљењог. Реч је о заштити окривљеног од могућности да се дуго трајање судског поступка, и његово непотребно одуговлачење, са свим негативним последицама – у које свакако треба уврстити психички притисак изазван неизвесношћу, угрожавање породичних и материјалних прилика, деградацију социјалног статуса и моралног интегритета – само по себи, претвори у својеврсну казну (Beljanski, S, 2001, стр.116).

Општи коментар Међународног пакта и пракса Европског суда, говоре о томе да се стандард о спречавању непотребног одуговлачења не односи само на време судског поступка, већ и на преткривични поступак, у који спада период од хапшења до привођења суду, нити се односи само на време до почетка суђења, већ и на трајање главног претреса и доношења одлуке, као и на поступак поводом правних лекова (Општи коментар 13, тачка 10; Европски суд : De Weer vs Belgium 1990; Eckle vs Germany – 1983).

9. Извршавање пресуда

Пенетенцијарно право сваке државе регулише извршавање кривично-правних санкција и базирано је на већем броју међународних стандарда, као што су: законитост, праведност и пропорционалност, индивидуализација, ресоцијализација, хуманост, забрана суровог, нељудског и понижавајућег поступања, забрана принудног рада.

Најважнији међународни документи, који садрже ове и неке друге стандарде, а који се морају споменути, јесу: Конвенција против тортуре ОУН, из 1988. године; Европска конвенција за спречавање тор-

туре (мучења) Савета Европе, из 1987. године са Протоколима 1 и 2; Корпус принципа о заштити свих лица која су под било којом формом притварања и хапшења (затварања), усвојених Резолуцијом Генералне скупштине ОУН, из 1988. године; Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима, усвојена на Првом конгресу ОУН за превенцију криминалитета, у Женеви, 1955. године; Основни принципи за поступање са затвореницима, усвојени од Генералне скупштине ОУН, 1990. године; Стандардна минимална правила о незатворским мерама (тзв. Токијска правила) ОУН, из 1990 године; Резолуција ОУН о међународној и регионалној сарадњи за управљање затвором и алтернативне санкције, усвојене на Осмом конгресу ОУН о превенцији криминалитета (Хавана, 1990. године); Европска затворска правила; Препорука Р (87)3 Комитета министара Савета Европе, из 1987. године; и Резолуција о практичној примени стандардних минималних правила за поступање са затвореницима, усвојена на IX Конгресу о превенцији криминалитета (Каиро, 1995. године).

Код примене наведених стандарда, који су стављени под контролу суда, посебну улогу има затворска управа, као и друга службена лица, која имају овлашћења у вези са третманом осуђених или притворених лица.

10. Поступак према малолетницима

Осим специфичних одредби у општим међународним актима, повећана брига међународне заједнице за малолетне делинквенте манифестује се кроз већи број посебних међународних аката, као што су: Стандардна минимална правила о малолетничком правосуђу – Пекиншка правила (усвојена Резолуцијом Генералне скупштине ОУН, 40/33, од 29. 11. 1985. године); Правила о заштити малолетника лишених слободe (усвојена Резолуцијом Генералне скупштине ОУН, 45/113, од 14. 12. 1990 године); Смернице Уједињених нација о превенцији малолетничке делинквенције (Ријадске смернице); а у ширем смислу и Конвенција о правима детета (усвојеним Резолуцијом Генералне скупштине, ОУН, А. 44/736, из 1989. године).

У оквиру стандарда, карактеристичних за посебни кривични поступак према малолетницима, постоји систем „специјалних“ права малолетника, као израз опредељења за посебну, повећану заштиту малолетних починилаца кривичних дела.

Од већег броја међународних аката, која садрже одредбе о правима малолетника, посебно издвајамо Стандардна минимална правила о малолетничком правосуђу („Пекиншка правила“), из 1985. године, која садрже минимум међународно прихваћених услова о третману малолетника који су у конфликту са законом. Нарочита пажња посвећена је процесним гаранцијама, као што су: хитност поступка, право на формалну одбрану, примена начела опортунитета и „скретање“ поступка, примена притвора (само као последњег средства), уз поштовање права притворених лица, и слично.

Нарочити значај има споменута Конвенција о правима детета, из 1989. године, којом се државе потписнице обавезују да обезбеде заштиту од тортуре и од осталог суровог и понижавајућег поступања или кажњавања, а затварање и притвор могу се користити само као последње средство, и са најкраћим могућим трајањем. Конвенција, с једне стране, реafirмише начело законитости, у односу на дефинисање кривичног дела, а с друге стране, изричито предвиђа следеће процесуалне гаранције: пресумпцију невиности; право на информисање и одбрану уз помоћ браниоца; право на фер и непристрасно суђење, пред компетентним, самосталним и независним органом или судом; право на ћутање и предлагање сведока у своју одбрану; право жалбе; право на преводиоца, и право на заштиту приватности, у свим фазама поступка (чл. 40 Конвенције).

Европски стандарди и њихова перспектива

Предмет наше анализе били су основни међународни (европски) стандарди у односу на окривљено лице у кривичном поступку, садржани у бројним документима ОУН, Европске уније и Савета Европе.

Њихова пенетрација у правне системе земаља чланица Савета Европе и Европске уније полази од доминације права у друштвеним

односима, као претпоставке за функционисање демократије и демократских институција, а то је неизбежан услов за оживотворавање универзалног концепта о људским слободама и правима и њиховој ефикасној заштити.

Савет Европе и Европска унија нису ангажовани само око стварања и промоције нових стандарда, већ и мониторинг примене усвојених стандарда на државе чланице, који омогућава контролу одређених солуција, уграђених у конвенције о људским правима, нарочито у Европску Конвенцију и њене протоколе, као и у друге инструменте. У оквиру једног сталног комитета Савета Европе почеле су припреме за операционализацију Европских конвенција из кривично-правне области, и њихово инкорпорисање у једну комплетну „конвенцију“, која би кодификовала садашње кривичноправне инструменте Савета Европе.

Наш селективни преглед стандарда (иако није свеобухватан – недостају неке конвенције и документи из правосудне области), даје довољно основа за следеће закључке: прво, у свим подручјима материјалног и процесног права (као и у систему правосудне правде и унутрашњих послова), поступно, најкасније за једну до две декаде, биће конституисане комплементарне европске норме и стандарди; и друго, степен њихове обавезности и ефикасности инструмената за њихову примену, уједно, закономерно се подиже на виши ниво. Њихова имплементација у националним законодавствима, као што је то случај, на пример, са Европском конвенцијом (ЕКЉП), већ данас представља основни услов за пријем држава у Савет Европе, Европску унију, и остале европске међународне интегративне организације (Камбовски, В, 2005, стр. 351).

Истовремено, постоји и интензивна активност у ОУН, у области људских права и кривичног правосуђа, тако да се свакодневно појављују нови међународни инструменти различитог типа – међународне конвенције, резолуције и препоруке, „правила“, „принципи“, „руководне смернице“ и „моделу уговора“ међународне сарадње. Разлика између ових инструмената јесте у степену њихове обавезности, и у контролним механизмима за њихову примену. Конвенције садрже норме, чијом имплементацијом државе потписнице испуњавају обавезу да их

уграде у своја национална законодавства. Механизми контроле обезбеђују примену преко специјално формираних тела (комитети, и слично), обавезног информисања од држава, непосредног увида и слично. Резолуције и остали документи, као „правила“, „принципи“, „смернице“, немају непосредан ефекат, већ представљају одређене стандарде, минимална правила, смернице, односно имају углавном политички значај. Међутим, у последњој декади, ови инструменти доживели су револуцију: од политичких, постали су правни документи, који садрже императивне или прохибитивне норме (на пример, Минимална правила за поступање са затвореницима). Нови инструмент у развоју међудржавне сарадње представљају „модел-уговори“, који регулишу билатералну сарадњу у области екстрадиције, узajмне помоћи у кривичној области, трансфера у кривичном поступку. Основна функција ових инструмената јесте имплементација одређених стандарда у билатералном договарању и прихватање унифицираних решења. На тај начин се поступно смањују разлике у кривичним законодавствима и унапређује се узајамна сарадња у спречавању криминалитета.

Библиографија

Bayer Vladimir, 1995: *Kazнено процесно право, odabrana poglavja, knjiga I, Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava*, MUP.RH, Zagreb.

Bayer Vladimir, 1995: *Kazнено процесно право, odabrana poglavja, knjiga II, Povijest kaznenog procesnog prava*, MUP.RH.Zagreb.

Bassiouni Cherif. 1993/2: *Human Rights in the Context of Criminal Justice, Reprinted from Duke Journal of Comparative and Internatiol Law*, 1993/2.

Beljanski Slobodan, 2001: *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beogradski centar za Ljudska prava, Beograd.

Бејатовић Станко, 1995: *Кривично процесно право - Општи део*, Култура, Београд.

Compendium. 1992; *Compendium of UN Standards and Norms in Criminal Justice*. New York.

Dimitrijević Vojin. 1985: *Strahovlada*, Beograd.

Dimitrijević V. Paunović M. u saradnji sa Đerić, V. 1997: *Ljudska prava*, Beograd.

Vasiljević Tihomir, 1981: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Savremena administracija, Beograd.

Грубач Момчило, 1995: *Кривично процесно право, књига прва Увод и процесни субјекти*, Култура, Центар Маркетинг, Београд.

Henkel Heinrich, 1968: *Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbruch, Zweite neubearbeitete auflage, W, Kohlhammer Verlag*. Stuttgart - Berlin - Koln - Mainz.

Instrumenti Saveta Evrope, 2000: *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd.

Josipović I, 1998: *Uhićenje i pritvor (Pravo o uhićenju i pritvor u Kaznenom procesnom pravu)*, Targa, Zagreb.

Камбовски Владо, 2005: *Правда и енатрешни работи на Европската унија*, Правни факултет "Јустинијан Први", Скопје.

Калаџијев Гордан, 2004: *Правична постапка*, докторска дисертација (ракопис), Правен факултет, Скопје.

Kobe Peter, 1968: *"Ednakost orozja" u kaznenskem postupku in jugoslovansko kaznensko procesno pravo, Zbornik znanstvenih rasprav*, Ljubljana XXXIII, 1968.

Крaпaс Davor, 2000: *Kazneno procesno pravo*, Informator, Zagreb.

Пaнтa Mаринa, 1979: *Кривичнa пoстaнкa нa СФРЈ*, Културa, Скопје.

Matovski Nikola, 1984: *Branilac u krivičnom postupku*, "Nova Jugoslavija", Vranje.

Мaтoвски Никoлa, 2003: *Казнeнo пpoцeснo пpaвo, Oпити дeл*, Пpaвeн фaкултeт „Јустинијaн Пpви“, Скопје.

Мaтoвски Никoлa, 2001: *Систeмoт нa кaзнeнaтa пoстaнкa вo Рeпyбликa Mакeдoнијa*, Гoдишник нa пpaвниoт фaкултeт вo Скопје, тoм XXXIX, 1999/2001, Скопје.

Picruerez Gerard, 2000: *Procedure penale suisse, Traite theoretique et pratique*, Schulthess, Zurich.

Roxin Claus, 1998: *Strafverfanrensrecht, 22 Auflage, Munchen 1991; 25 Auflage, CHBeck. Munchen, 1998.*

Da Salvia Michele, 1994; *Principies directeurs d'une procedure penale europeenne: La contribution des organs de la Convention europeenne des droit de l'homme; Collected Courses of the Academy of European Law, 1994, Vol.V - 2, The Hague - Boston - London.*

Zlatarić/Damaska. 1966: *Rječnik Krivičnog prava*, Informator, Zagreb.

Cigler S, 1999: *Teze o ekonomičnosti krivičnog postupka, Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1-2, 194, str. 3-13.

Prof. Nikola Matovski, LL.D.

Full Profescor

Faculty of Law “Justinian the First”

University “St Cyril and Methodius”, Skopje

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS IN CRIMINAL (PENAL) PROCEDURE

Summary

In the introductory part of this paper, the author defines the concept of international legal standards and discusses its general use in the legal literature.

The author further provides a detailed analysis of ten international legal standards in the criminal procedure, including: the right to a fair trial; the presumption of innocence; the principle non bis in idem; the right to an attorney and defense; apprehension, arrest and detention; the prohibition of torture and inhuman treatment; the right to appeal; summary and simplified proceedings, and alternatives of the criminal proceeding; execution of judgments, and proceedings against juvenile offenders.

In the final part of this paper subtitled “European standards and its perspectives”, the author predicts that every area of the substantive and procedural law will, in a decade or two, be regulated in compliance with the European rules and standards which would be more binding upon the member states.

Key words: *criminal procedure, international legal standards, European legal standards, Macedonian legislation*

Др Миодраг Н. Симовић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
и потпредсједник Уставног суда Босне и Херцеговине

UDK: 343.121.4: 341.231.14

Мр Владимир М. Симовић, стручни сарадник
Окружни суд у Бањој Луци

ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ПРАВО ОПТУЖЕНОГ НА ОДБРАНУ И НА ПОМОЋ АДВОКАТА

Апстракт:

Право оптуженог да се брани и да има правну помоћ (право одбране) је једно од минималних права или гаранција сваког оптуженог. Главни елементи овог права су у сржи права одбране као што је формулисано у члану 6 став 3(ц) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода: право да се брани лично, право на правну помоћ која се лично одабере и право на правну помоћ о трошку државе. Док прва два аспекта изгледају да су неограничена, трећи зависи од одређених услова. При томе, могуће је направити разлику између формалних и стварних аспеката права одбране. У стварном, суштинском смислу, сваки оптужени има право да одлучује у своју корист и да брани своје интересе, да предложи доказни материјал, да испита пристраност судија и вјеродостојност свједока, да одговори на оптужбу итд. Уз то, сви ови елементи се често појављују и у судској пракси, а то се нарочито односи на први од поменуте три гаранције – право на личну одбрану. Када говоримо о праву на одбрану у формалном смислу, мисли се на професионалну помоћ и услуге савјетника (адвоката) и у практичном смислу то је главна сврха члана 6 став 3(ц) Европске конвенције.

Кључне речи:

европски стандарди, оптужени, право на одбрану, адвокат

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (IC-CPR) уређује да свако ко је оптужен због кривичног дјела има право „у пуној једнакости најмање на ова јемства: ...(д) да му се суди у његовом присуству; да се брани лично или путем браниоца којег он сам бира; да буде информисан о свом праву да га има и да му буде додијељен бранилац по службеној дужности увијек када то траже интереси правде, и то бесплатно ако нема средстава да га плати“ у (члан 14 став 3). Члан 6 став 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ECHR) утврђује да „свако ко је оптужен за кривично дјело има сљедећа минимална права: ...(ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или да уколико не располаже средствима да плати браниоца, да га добије бесплатно када то налажу интереси правде“. Америчка конвенција о људским правима (ACHR) (члан 8 став 2) регулише да у току поступка свако лице има право, с пуном равноправношћу, на сљедеће минималне гаранције „...(д) право оптуженог да се брани лично или да му буде додијељена правна помоћ коју он сам бира и да комуницира слободно и у приватности са својим адвокатом; (е) неотуђиво право да му буде додијељена правна помоћ обезбијеђена од стране државе, плаћена или бесплатна, у зависности од закона одређене државе, у случају ако се оптужени не брани лично или не ангажује правну помоћ сам у временском року одређеном законом“.

Анализа ових докумената показује да само АНСР помиње право оптуженог да комуницира са адвокатом у приватности, односно на-само или „у четири ока“ (*privately*). Ипак, за разлику од других докумената, АНСР оставља да одговарајући закони држава уреде да ли ће правна помоћ бити плаћена. Реално гледано, ни остали документи не регулишу овај аспект, али ограничавају правну помоћ у оним случајевима у којима оптужени нема довољно новца да плати, елемент који не постоји у америчком документу¹. У овом смислу АСНСР би могла бити истакнута и по томе што објашњава да је правна помоћ коју даје даје

¹ Trechsel, Stefan: *Human Rights in Criminal Proceedings*, “Oxford University Press”, New York, 2005, стр. 243.

држава “неотуђиво право” (*inalienable right*), што може да имплицира да су друга права “отуђива”. Постоји јасна претпоставка да је овај израз чисто реторичког карактера². Међутим разлике у поменути документима су незнатне. У суштини, сва три документа гарантују право оптуженом да се брани лично, да користи правну помоћ одбране и да му помоћ буде обезбијеђена од стране државе – ако интереси правде (*interests of justice*) то захтијевају. Једина разлика је у бити та да АНСР не ограничава правну помоћ од стране државе у случајевима у којима то интереси правде захтијевају. Сврха је да оптужени има најбољу шансу за осигурање најповољнијег могућег резултата на крају поступка.

II. Поријекло гаранције права на одбрану

Право на правну помоћ је била врло дискутабилна тема још у припремама за доношење Универзалне декларација о људским правима (UDHR³) из 1947. године. Међутим, како је било много несугласица у смислу формулисања и нарочито о питању да ли да се усредреди на цивилно, криминално или да се примјењује у случајевима процеса објеврсте права, на крају је ово право било изостављено из документа: службено објашњено за то је било да је тако детаљан приступ био неподобан у контексту UDHR⁴. У поступку израде UDHR, на почетку, прве примједбе на давање правне помоћи нису биле специфичне. Касније су предложене рестрикције правне помоћи у случајевима у којима би адвокат требао бити постављен ако то интереси правде захтијевају. Затим, да би се правна помоћ давала бесплатно само у случају ако оптужени не би био у стању да плати трошкове и сл.⁵

² *Ibidem*.

³ Universal Declaration of Human Rights.

⁴ Weissbrodt, D.: The Right to a Fair Trials: Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights, The Hague, „Kluwer Law“, 2001, 12 et seq.

⁵ *Ibidem*, стр. 57.

III. Структура члана 6 став 3(ц) еchr

Право одбране, онако како је формулисано у члану 6 став 3(ц) ЕCHR, разликује се у енглеској и француској верзији документа. У француском документу су повезана друга и трећа гаранција са ријечи „et“ („and“, што значи „и“), дакле оне се надовезују, док у енглеском документу стоји ријеч „или“. У случају *Pakelli*, Европски суд за људска права (ЕСтHR) је јасно истакао да верзија француског документа боље објашњава значења које је изражено у Конвенцији.⁶ Ако би енглески документ био преведен у буквалном смислу, значило би да се има овлашћење да се својевољно одлучи које, од наведена три права, да се додјели у одређеном случају. То не би било право значење гаранције⁷.

У стварном, суштинском смислу, теорија може изгледати веома банална и сваки оптужени има право да одлучује у своју корист и да брани своје интересе, да предложи доказни материјал, да испита пристраност судија, да испита вјеродостојност свједока, да одговори на оптужбу итд⁸. Уз то, сви ови елементи се често појављују и у судској пракси (*case-law*), а то се нарочито односи на први од поменуте три гаранције – право на личну одбрану (*the right to defend oneself*)⁹. Исто тако, они се слажу и са правом оптуженог, како је дефинисано у француском правном систему (*les droits de la défense*), које укључује право да се има довољно времена и могућности за припрему одбране, право да се позову и испитају свједоци, право на асистенцију преводиоца у случају кад је то потребно, итд. Када говоримо о праву на одбрану у формалном смислу, мисли се на професионалну помоћ и услуге савјетника (адвоката) и у практичном смислу то је главна сврха члана 6 став 3(ц)¹⁰.

⁶ *Pakelli v Germany*, § 31.

⁷ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 244.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Vidi npr. Hauser, R. and Schweri, E.: *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Sth. edn, Basel, „Helbing und Lichtenhahn“, 2002, 146.

¹⁰ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 244.

1. Сврха права на одбрану

Сврха права на одбрану у суштинском смислу је очигледна. У формалном смислу, међутим, сврха права на одбрану је комплекснија¹¹ и укључује четири различита аспекта, мада они сви нису призната од стране ЕСтHR.

Први аспект је најјаснији и могао би се назвати и технички аспект: правна помоћ (адвокат) пружа оптуженом техничке савјете, који су неопходни да омогуће да користи повластице из кривичног поступка, укључујући фундаментална права гарантована уставом или међународним правом. Помоћ савјетника је кључ који отвара права свим правима одбране у суштинском смислу термина¹².

Пропуст да се дјелује одлучно и у одговарајућој фази поступка, може довести до дефинитивног губитка права. Погрешна одлука би могла узроковати ненаднокадиву штету. Зато је потребно поуздано знање закона и судске праксе. По правилу, оптужени неће бити у стању да направи добру процјену, а тешка ситуација у којој се налази постаје још сложенија кад се узме у обзир чињеница да се оптужени гони од стране стручњака за кривични поступак (полиција, овлашћени истражиоци и тужиоци). Наравно, постоји принцип „једнакости оружја“. Међутим, чак и у случајевима гдје, што је прилично уобичајено у континенталној Европи, гдје закон захтијева од стране овлашћених истражиоца и тужиоца да буду неутрални и да поштују или чак истакну права и интересе одбране, у пракси је показано да је професионална помоћ адвоката у сваком случају неопходна¹³. Један аспект који не смије бити занемарен јесте способност адвоката да надгледа и контролише активности истражних органа: његово знање је потребно и да би се констатовало да ли је оптужени третиран исправно и да ли се поштују правила кривичне процедуре.

Други аспект се односи на „психолошке“ елементе гаранције. Треба подсјетити да заиста у пракси постоје релативно једноставнији

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

случајеви, који не захтијевају професионално знање правних предмета. С друге стране, постоји могућност да је адвокат оптуженог чак и специјалиста кривичног права и поступка и тада неће бити потребна техничка помоћ. Али, оптужени би некад и у тим случајевима могао имати јак интерес за професионалну помоћ. Опасност од такве ситуације (у којој постоји прекомјерно интересовање за неки случај) је у губитку објективности. Резултат би могао бити да генерално одговорне и добро контролисане особе губе свој капацитет за рационалну анализу и схватање посљедица њихових акција прије него што сами себе емоционално уплету у расправу¹⁴. С друге стране, распрострањено је мишљење да онај „који сам себе брани, за савјетника има будалу“¹⁵.

Ипак, у суђењу *Melin*, ЕСтHR изгледа није имао на уму овај принцип када је објавио апликацију адвоката који је бранио сам себе и није употребио ниједну могућност којом је располагао за добијање копије образложене пресуде против њега или неке прецизне информације, и то све до дана разматрања његовог случаја, прије него је касациони суд укинуо пресуду, утврдивши да је неоснована¹⁶. У случају *Fransquesa Freixas v. Spain* адвокат је изабрао да не брани сам себе. Он се није слагао са адвокатом за којег је осјећао да је био специјалиста за радно право и због тога некомпетентан да ради за њега у његовом кривичном случају. ЕСтHR је констатовао, у одсутности вјеродостојних разлога, да је адвокат у ствари био неспособан и гледајући чињенице да је адвокат могао сам себе заступати, да није било „никаквог насиља над прописима“.

Трећа сврха права одбране је „хуманитарни“ аспект. Чак и сама чињеница о умијешаности у кривични поступак ће, по правилу, бити извор великог стреса за све оптужене. Унаточ различитим правима на информације, увијек ће чешћи бити осјећај једнак оном који је *Franz Kafka* тако тачно описао у свом познатом роману „Процес“ („*The Trial*“)¹⁷. Такав осјећај подједнако вриједи и кад је оптужени пуштен на

¹⁴ *Ibidem*, стр. 245 и 246.

¹⁵ Ове ријечи је изговорио *Charman*, кривац који је био оптужен за убиство, осуђен на смрт и погубљен.

¹⁶ *Melin v France*, § 24.

¹⁷ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 246.

условни отпуст, јер, по правилу, има проблеме са запослењем и породицом, али и осталим социјалним везама. Помоћ адвоката у том контексту има циљ да помаже оптуженом да смањи осјећај да је одбачен од дотадашње средине и да је он ту само да буде „процесуиран“ судском машинеријом која може да га посматра са хладноћом и удаљеношћу ако није баш љубазан¹⁸. Комисија за људска права је генерално прихватила овај аспект у случају *Can v Austria*¹⁹. „Ова сврха, за разлику од прве двије, није у потпуности резултат оријентисаности. Брине се прије о значењу него о крају“²⁰.

Четврта сврха се може назвати структуралним аспектом: право одбране подразумијева да оптужени има активну улогу у поступку, улогу субјекта прије него објекта²¹. Право субјекта да брани сам себе или уз помоћ адвоката, онемогућава утицај на ток поступка. Као што је ЕСтНР истакао у случају *Granger* – загарантована правна помоћ би, на првом мјесту, требала служити интересима правде и праведности, тако што ће овластити апликанта да успостави ефектну сарадњу са процесом²².

Право на одбрану се понекад третира апсолутно право²³, иако је ЕСтНР, без даљих објашњења, заузео друкчији поглед. Нпр. у предмету *Poitrimol v. France* ЕСтНР је истакао да „иако није правило, свако ко је учинио кривично дјело је оптерећен кривицом, па је много ефикасније да га заступа адвокат, који је ако треба додијељен службено, и то је једна од фундаменталних карактеристика поштеноса суђења. У ствари, како било, тешко је замислити било каква ограничења права, осим могућих погледа код прихватања или реакција на број бранилаца који је допуштен“²⁴.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Can v Austria (friendly settlement* – пријатељска нагодба), *Annex* p 18, § 55.

²⁰ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 247.

²¹ *Ibidem*.

²² *Granger v United Kingdom*, § 47, са позивањем на *Pakelli v. Germany*, § 38.

²³ Видјети нпр. Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 247.

²⁴ *Poitrimol v France*, § 34.

2. Немогућност било какве рестрикције

Нису дозвољене рестрикције права на одбрану које би у потпуности довеле у питање ово право. Такав, комплетни изузетак од овог права неће бити у складу са ЕСЧР. Иста примједба односи се на први дио гаранције, који покрива једнаке аспекте на права одбране. У другу руку, трећи аспект права је очигледно релативан – ако се односи на два специјална услова гаранције помагања у праву²⁵. Исто тако, поставља се питање да ли прво право гарантује оптуженом да не помаже у одбрани? Ни друго право није без забрана; ту су, на примјер, забрана издавања дозволе неким лицима да раде као браниоци и могућности броја бранилаца који могу поступати у поједином случају²⁶.

Основно правно правило може се сматрати „апсолутним“ ако није умањено за вријеме рата или других изненадних опасности, као оне што су оне одређене у члану 3 или члану 7 ЕСЧР. У сваком случају, члан 6 ЕСЧР није међу гаранцијама које су садржане у члану 15 став 2 ЕСЧР²⁷. Иако ово не значи да било које умањење предности права слободе није споменуто у овом члану, оно је потпуно прихватљиво²⁸. У супротном, постоји кршење члана 5 ЕСЧР²⁹.

Термин „апсолутан“ може се односити на питање да у случају да ЕСтHR нађе повреду гаранције, апликант мора да покаже везу између повреде у праву одбране и посљедица у поступцима. ЕСтHR је дао резолутан одговор на ово питање у случају *Artico*. Апликант није био помаган од стране браниоца у своме случају, али је италијанска Влада заузела становиште да „зато што постоји повреда члана 6 став 3(ц), недостатак браниоца мора да стварно иде на штету особе оптужене за кривично дјело“. По мишљењу ЕСтHR, „Влада тражи немогуће пошто не може бити доказано изнад свих сумњи да ће замјена за господина *Della Rocca* поднијети молбу озакоњену ограничењем и да ће убиједити Касациони

²⁵ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 247.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Слично је у ICCPR (чл. 14 и 4 став 2) и АСЧР (чл. 8 и 27 став 2).

²⁸ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 248.

²⁹ Видјети *Cakici v. Turkey*, § 104.

суд за укидање³⁰. Право на одбрану је зато апсолутно у извјесном случају када апликант не мора да докаже да је претрпио било какву штету зато што је његов захтјев био одбијен као неоснован. Комисија за људска права је овако поступила у свом извјештају у *Quaranta*³¹. Питање је било да ли је правна помоћ загарантована током истражне радње; у овом контексту било је могуће ријешити проблеме без оспоравања *Artico*. Какогод, ако резултати покажу да није било права на правну помоћ током претходне фазе у поступку, Комисија ће критиковати изостанак одбране, прије него ће рећи да у овом случају легална помоћ није била потребна³².

Ако се прихвати један хуманитарни елеменат у сврху права на правну помоћ, апсолутни карактер може бити унапријеђен: може бити повреде чак и у случајевима гдје је оптужени коначно био ослобођен оптужбе³³. Повреда би се састојала у томе да сам апликант мора да прође кроз тешка искушење поступка, али оваква интерпретација члана 6 став 3(ц) ЕСНР још увијек није прихваћена од стране стразбуршких органа.

Могућност тужбе у вези са правом на одбрану је, наравно, идентична могућности у вези са правом на одбрану из члана 6 ЕСНР, али је то далеко од поступака који се односе на „кривична дјела“. Ипак, број питања специфичних за право на одбрану расте: право на одбрану може бити продужено ван кривичне сфере; то се појављује прије него сам суд почне и заврши друге аспекте одбране оптуженог³⁴.

3. Право на правну помоћ изван кривичног поступка

Право на одбрану је и један од елемената права на правично суђење. Не може бити ни најмање сумње да и тужилац и оптужени у цивилном процедури имају право да лично бране своје интересе, те да задрже услуге адвоката по свом избору. У *Airey* пресуди ЕСтНР је дошао

³⁰ *Artico v Italy*, § 35.

³¹ *Quaranta v. Switzerland*, Извјештај Комисије, § 70.

³² Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 248.

³³ *Ibidem*, стр. 248 и 249.

³⁴ *Ibidem*, стр. 249.

до закључка да “упркос недоласку на суд у сличној клаузули за цивилно парничење, члан 6 став 1 може понекад принудити државу да обезбиједи помоћ адвоката када се таква помоћ покаже неопходна за ефектан приступ суду, било да се правна репрезентација мора извршити... или из разлога комплексности процедуре или случаја”³⁵.

Члан 6 ЕСНР, укључујући став 3(ц), не важи, бар не као такав, у *Habeas Corpus Proceedings* у вези са чланом 5 став 4³⁶. Ипак, под посебним околностима, ефективна употреба ових права може захтијевати помоћ адвоката. Комисија за људска права и ЕСтНР су нашли да су захтијевани услови постојали у случају *Magyeri v. Germany* зато што апликант није у потпуности посједовао своје менталне капацитете³⁷; Комисија му је, у ствари, допустила да буде присутан, да јој се обраћа на саслушању и могла је утврдити да је њему заиста потребна помоћ адвоката. Слично томе, и у случају *Bouamar v. Belgium* ЕСтНР је пресудио да је именовавши мање важно лице за „ефективну помоћ“ на саслушању, он сам изазвао своје задржавање³⁸.

4. Право на правну помоћ током различитих фаза поступка

Веома је важно да право на одбрану није ограничено само на суђење. Ово је једнако тачно за потпуно конфликтне поступке англосаксонског правног система (гдје одбрана има већу улогу у припремању за суђење и презентирању доказа) и за континентални систем. Мада је у континенталном систему припрема суђења углавном задатак власти, одбрана има право да предложи свједоке, да презентује документа, коментарише питања која ће бити постављена стручњацима, итд. У ствари, помоћ у одбрани у предсудским поступањима је дјелимично важна у поступцима гдје је већину доказа чуо само истражни официр, члан канцеларије јавног тужиоца или истражни судија³⁹. Често се суђење ослања углавном на списе истраге.

³⁵ *Airey v Ireland*, § 26;

³⁶ *Neumeister v. Austria* и *Winterwerp v Nitherland*, § 60.

³⁷ *Magyeri v Germany*.

³⁸ *Bouamar v Belgium*, § 60.

³⁹ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 250.

Сигурно је да нема много ограничења права оптуженог да се брани лично. На неки начин он то може прије него што је поступак и почео. У ствари, многа правила кривичне процедуре садрже одредбе које осигуравају да починилац кривичног дјела неће бити тужен за активности које је предузимао да би избјегао хапшење. Други дио гаранције такође неће бити предмет никаквог ограничења – свако може користити правника, и то било кад, чак и кад још нема изгледа за било какав поступак. Још једну разлику треба направити између појмова „имати“ адвоката и „имати слободан приступ адвокату“⁴⁰. На сличне проблеме наилазимо и у вези са питањем ефективне помоћи.

У пракси ЕСтHR није било пресуда које дају изричит одговор на питање у ком тренутку се појављује потреба за правом на правну помоћ. Какогод било, по мом мишљењу, одговор је веома једноставан: право на правну помоћ се повећава чим се појави потреба за ефективном помоћи⁴¹. Ако су предуслови испуњени и оптужени тражи адвоката, обично неће бити оправдања за одлуку да је овај захтјев преран. Изузетак може бити, на примјер, ако се захтјев постави у тренутку када компетентне власти одлуче да одбаце оптужбе и оптуженог награде пуном компензацијом⁴².

„Интереси правде“ захтијевају да се право одбране обезбиједи и у жалбеном поступку. Типичан примјер таквог случаја је *Pakelli v. Germany*. Апликант је био оптужен и осуђен на казну затвора због кривичног дјела повезаног са дрогом. Поводом жалбе, појавили су се бројни и прилично компликовани технички проблеми. Одбрана је тражила да по службеној дужности буде одређена за адвоката господину *Pakelli*-ију, али је овај захтјев одбијен. И ЕСтHR и Комисија за људска права су дошли до закључка да је дошло до повреде члана 6 став 3(ц) ЕCHR.

⁴⁰ *Ibidem*, стр. 250 и 251.

⁴¹ *Ibidem*, стр. 251.

⁴² *Ibidem*.

IV. Право оптуженог да се брани сам

Дио члана 6 става 3 (ц) ЕСCHR јесте право оптуженог да учествује у својој одбрани. На ово право не утиче чињеница да адвокат може бити додијељен против воље оптуженог. Ако се оптужени лично брани, то не значи да ће све активности одбране бити обављане од стране самог оптуженог. У случају када је мишљење оптуженог супротно од савјета адвоката, мора преовладати воља оптуженог. Ово, ипак, не намеће адвокату дужност да делује на начин који је супротан од његовог професионалног мишљења. Тако је у случају *X. v. Switzerland* Комисија за људска права сматрала да Конвенција није „овластила оптуженог да тражи од адвоката да усвоји одређени план одбране“ који је овај сматрао недостижним, посебно ако је оптуженом била пружена прилика да се сам обраћа суду, као што је овдје био случај⁴³. Слично, у случају *X v. United Kingdom*, Комисија је забиљежила да оптужени не може тражити савјет адвоката игноришући основне принципе његове професионалне дужности у представљању одбране⁴⁴. Према томе, ако се овакво понашање резултује у томе да оптужени сам управља својом одбраном, онда било каква „посљедична неједнакост оружја може само бити приписана његовом понашању“.⁴⁵

У случају *Wick v Austria*⁴⁶ неспоразум се појавио између оптуженог који није био свјестан да је настављено да му се асистира и савјета адвоката. Резултат је био то да је адвокат, који је у почетку увидео потребу да се жали и истакне неважећи доказ, на крају изоставио овај доказ, док је г. *Wick* изјавио да је хтио да представи тај доказ, али се одрекао права жалбе. Суд је одбацио обе исправке. Овај случај се завршио пријатељским помирењем - постоји разлог да се претпостави да би Комисија за људска права оцијенила да је одбацивање неважећег доказа непуноважно пошто је против воље оптуженог; такође, могла се прона-

⁴³ *X protiv v Switzerland*, Application 9127/80.

⁴⁴ *X v United Kingdom*, Application 8386/78

⁴⁵ Овај став је усвојио и *Human Rights Committee* (UN). Види *Earl Praat and Ivan Morgan v Jamaica*, § 222.

⁴⁶ *Aleksander Wick v Austria*, Application 15701/89.

ћи изјава да оптужени није хтео да се жали на непуноважност доказа зато што је то одлучио без консултације с адвокатом⁴⁷.

1. Право присуства на саслушању

Иако то није наглашено у ставу 1 члана 6 ЕСНР, циљ и сврха тог члана у цјелини показује да се особа „оптужена за кривично дјело“ мора позвати на саслушање⁴⁸. Овај принцип, представљен у *Colozza*, примјењује се у свим суђењима и опште је признат.

У случају *Stanford*, ЕСтНР је даље елаборирао: „Члан 6, читан у цјелини, гарантује право оптуженом да ефективно учествује у кривичном поступку. Уопште ово укључује, између осталог, не само његово право да буде присутан, већ и да чује и прати процедуру“⁴⁹. У овом предмету оптужени се жалио да није могао да чује шта је речено током саслушања, и то зато што је био смјештен на оптуженичкој клупи обавијеној стаклом. ЕСтНР је прихватио да је оптужени имао „потешкоће да чује изнесене доказе током суђења“. Ипак, оптужени није рекао за ове потешкоће судији, нити је то истакао његов (искусни) адвокат. ЕСтНР, према томе, није нашао повреду ЕСНР. Битно је, дакле, да је оптужени пратио суђење у границама његових физичких и менталних капацитета.

2. Изузеци због оправданих разлога

Конфликт може избити када се оптужени не понаша по правилима постављеним да омогуће његово праћење процеса на уредан начин. „Оптужени може омести поступак причањем и викањем, насилним понашањем или појављивањем у опијеном стању. Теоретски, могуће је реаговати на такво понашање коришћењем силе, заустављањем и

⁴⁷ *Pfeifer and Plankl v Austria*, § 38.

⁴⁸ *Colozza v Italy*, § 27. Овај став је потврђен и у *Monnel and Morris v United Kingdom*, § 56 и *Barberà, Mesegué and Jabardo v Spain*, § 78 и 34. ЕСтНР је оклијевао у случају *Ekbatani v Sweden*, § 25, када је рекао да је „основни принцип“ да оптужени треба бити саслушан првом приликом. Ипак, такав поступак није помињан у каснијим суђењима.

⁴⁹ *Stanford v United Kingdom*, § 26.

обуздавањем особе и коришћењем лијекова да се он смири⁵⁰. Пошто би нормалан ток процедуре могао и даље бити доведен у питање, мора постојати могућност да се такве особе избаце из суднице. Комисија за људска права је изјавила да су апликације против таквих мјера јасно неосноване⁵¹. Ипак, избацивање из суднице можда неће бити коришћено као казна – особа мора поново добити приступ саслушању ако обећа да ће се пристојно понашати и одржи обећање.⁵²

3. Суђење у одсуству

Постоје бројни разлози зашто је суђење у одсуству оптуженог непожељно. Присуство оптуженог није неопходно само за потребе одбране, већ и суду даје прилику да чује лични утисак оптуженог. Затим, омогућава се оптуженом да лично контролише правичност суђења у његовом случају. Даље, поставља се питање која је вриједност осуде и казне ако је особа одсутна, због тога што, по правилу, неће бити могуће наметнути неке санкције, као што је затворска казна.

Један аргумент у корист суђења у одсуству јесте да је закон ограничава покретање истраге мање него за извршавање казне⁵³. Постоји такође интерес за одлучивање о оптужбе док су докази још увијек доступни.⁵⁴

У неколико континенталних кривичних процедура постоје правила која, под одређеним условима, прихватају суђење у одсуству. Пошто се ЕCHR не интерпретира на начин на који би се прекршила традиција националног законодавства, услови под којима таква суђења могу бити прихваћена као праведна су више прихватљиви него само забрањивање свих суђења.⁵⁵ Ово питање је такође проучено и од стране Комитета министара Савјета Европе који је усвојио и одговарајућу резолуцију⁵⁶, према којој:

⁵⁰ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 253.

⁵¹ *X v United Kingdom*, Application 8386/78.

⁵² Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 253.

⁵³ Види *Austrian PC*, §§ 57 and 59; *German PC*, §§ 78 and 79 and *Swiss PC*, Arts. 70 and 73.

⁵⁴ *Colozza v Italy*, § 29.

⁵⁵ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 254.

⁵⁶ Res (75) 11 of 21. Mar. 1975.

1. Нико не може да буде осуђен без прије тога уручивања позива да му се омогући да се појави и припреми одбрану, ако не докаже да намјерава да тражи да одсутује са суђења.

2. Позив за суђење од стране државе може имати за посљедицу пропуштање оптуженог да се појави на суђењу.

3. Где се установи да је оптуженој особи која се није појавила на суђењу уручен (*atteint*) позив, суд мора одложити суђење ако сматра да је лично присуство оптуженог неопходно или ако постоји разлог да се сматра да је спријечен да се појави.

4. Оптужени не смије бити осуђен у одсутву, ако је могуће и пожељно да се уступи гоњење другој држави или да се примјени екстрадиција.

5. Ако је оптужени осуђен у одсутву, доказ мора бити узет на уобичајен начин и одбрана мора имати право да се умијеша.

6. Пресуда донесена у одсутву оптуженог мора се објавити у складу са правилима која се односе на достављање позива, а временски рок за подношење жалбе не смије почети прије него што оптужени добије ефектно знање о тако донесеној пресуди, осим ако није доказано да је оптужени намјерно избегава суђење.

7. Свака особа осуђена у одсутву мора имати прилику да се жали на пресуду из било ког разлога који јој стоји на располагању.

8. Свака особа осуђена у одсутву којој није уручен позив на вријеме и уредно, треба имати прилику која омогућава укидање пресуде.

9. Особи осуђеној у одсутву се може дозволити поновно суђење ако оправда одсутво и чињеницу да није могла информисати судију о томе да су постојали разлози на које није могла утицати.

ICCPR изричито држи до тога да оптужени има право да се појави на суђењу. С друге стране, *Human Rights Committee UN* (HRC) биљежи да члан 14 ICCPR не може бити тумачен као недопустиво суђење у одсутву независно од разлога одсутства оптуженог.⁵⁷

⁵⁷ *Daniel Monguya Mbenge v Zaire*, § 76.

4. Могућност поновног суђења

Суђење у одсуству не ствара никакве проблеме везане за правичност поступка – све док је могуће да оптужени добије поновно суђење или је поновно суђење заказано аутоматски⁵⁸. Другим ријечима, нема потребе за показивањем оправданих разлога због којих се оптужени није појавио на суђењу⁵⁹. Обично ће бити кратко временски рок који почиње тећи од момента када је оптужени формално обавијештен о пресуди. ЕСтНР је то објаснио тако да „када кућни ред дозвољава да суђење буде одржано упркос одсуству (оптуженог), та особа треба, онда када постане свјесна процедуре, да има право да се избори од стране суда који га је саслушао, за ново одлучивање од значаја за суштину оптужбе“.⁶⁰ Ако не искористи ову могућност, то ће се сматрати њеним одрицањем од жалбе.

У случају *Haser* подносилац жалбе је одлучио да упути жалбу директно, а не да се користи могућност новог суђења. С тим у вези, ЕСтНР је поново нагласио важност присуства оптуженог на суђењу, као и да је примјена овог института неизоставна⁶¹.

5. Услови за суђење у одсуству без могућности поновног суђења

ЕСтНР је досљедно забиљежио разлику између суђења у одсуству које се резултује у намјери оптуженог да се не појави⁶² од непојављивања које је резултат околности које нису под контролом оптуженог⁶³. Ипак, судови морају показати разумну марљивост у покушајима да контактирају оптуженог. Постојао је недостатак овакве марљивости у случају *Colozza* када нова адреса оптуженог ни на један начин није била скривана, а и обје тужилачке канцеларије и полиција били су тога

⁵⁸ *B. v France*, Application 10291/83

⁵⁹ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 254.

⁶⁰ *Colozza v Italy*, § 29.

⁶¹ *Haser v Switzerland*, Application 33050/96.

⁶² *Poitrimol v France*, § 30 и *Van Geyselghem v Belgium*, § 29.

⁶³ *Gody v Italy* и *Colozza v Italy*.

свјесни⁶⁴. Оптуженом „не смије бити остављен терет доказивања да није намјеравао да избјегне суђење или да је својим одсуством хтио *force majeure*“⁶⁵. Другим ријечима, на суду је да (у стразбуршким процедурама – на влади) покаже да је „умијешана особа свјесна датума суђења“⁶⁶. Један дио одлуке у случају *Colozza* веома је значајан: ако је јасно је доказано да је оптужени примио позив и онда се није појавио на суђењу, пуноважно је захтијевати да касније обезбиједи суду убједљив доказ да је његово одсуство било због околности које су изван његове контроле и да то не треба бити сматрано одрицањем.

6. Одустајање оптуженог од његовог права да буде присутан на суђењу

Могуће је да се оптужени одрекне, експлицитно или имплицитно, његовог права да буде присутан на суђењу.⁶⁷ Неприкладно понашање, као што је већ описано, може бити сматрано као имплицитно одрицање – ако је оптужени способан да се понаша одговорно.⁶⁸ Ипак, као и са другим правима одбране, свако одустајање „мора бити доказано на јасан начин.“⁶⁹

Право присуства на саслушању означава други елемент овог принципа, тј. обећање оптуженог да ће се појавити.⁷⁰ У одређеним легалним обичајима особа која се не појави на суђењу, сматра се да пркоси суду („*contumax*“).⁷¹ Став суда према овим лицима може бити веома негативан – до те мере да се и њихова имовина одузима. Једна од могућих санкција у таквим случајевима је губитак права да се брани сам. Ово је био случај *Poitrimol v France*. Овдје је жалбени суд одузео оптуженом право да се брани са адвокатом због тога што се није појавио на

⁶⁴ *Colozza v Italy*, § 28.

⁶⁵ *Ibidem*, § 30.

⁶⁶ *FCB v Italy*, § 35.

⁶⁷ У *Colozza v Italy*, § 28 ЕЦтНР је оставио отвореним питање да ли је ово било могуће.

⁶⁸ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 255 и 256.

⁶⁹ *Neumeister v Austria*, § 36 и *Colozza v Italy*, § 28.

⁷⁰ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 256.

⁷¹ *Ibidem*.

суђењу, и то упркос судском налогу издатом за његово хапшење⁷². Иако је оптужени нагласио његову жељу да се не појави на саслушању, јасно је изјавио да је намјеравао да консултује адвоката. Питање за ЕСтНР је стога било да ли је оптужени „који намјерно избјегава лично појављивање, остаје сматран легалном асистенцијом његовог избора“⁷³. ЕСтНР није искључио могућност да нека врста санкције буде одређена оптуженом који је добровољно одбио да се појави на суђењу: „Од велике је важности да оптужени треба да се појави... Легислатива мора зато обесхрабрити неоправдана одсуства“⁷⁴. Ипак, ЕСтНР је забиљежио да је било сигурно несразмјерно одузети оптуженом право на легалну асистенцију, као санкцију због његовог непојављивања.

У Француској драконска правила управљају приступом жалбеном суду.⁷⁵ У једном случају, изречена казна затвора (на основу које је био одређен притвор), резултирала у губитку права апеланта да се жали. ЕСтНР је сматрао ову санкцију претјераном.⁷⁶ Ипак, овај случај није завршен утврђивањем права оптуженом да се брани сам, пошто је ЕСтНР, умјесто тога, сматрао то као неприхватљиво ограничење права приступа суду.⁷⁷

Даље, у случају процедуралних права, одустајање, да би било ефективно за сврхе ЕСНР, захтијева минималне гаранције које одговарају његовој важности.⁷⁸ С обзиром на суђење у одсуству, ове гаранције важе првенствено у случају када је оптуженом послат судски позив.⁷⁹

7. Право присуства разматрању жалбе

Док право присуства саслушању није контроверзно, мало компликованија правила су постављена од стране ЕСтНР која се односе на

⁷² Исти проблем се појавио у случају *Lala and Pellandoah v Netherland*.

⁷³ *Poitrimol v. France*, § 32.

⁷⁴ *Ibidem*, § 35.

⁷⁵ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 256.

⁷⁶ *Poitrimol v. France*, § 38. Ово је потврђено и у случају *Omar v France*.

⁷⁷ *Poitrimol v. France*, § 38.

⁷⁸ *Peifer and Plankl v Austria*, § 37 и *Poitrimol v. France*, § 31.

⁷⁹ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 256.

права оптуженог (или осуђеног) да буде присутан поступку везаном за жалбу⁸⁰. Тако је у одлуци *Delcourt* ECtHR искористио прилику да се држи основног принципа за примјену члана 6 ECHR у жалбама: „Члан 6 став 1 је заиста прикладан за поступак касације. Начин у ком се користи мора, ипак, јасно да зависи од специјалних особина таквих поступака“⁸¹. У једној од ранијих одлука, ECtHR је нагласио да, у поређењу са суђењем у првом степену, „лично присуство оптуженог нема толики значај за жалбу или за поновно саслушање колико за суђење. Пажња мора бити дата, *inter alia*, специјалним особинама повезаних поступака и начину у коме су интереси одбране представљени и заштићени прије апелационог суда, посебно у свјетлу одлучивања спорног питања и његове важности за оптуженог“⁸². Критерији тражени од стране ECtHR су следећи.

(1) *Да ли је спроведено пуно саслушање у првој инстанци?* ECtHR обично наглашава да је постојало пуно јавно саслушање у првој инстанци ако је био присутан оптужени⁸³. Ово је мало изненађујуће због тога што ако такво саслушање није извршено, неко би претпоставио да је већ у том тренутку постојало нарушавање члана 6⁸⁴.

(2) *Да ли се врши пуно поновно испитивање случаја?* Нормално, заинтересованој особи мора бити пружена шанса да присуствује саслушању ако жалбени суд није потпуно спреман да поново испита случај, и то стварно и по закону и дјелимично ако је суд компетентан да испита и процијени доказе⁸⁵. Постоје, ипак, изузеци од овог правила⁸⁶. Они су се десили у случајевима *Jan-Ake Ånderson u Fejde*. Овдје се ECtHR укрцао на опасно путовање⁸⁷. Он је испитао детаље случаја и закључио да жалбени суд може одлучити о релевантним спорним питањима на

⁸⁰ *Ibidem*, стр. 257.

⁸¹ *Delcourt v Belgium*, § 26.

⁸² *Pobornikoff v Austria*, § 24.

⁸³ *Helmets v Sweden*, § 32.

⁸⁴ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 257.

⁸⁵ *Pobornikoff v Austria, Jozef Prinz v Austria и Kremzov v Austria*.

⁸⁶ *Belziuk v Poland*, § 37.

⁸⁷ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 257.

основу докумената и поднесака прије њега⁸⁸. Ово је мало деликатно због захтјева да ЕСтНР хипотетички понови задатке домаћег суда, те имплицитно ставља ЕСтНР у позицију суда „четвртог степена“⁸⁹. Ипак, неко објашњење контекста ових пресуда је потребно: оба разматрана случаја су безначајни преступи за које је санкција била само ублажена новчана казна⁹⁰. Пошто је ЕСтНР често суочен са случајевима гдје се оптужени жали на дужину поступка, тешко је балансирати, у неком простору, интерес у експедитивним поступцима са широким опортунитетом да се оптужени лично саслуша: „...постоје други обзир, укључујући право да се суди у разумном временском интервалу и повезану потребу за брзим вођењем поступка у бројним случајевима, као и процјену о њиховом утицају на јавно саслушање на нивоима у поступку послије суђења у првом степену“⁹¹.

3. *Каква је улога оптуженог?* Ово је мало несретан елемент; важност питања је већ урачуната 'негативно', као што је била, у том дијелу није захтијевана у случајевима ситних кривичних дјела⁹². Критериј овдје поменут не треба да има друго значање него да случајеви који укључују мање деликте не захтијевају саслушања с присуством оптуженог, чак и ако жалбени суд може да испита чињенице⁹³.

4. *Да ли је постојао ризик од reformatio in peius?* Овдје се поставља питање да ли резултат жалбе може угрозити ситуацију оптуженог. Суочени смо са релном алтернативом „побиједи или изгуби“⁹⁴. Ризик је значајно умањен у случајевима где постоји забрана *reformatio in peius*. Комисија за људска права је могла користити овај аргумент у једном случају, али је базирала одлуку на чињеници да оптужени није тражио усмено саслушање.

5. *Да ли је тужилац присуствовао саслушању?* Владе некада траже да се оправда одсуство оптуженог са саслушања позивањем на чи-

⁸⁸ Jan-Ake Ånderson, § 29 и Fejde v Sweden, 33.

⁸⁹ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 257.

⁹⁰ Ibidem, стр. 257 и 258.

⁹¹ Jan-Ake Ånderson v Sweden, §, 27 и Fejde v Sweden, §, 33.

⁹² Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 258.

⁹³ Видјети Botten protiv Norway, §§, 51 и 52.

⁹⁴ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 258.

њеницу да пошто ни тужилац није саслушан, није било нарушавања једнакости оружја (*equality of arms*). ЕСтНР коректно одбија овај аргумент говорећи да је једнакост страна само једна карактеристика ширег концепта фер суђења у кривичним поступцима.⁹⁵ „Веома очигледно, ако постоји нарушавање овог принципа, питање да ли је оптужени био на саслушању или не – постаје сувишно. Изостанак једне повреде права на фер суђење, сигурно не може спријечити постојање друге повреде.“⁹⁶

6. Да ли је жалба ограничена на питања закона? Жалбе ограничене на испитивање питања закона, као што је класичан неважећи доказ, обично не захтијевају присуство оптуженог.⁹⁷

⁹⁵ *Ekatabani v Sweden*, § 30.

⁹⁶ Trechsel, Stefan, оп. цит., стр. 258.

⁹⁷ *Ibidem*, стр. 258 и 259.

Prof. Miodrag N. Simović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law in Banja Luka,

*Vice-President of the Constitutional Court
of Bosnia and Herzegovina*

Vladimir M. Simović, LL.B.

Judicial Associate

County Court in Banja Luka

THE EUROPEAN STANDARDS AND RIGHT TO DEFEND ONESELF AND TO HAVE THE ASSISTANCE OF COUNSEL

Summary

The right to a defence as one of the minimum rights or guarantees of every accused. Three main elements are at the core of the right to a defence as formulated in Article 6 § 3 (c) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the right to defend oneself in person, the right to counsel of one's own choosing and the right to counsel at the expense of the state. While the first two aspects seem to be unlimited, the third is dependent on the presence of certain conditions.

The right guaranteed by Article 6 § 3 (c) of the Convention has two aspects which are not always clearly distinguished. It is possible to differentiate between the formal and the substantive aspects of the right to a defence. In the substantive sense, every defendant has right to act in his own favour and to defend his interests, to propose evidence, to challenge judges for bias, to question the credibility of witnesses, to plead, etc. The right to a defence in the formal sense means the rights to have the professional assistance and services of counsel and in practice this is the main thrust of Article 6 § 3 (c). The purpose is to provide the defendant with the best chance of securing the most favourable outcome of the proceedings.

Key words: *European standards, the accused, the right to defense attorney*

*Др Слободанка Константиновић-Вилић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу*

UDK: 343.54/.55(497.11:4-672EU)

НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ КАО РОДНО ЗАСНОВАНО НАСИЉЕ – ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ¹

Апстракт:

Међународни документи на нивоу Савета Европе и Европске уније сагледавају насиље у породици у склопу ширег контекста насиља над женама као најважнији, најраспрострањенији облик ове врсте насиља. Дискриминација и насиље над женама се повезују са кршењем људских права жена. Полазне основе међународно-правних обавеза и смерница груписане су у неколико значајних тачака: учинити насиље у породици видљивим и социјално неприхватљивим, изградити адекватан модел заштите од различитих облика насиља уз учеиће свих релевантних институција и променити систем односа полова заснован на моћи, доминацији и привилегијама. Резолуције, декларације и препоруке на нивоу Европске уније и Савета Европе, које се односе на насиље према женама уопште и посебно на насиље у породици и које ће бити непосредни предмет пажње у овом раду, спадају у ред правно необавезујућих аката комунитарног права. Резолуција о потреби установљавања кампање за нулту толеранцију на насиље над женама широм Европске уније, Декларација о политици супротстављања насиљу према женама у демократској Европи и Препорука Комитета ми-

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Република Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

нистара Савета Европе земљама чланицама о заштити жена од насиља *Res (2002)5* имају посебан значај због тога што садрже европске стандарде о елиминацији насиља над женама и што државама чланицама предлажу конкретне мере које треба унети у национална законодавства ради сузбијања ове негативне друштвене појаве.

Кључне речи:

насиље над женама, насиље у породици, дискриминација, родно засновано насиље, међународни стандарди

Уводне напомене

Поводом Међународног дана против насиља над женама 25.11.2008. године председница Парламентарне скупштине Већа Европе Луис Марија де Пуиг је изјавила:

„Превелики број жена у Европи бива претучен и убијен од стране својих партнера или бивших партнера, само зато што су жене. Ниједна држава чланица Већа Европе није имуна. Време је да се стане на пут овом сталном, широко распрострањеном кршењу основних људских права. Парламенти држава чланица треба да донесу неопходне законе. На европском нивоу постоји хитна потреба за оснаживањем како заштите жртава и прогона извршилаца насиља, тако и предузимање мера за спречавање овог облика насиља“.

Стога је упућен позив Парламентарне скупштине Већа Европе Одбору министара да без одлагања израде нацрт Конвенције за сузбијање најозбиљнијих и најраширенијих облика насиља против жена, посебно насиља у породици и присилних бракова. У оквиру Кампање Савета Европе за сузбијање насиља над женама изнети су забрињавајући подаци: 20-25% Европљанки било је бар једном физички злостављано; свака десета жена је сексуално злостављана; 45% жена је искусило неки облик злостављања; 12-15% жена старијих од 16 година живе са насилним партнером. Наведене бројке су само део стварног обима насиља над женама, које углавном остаје непријављено као породично насиље,

већ као повређивање „ударом у врата„ или „падом са степеница“. Према студији урађеној на Универзитету у Мадриду, једна од пет европских жена трпи насиље од стране свога мужа или партнера у неком периоду свог живота, а за жену која живи у Европи и у узрасту је између 15 и 44 година, постоји већа вероватноћа да ће бити повређена или убијена у оквиру породице него да ће умрети од рака, маларије, последица саобраћајне несреће или ратних сукоба. Статистике у Великој Британији показују да свака три дана једна жена настрада од насиља у породици. Економска цена последица примењеног насиља у оквиру породице (болничко лечење, изостанак са посла) процењује се у Финској на пет милиона еура годишње и у Холандији на 150 милиона еура.² Студије урађене у Шведској, Немачкој и Финској показују да је проценат жена жртава истовремене примене физичког и сексуалног насиља 30-35%, а ако се томе дода и психичко насиље, удео жена се повећава на 45-50%.³

Позивајући на заустављање насиља над женама, Генерални секретар УН Бан Ки Мун навео је да је насиље дубоко укорењено у обичајима и навикама, да нарушава здравље, подстиче сиромаштво и зауставља сваку могућност изједначавања полова. Широм света свака пета жена је жртва силовања или покушаја силовања, а у неким земљама у свету свака трећа жена је жртва породичног насиља.

Према основним критеријумима постављеним на међународном плану, насиље у породици се дефинише као специфичан облик родно заснованог насиља (физичког, психичког, сексуалног, економског) које се одвија у оквиру породице, домаћинства и интимних веза.

Документа на нивоу Европске уније

Правни поредак Европске уније, као специфичне наднационалне организације, има виши положај у односу на национална права др-

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:92002E1576:EN:HTML>

³ Резолуција Европског парламента о тренутној ситуацији у борби против насиља над женама и неке будуће акције (2004/2220), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:110:0089:01:EN:HTML>

жава чланица ЕУ и врши директан утицај на националне судове. Захваљујући вишегодишњој, обимној и комплексној нормативној делатности институција Европске уније,⁴ њен правни поредак данас пружа слику разгранатог и разуђеног правног система који постепено захвата све сегменте приватног и јавног живота. Језгро успостављеног правног система Европске уније чини корпус основних људских права, као део општих правних принципа на којима је утемељена ова својеврсна регионална међународна организација.⁵

За разлику од периода седамдесетих и осамдесетих година 20. века, када насиље у породици напушта сферу „приватног“ и препознаје се као друштвено неприхватљиво понашање, последњих година, под утицајем и на основу међународних докумената (резолуција, декларација, политичких смерница, препорука), долази до значајних реформи у националним законодавствима. Насиље у породици се у већини законодавстава у свету инкриминише као криминално понашање и поставља на ниво кршења људских права. Захваљујући међународном праву у области насиља у породици, које постоји на три нивоа (ниво Уједињених нација, Савета Европе и Европске уније), добро осмишљеним и организованим кампањама Европске мреже против насиља над женама, жене и деца, најчешће жртве насиља уопште, па и насиља у породици, данас се налазе у фокусу интересовања великог броја истраживачких пројеката, феминистичке теорије, кривично правне и грађанско правне политике и праксе. Елиминисање насиља над женама и децом постало је кључно питање за међународну заједницу, која све више шири мрежу међународних обавеза држава да поступају у складу са мултилатералним конвенцијама о људским правима, међу којима је и право на заштиту од насиља у породици.

⁴ Три главне институције (органи) ЕУ који доносе одлуке су: Европски Парламент (The European Parliament), Савет Европске уније (The Council of the European Union) и Европска комисија (The European Commission).

⁵ Константиновић, С., Петрушић Н., Жунић Н.: Европски стандарди о елиминацији насиља над женама, Зборник радова «Усклађивање права СР Југославије са правом ЕУ», центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999., с.157.

Од 1998. године, када је Председништво ЕУ почело да се интензивније бави питањем насиља у породици, усвојено је низ препорука везаних за ову проблематику. Европска кампања против насиља у породици покренута је 1999. године, а на Конференцији ЕУ о насиљу над женама (1999.) образовано је пет експертских форума за истраживање појединих сегмената насиља.⁶ Савет Европске уније је анализирао имплементацију одредби Пекиншке платформе за акцију које се односе на насиље у породици од стране држава чланица и објавио је извештај о индикаторима насиља у породици.⁷ Важни документи на нивоу Европске уније, који се односе на насиље над женама и породично насиље, су: Резолуција о потреби установљавања кампање за нулту толеранцију на насиље над женама широм Европске уније, Препоруке експертских форума ЕУ Конференције о насиљу над женама и ЕУ Експертски састанак о насиљу над женама: Заједнички модели акције помажу борбу против насиља.

РЕЗОЛУЦИЈА О ПОТРЕБИ УСТАНОВЉАВАЊА КАМПАЊЕ ЗА НУЛТУ ТОЛЕРАНЦИЈУ НА НАСИЉЕ НАД ЖЕНАМА ШИРОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ (*Resolution on the need to establish a European Union wide campaign for zero tolerance of v.a.w. A4-0250/1997*)⁸ подсећа да је у Пекиншкој декларацији и Платформи за акцију⁹ насиље над женама дефинисано као „било који чин родно заснованог насиља којим се женама наноси или постоји вероватноћа да ће се нанети штета или патња на физичком, сексуалном или психолошком плану, укључујући претње таквим делима, присиљавање или произвољно лишење слободе“. У Резолуцији се констатује да насиље над женама представља кршење права

⁶ Николић-Ристановић, В., Докмановић Мирјана: Међународни стандарди о насиљу у породици и њихова примена на Западном Балкану, Издавачко-графичко предузеће „Прометеј“, Београд, 2006., с.66.

⁷ Review of the implementation by the Member States and the EU institutions of the Beijing Platform for Action, Draft Council Conclusions (13348/02, 12. 10.2002), цит. према Николић-Ристановић, В., Докмановић, М., *op.cit.*, с. 67.

⁸ Resolution on the need to establish a European Union wide campaign for zero tolerance of v.a.w., <http://www.eurowrc.org/> pristup 18.3.2009.

⁹ Beijing Deklaration and Platform for Action, 1995, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/bejingdeclaration.html>,

на живот, сигурност, слободу, достојанство, физички и психички интегритет жртве и да због тога представља препреку развоју демократског друштва. Такође, у Резолуцији се истиче да сви облици родно заснованог насиља, који показују постојање неравноправног односа међу половима и представљају препреку напорима за превазилажење неједнакости између жена и мушкараца, треба да буду у националним законодавствима предвиђени као кривична дела. У Резолуцији се позивају све земље чланице да уведу специфична законодавства, изван кривичног, у циљу заштите жртава родно заснованог насиља. Предвиђено је да посебним законима треба заштити и жртве прогањања (енг. *stalking*). Важно је напоменути да се у Резолуцији наглашава значај тренинга за све оне који раде са жртвама насиља, укључујући полицију, судство, здравство и социјалне услуге.

На основу Резолуције из 1997. године спроведена је Европска кампања за подизање свести о насиљу над женама. Кампања је имала за циљ да промовише нулту толеранцију и елиминисање свих облика насиља над женама, посебно насиља у породици као апсолутни приоритет. Наглашено је да је насиље над женама друштвени феномен за чије сузбијање су надлежни државни органи и установе, полиција, судство, социјалне и здравствене установе. У оквиру кампање послате су поруке различитим циљним групама: насилницима, женама жртвама и сведоцима насиља у породици. Поруке насилницима биле су да је насиље у породици злочин, да се применом насиља у оквиру породице не уништава само живот жртве, већ и насилника и да помоћ постоји ако насилник жели да престане да се агресивно понаша. Поруке женама жртвама насиља односе се на прекидање ћутања о насиљу у породици, престанак толерисања примене насиља и тражење помоћи јер помоћ постоји. Порука свим сведоцима насиља у породици је да пружи помоћ женама жртвама насиља да се заштите од виктимизације.¹⁰

ПРЕПОРУКЕ ЕКСПЕРТСКИХ ФОРУМА ЕУ КОНФЕРЕНЦИЈЕ
О НАСИЉУ НАД ЖЕНАМА (*Recommendations of the Expert Forums of*

¹⁰ European Campaign to Raise Awareness of Violence against Women, <http://www.eurowrc.org/>

the EU Conference on Violence Against Women, Cologne, 29 and 30 March, 1999.)¹¹ предвиђају формирање експертских форума за пет области истраживања.

Експертски форум 1. се односи на обим, распрострањеност и последице насиља над женама, питања која се разматрају у мешовитим групама истраживача, експерата и женских невладиних организација ради разраде заједничких стандарда и стварања мултидисциплинарних истраживачких програма. Циљ је да се међу земљама чланицама ЕУ и европских институција размене информације и искуства и да се афирмише политика једнаких могућности и равноправности.

У оквиру Експертског форума 2., који разматра правне могућности за борбу против насиља у породици, захтева се, поред осталог, да земље чланице ЕУ успоставе јасно дефинисану правну регулативу за спречавање насиља у породици, посебно ону која се односи на одвајање жртве од насилника, надзор над насилником и друге мере за заштиту жртава.

Експертски форум 3. у оквиру превенције породичног насиља предвиђа да све државне институције морају да сарађују и размењују информације о породичном насиљу ради што успешнијег спречавања и сузбијања ове негативне друштвене појаве.

Помоћ организацијама и сарадња са институцијама и европским мрежама садржана је у Експертском форуму 4. У оквиру овог форума наглашена је обавеза националних влада да пружају финансијску подршку женским невладиним организацијама, које помажу зловљаним женама и деци, склоништима за жене и децу жртве насиља, правним и социјалним саветовалиштима, хитним интервенцијама. Такође, предвиђена је обавеза свих националних влада да разраде национални акциони план о спречавању насиља над женама заједно са женским невладиним организацијама.

Експертски форум 5. посвећен је разматрању рада са насилницима и развијању јавне свести о потреби сузбијања насиља над женама

¹¹ http://europa.int.eu/comm./employment_social/equ_opp/colognec_en.html приступ 4.4.2009.

путем научно подржаних и оцењених кампања заснованих на међународним искуствима. Наглашено је да мишљења и искуства жена и деце жртава насиља морају бити узета у обзир приликом рада са извршиоцима насиља.

ЕУ ЕКСПЕРТСКИ САСТАНАК О НАСИЉУ НАД ЖЕНАМА: ЗАЈЕДНИЧКИ МОДЕЛИ АКЦИЈЕ ПОМАЖУ БОРБУ ПРОТИВ НАСИЉА (*EU Expert Meeting on violence Against Women, 1999.*)¹² фокусирао се на четири главне теме. Прва тема се односи на посматрање насиља према женама у склопу кривичног права и оцењивање колико ефикасно постојећи закони могу да утичу на спречавање насиља према женама у свакој од посматраних земаља. Друга тема је везана за стандарде склоништа за жене и децу жртве насиља и односи се на утврђивање како спровести добру праксу приликом третмана жртава насиља у свим земљама. Циљ састанка по овој теми био је да се донесу и промовишу униформна правила која би била усвојена на састанку у Португалу марта 2000. године. Трећа тема се односи на утврђивање најефикаснијих модела третмана мушкараца који примењују насиље према женама и деци. Четврта тема обухвата истраживање осетљивих области, као што су сексуално насиље, проституција, насилничко понашање мушкараца, друштвене и емотивне претпоставке на којима се ово истраживање базира.

Европски парламент је 2.2.2006. године усвојио Резолуцију о тренутној ситуацији у борби против насиља над женама и неким будућим акцијама (*Resolution on the current situation in combating violence against women and any future action*)¹³ у којој се, поред осталог, истиче да је друштвена и економска цена насиља над женама веома висока и неприхватљива и да представља повреду основних људских права сваке жене и девојке на живот, сигурност, достојанство и физички и ментални интегритет. Европски парламент захтева од држава чланица да предузму одговарајуће мере превенције и санкционисања у својим законодавствима, као и мере подршке жртвама и онима који су под ризи-

¹² <http://presidency.finland.fi/netcom/news/> приступ 4.4.2009.

¹³ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/downloadSP>, приступ 4.4.2009.

ком да постану жртве. У том смислу пружа се подршка националним акцијама и развоју добрих пракси у области превенције насиља кроз Дафне програм (The Daphne II Programme), основан 1997. године као главни финансијски инструмент за спречавање насиља над женама, младих људи и деце. Овај програм подржава борбу против свих облика насиља, укључујући породично насиље, трговину људима, борбу против гениталног сакаћења жена. Програм даје подршку активностима које се односе на заштиту жртве, програме третмана и тренинга, студије и истраживања, развој полицијске службе, идентификацију и развоју добрих пракси, као и сакупљање података и развој индикатора.

Документа на нивоу Савета Европе

На нивоу Савета Европе треба свакако поменути Декларацију о политици супротстављања насиљу према женама у демократској Европи, Препоруку Рес. (2002) 5 Комитета министара државама чланицама о заштити жена од насиља и Препоруку 1582 (2002) Насиље над женама у породици.

ДЕКЛАРАЦИЈА О ПОЛИТИЦИ СУПРОТСТАВЉАЊА НАСИЉУ ПРЕМА ЖЕНАМА У ДЕМОКРАТСКОЈ ЕВРОПИ (*Declaration on policies for combating Violence against Women in a democratic Europe*,¹⁴ Рим, октобар 1993.) усвојена је на Трећој Европској министарској конференцији о равноправности жена и мушкараца и била је посвећена стратегијама за елиминацију насиља над женама као виду кршења људских права. Овај правни акт има посебан значај не само зато што садржи европске стандарде о елиминацији насиља над женама, већ и зато што нуди конкретни **План акције за борбу против насиља над женама**, чија реализација треба да доведе до сузбијања и искорењивања ове негативне друштвене појаве, најтежег облика деградације жена.

У Декларацији се потврђује да примена физичког, сексуалног и психичког насиља мушкараца над малолетним или пунолетним женама води кршењу права на живот, сигурност, слободу, достојанство и

¹⁴ <http://www.europrofem.org> приступ 11.5.2009.

интегритет жртве и представља сметњу за функционисање демократског друштва базираног на владавини права. У делу Декларације који објашњава законодавне, судске и полицијске аспекте деловања, наглашава се да насиље над женама у породици (укључујући и силовање у браку), мора бити третирано подједнако озбиљно као насиље ван породице. У националним законодавствима је неопходно препознавање психолошких и социјалних потреба жртве и разматрање најефикаснијих мера обештећења, посебно алтернатива суђењу и затварању извршиоца. Такође је потребно непрекидно усклађивање националног законодавства са нормама усвојеним на међународном нивоу и пружање бесплатне правне помоћи жртви.

Елементи стратегије за борбу против насиља над женама садржани су у поменутом *Плану акције за борбу против насиља над женама*, који чини саставни део Декларације. План акције садржи четири дела: истраживање и оцену; законодавне, судске и полицијске аспекте; превенцију и образовање и помоћ. У овом делу Декларације наглашено је да насиље над женама у породици, укључујући и силовање у браку, мора бити третирано као криминалитет, подједнако озбиљно као насиље ван породице. Предвиђено је, такође, непрекидно усклађивање националних законодавстава са нормама усвојеним на међународном нивоу, законске санкције за различите форме насиља над женама, суђење и затварање извршилаца, интензивирање међународне сарадње између полиције и судства.

Посебно се инсистира на предузимању мера које ће подстаћи жене да пријављују акте насиља јер се једино тако могу на време предузети адекватне мере и обезбедити друштвени увид у степен распрострањености овог облика криминалитета. Због специфичности породичног насиља, предложена је стручна специјализација свих службених лица који долазе у додир са проблемом насиља према женама, државних чиновника одговорних за спровођење политике, лекара, социјалних радника, полиције, у погледу метода откривања случајева и спречавања поновног извршења. Такође је наглашен значај образовања младих, одраслих, родитеља, особља у јавним службама, посредовања у породици, као ефикасних средстава за превенцију насиља. Истакнута је и потреба

за подизањем свести мушкараца, пружање подстицаја за анализу у циљу одбацивања механизма насиља и проналажења алтернативних модела понашања у случају сукоба.

Парламентарна скупштина Савета Европе усвојила је 2000. године Препоруку 1450 у којој се препоручује стварање европског програма за борбу против насиља у породици. Наглашена је неопходност за хармонизацијом националних законодавстава са правом Европске уније и обезбеђивањем заштите жртава путем правног система.

ПРЕПОРУКА КОМИТЕТА МИНИСТАРА САВЕТА ЕВРОПЕ ЗЕМЉАМА ЧЛАНИЦАМА О ЗАШТИТИ ЖЕНА ОД НАСИЉА (*Recommendation Rec (2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence*) усвојена је од стране Одбора министара 30.4.2002. године¹⁵ потврђује да је насиље према женама резултат неједнакости моћи између мушкараца и жена, да води ка озбиљној дискриминацији у односу на женски пол, унутар друштва и породице и да крши, оштећује или укида уживање њихових људских права и основних слобода. У Препоруци се „насиље према женама“ дефинише као свако дело насиља засновано на родно/полној основи, које има или може имати за последицу физичку, сексуалну или психолошку повреду или патњу жена, укључујући претње таквим делима, присиљавање или одузимање слободе, без обзира да ли се то догађа у јавном или приватном животу. Наведени су, али не лимитирано, облици испољавања насиља: насиље које се догађа у породици или домаћинству, укључујући физичку и менталну агресију, емоционално и психолошко злостављање, силовање и сексуално злостављање, инцест, силовање међу супружницима, сталним или повременим партнерима и укућанима, злочине почињене у име части, генитална сакаћења жена и остали традиционални обичаји штетни за жене, ако што су присилни бракови; насиље које се догађа у заједници, укључујући силовање, сексуално злостављање, сексуално малтретирање и застрашивање на послу, трговина женама у сврху сексуалног искоришћавања, економског искоришћавања и

¹⁵ Савет Европе, Препорука Rec(2002)5 Комитета министара државама чланицама о заштити жена од насиља и Меморандум са објашњењима, Аутономни женски центар, Програм развоја добрих пракси против насиља у породици, Београд, 2007.

секс-туризма; насиље почињено или одобрено од стране државе или њених представника/службеника; кршење људских права жена у ситуацијама ратног конфликта, посебно узимање за таоце, прогон, системско силовање, сексуално ропство, присилна трудноћа, трговина у сврху сексуалне и економске експлоатације.

С обзиром на то да је насиље према женама у супротности са стварањем једнакости и мира у демократској Европи, државама чланицама је, поред осталог, препоручено да уведу, развију и побољшају националну политику против насиља, да преиспитају своје законе и одредбе са циљем предузимања неопходних мера за заштиту људских права и основних слобода жена; да препознају да је мушко насиље према женама велики структурални и социјални проблем, који се заснива на неједнаком односу моћи између жена и мушкараца; да подстичу све релеватне институције које се баве проблемом насиља над женама (полиција, медицинске и социјалне професије) да направе планове, који садрже активности за превенцију насиља и заштиту жртава; да преузму и имплементирају мере које су описане у додатку ових препорука на начин који сматрају најбољим према националним околностима и да размисле о стварању државног плана за акцију против насиља над женама. Веома је важно да се у оквиру националних законодавстава ради на максималној сигурности и заштити жртава, оснаживању жена жртава кроз оптималну подршку и помоћ свих структура, чиме се избегава секундарна виктимизација, подизању јавне свести, едукацији деце и младих особа, осигуравању посебног тренинга за професионалце/ке који се суочавају са проблемом насиља над женама.

Посебно је за насиље у породици предвиђено предузимање додатних мера: класификовање свих облика насиља у породици као кривичног дела (*став 55*); ревидирање и/или повећање казни за намерно нанете тешке телесне повреде у породици (*став 56*), покретање поступка по јавној тужби и подстицање тужиоца да виде насиље према женама и деци као јак и одлучујући фактор за покретање поступка као јавни интерес (*тач. 39 и 40, appendix препорукама*), увођење посебних одреби за саслушање жртава и сведока насиља како би се избегло понављање сведочења и умањили трауматски ефекти процеса (*тач. 42, appendix*

препорукама), установљивање обавезних протокола за поступање полиције, медицинских и социјалних служби (став 58/ц), искључење прељубе као изговора за насиље у породици (став 57); омогућавање полицији да уђе у стан особе која је у опасности, ухапси насилника и осигура да се појави пред судом, омогућавање да суд усвоји, као меру заштите жртве, забрану контактирања, комуницирања са жртвом или прилажења жртви, становања или уласка у одређене просторије; промовисање про-активне службе за заштиту жртава које контактирају жртву чим је поднета пријава полицији; осигурање сарадње између свих релевантних институција, као што су полиција, судови и службе за заштиту жртава (став 58/а,б,ц,д,е). Посебним одредбама које се односе на имигранткиње предвиђено је да земље чланице размотре одобравање права боравка имигранткињама, које су жртве породичног насиља, независно од њиховог брачног статуса, како би им се омогућио без напуштања земље, одлазак од насилних супруга.

У Препоруци се, у оквиру додатних мера у вези са насиљем у породици, наглашава да у случајевима насиља у породици полицијско деловање остаје кључни фактор за сузбијање насиља. Због тога би полицијске снаге требало да имају право да учиниоца одмах удаље из стана уколико је особа у опасности, без обзира на власничке односе или приговоре укућана. Посебно се наводи забрана приласка злостављача стану и/или другим местима жртве, или забрана приласка. За разлику од ранијег, конвенционалног законодавства које је предвиђало да жртва напусти дом, сада је много више изражена брига о заштити жртава од трауме напуштања дома. Оваква решења су прихваћена у законодавствима Аустрије и Финске.¹⁶

У делу Препоруке који се односи на „Програме интервенције за починиоце насиља“ (ст. 50-53) предвиђа се организовање програма интервенције за третман насилника. Третмани насилника би требало да подстичу извршиоце насиља да усвајају ненасилне обрасце понашања, да постану свесни својих дела и препознају своју одговорност. При

¹⁶ Федерални Закон о заштити од насиља у породици ступио је на снагу у Аустрији маја 1997. године. Закон о забрани приближавања ступио је на снагу у Финској 1.1.1999. године.

томе, важно је напоменути да програми интервенције, у којима се добровољно учествује, нису алтернатива затворској казни, већ додатна мера у циљу превенције насиља.

ПРЕПОРУКА 1582 (2002) НАСИЉЕ НАД ЖЕНАМА У ПОРОДИЦИ (*Recommendation 1582 (2002) on Domestic Violence against Women*)¹⁷ такође наглашава да је насиље у породици најчешћи облик насиља над женама и да последице тог насиља утичу на многе сегменте живота жртава: здравље, образовање, слободу да живе без страха и на начин на који оне то желе. Најбољи начин за сузбијање насиља у породици, с обзиром на његову скривену природу, представља увођење ефикасних политика и кампања за подизање свести, едукација и информисање грађана о распрострањености ове друштвено негативне појаве. Важно је развијати стратегије за интервенцију заједнице на локалном нивоу, повезивати деловање, сарадњу и координацију државних органа и институција у борби против насиља у породици. У циљу сузбијања насиља у породици законодавство треба да забрани све облике насиља у породици и да предвиди ефикасне одредбе, као, на пример, удаљење насилног партнера из заједничког домаћинства и окружења жене и деце.

У тексту Препорука се истиче да би у циљу боље заштите жртава требало обезбедити бесплатне правне савете и помоћ, отворати центре за психолошку подршку жртвама, дати финансијску помоћ социјалним службама и онима који раде на примарном збрињавању жртава. Осим тога, препоручује се обезбеђење ефикасне заштите жртава у току судског поступка, пружање специјалне финансијске подршке невладиним организацијама и женским удружењима, која раде са жртвама насиља у породици, развијање мера социјалне заштите, унапређење обуке професионалаца како би предузели неопходне мере помоћи. Веома је важно да се успостави сарадња између полиције, других државних органа и невладиних организација на заједничком сузбијању насиља у породици. У том смислу треба осмислити планове акције и спроводити кампање за подизање свести о насиљу у породици и нулту толеранцију

¹⁷ <http://assembly-coe.int/Main.asp?link=Documents/AdoptedText/ta==/EREC1450.htm>, детаљније видети: Јовановић, С.: Међународноправни оквири заштите од насиља у породици, Правни живот бр. 9/2008, стр. 220.

овог насиља. Значајну улогу имају едукативни тренинзи свих који раде са жртвама насиља у породици, као и едукација шире стручне јавности о родној равноправности и ненасилном решавању сукоба.

Улога медија у објективном и непристрасном извештавању о насиљу у породици је изузетно значајна. Због тога медије треба стално подстицати да дају допринос едукацији јавности о узроцима и последицама насиља у породици. Исто тако, женама треба саветовати и обезбедити да науче технике самоодбране, а за насилнике разрадити програме третмана.

Парламентарна скупштина Савета Европе усвојила је 2004. године Препоруку 1681(2004) (*PACE Recommendation 1681 (2004) Campaign to combat domestic violence against women in Europe*)¹⁸ у којој је најпре истакнута велика забринутост због степена испољавања и екстремног пораста насиља у породици над женама у свим земљама. Због тога је, како је наведено у чл. 2 Препоруке, неопходно да државе чланице Савета Европе посматрају насиље у породици као национални политички проблем и да га решавају у ширем политичком оквиру уз учешће владе, парламента и грађанског друштва; да предузимају ефективне мере за окончање породичног насиља било да се ради о репресивним мерама (кажњавање) или мерама превенције.

Као и раније донети међународни документи и ова Препорука указује на то да акти насиља у породици треба да буду дефинисани као кривично дело и да жртвама треба да буде обезбеђена адекватна правна, психолошка и финансијска заштита. Такође, предложено је да се прогласи Европска година за борбу против насиља у породици, како би се осигурало да „такво насиље не буде више табу тема“ (чл.3). Спровођењем кампање за национално подизање свести и усвајањем законодавних, судских и финансијских мера у националним оквирима постиже се прогрес у борби против насиља у породици јер су жртве боље информисане о својим правима, а јавност постаје свеснија озбиљности овог проблема. Паневропска кампања за борбу против насиља у породици, како се наводи у Препоруци, има за циљ да охрабри државе чла-

¹⁸ www.coe.int/t/pace/campaign/stopviolence/ приступ 18.3.2009.

нице за предузимање хитних мера. У току кампање, која би требало да се спроводи у три главна правца: превенција, помоћ жртви и пружање информација јавности, успоставља се сарадња Европске комисије, Европског парламента и невладиних организација.

Парламентарна скупштина Савета Европе усвојила је 28.6.2006. године Резолуцију 1512 /2006/ (PACE Resolution 1512 /2006/ „Parliaments united in combating domestic violence against women“) и Препоруку 1759 /2006/ (PACE Recommendation 1759 /2006/ Parliaments united in combating domestic violence against women), којима су се државе чланице Савета Европе обавезале да ће спроводити Паневропску кампању под називом „Уједињени парламенти у борби против насиља у породици над женама“, у трајању од 24.11.2006. - 8.3.2008. године. Поводом почетка кампање („Шеснаест дана активизма против насиља над женама“) 25.11.2006. године, на Међународни дан борбе против насиља над женама упућено је Писмо европске мреже против насиља над женама (*Blueprint of the Council of Europe Campaign to Combat Violence Against Women, Including Domestic Violence*)¹⁹ и Апел Европске мреже против насиља над женама.²⁰ У овим документима је препоручено да се у току кампање нарочито инсистира на следећим областима: адекватно законодавство, прикупљање података, заштита жртава, пружање различитих сервиса и развијање националних планова акције.

Значајно је поменути и две одлуке Европског суда за људска права у Стразбуру (European Court of Human Right)²¹ од 15. јануара 2009. године против Хрватске (Application no.46598/06)²² и одлуку од јуна 2009. против Турске.

¹⁹ Ово је основни документ кампање који је припремила Радна група за борбу против насиља над женама укључујући насиље у породици – Task Force to Combat Violence against Women, Including Domestic Violence и који је званично усвојио Комитет Министара 21.6.2006. године, <http://www.coe.int/T/E/Human Rights/Equility/PDF EG-TFV 2006 8 blueprint E.pdf>. Радна група је формирана у складу са Акционим планом усвојеним за време Трећег самита челника држава и влада чланица Савета Европе у Варшави 16. и 17.5.2006.

²⁰ WAVE – Women Against Violence in Europe, <http://wave-network.org/start.asp>

²¹ Европски суд за људска права, судска институција Савета Европе, основан је за заштиту права и слобода гарантованих Европском конвенцијом о људским правима.

²² Sljeme.usud.hr/usud/prakEsen.nst/PRAKSA/DE6EF404943E5FB2C125758200702071

Општински суд у Чаковцу осудио је вишегодишњег породичног насилника на пет месеци затвора. Када је изашао из затвора, он је убио жену, заједничко дете и себе. Европски суд за људска права је донео пресуду на основу чл. 2 Конвенције о људским правима са образложењем да држава није превентивно деловала у циљу заштите живота жене и детета и да није спровела темељну истрагу о могућим одговорностима државних службеника за смрт жене и њеног детета. У пресуди се наводи да је држава дужна да исплати подносиоцима захтева (отац, мајка, браћа и сестра настрадале жене) у року од три месеца 40.000 еура у националној валути са свим пратећим порезима и 1.300 еура на име судских трошкова.

Јуна 2009. Европски суд за људска права прогласио је кривим град Анкару за ускраћивање заштите жени жртви породичног насиља. Турска је званично прекршила Конвенцију о људским правима која забрањује мучење и дискриминацију, као и због тога што није заштитила женино право на живот. Терка убијене жене је више пута пријављивала полицији да је њена мајка у опасности да буде убијена од стране свог зета, али полиција није ништа предузимала. Турској је одређена новчана казна у износу од 36.500 еура и плаћање судских трошкова.

Законодавство Србије

Подаци о обиму и распрострањености насиља у породици у Србији нису прецизни и поуздани због непостојања званичних статистика. Већина података обезбеђена је захваљујући истраживањима невладиног сектора и они показују да је овај вид насиља веома распрострањен и да се свакодневно дешава. Узроци ове појаве су многобројни и комплексни, а нарочито су заступљени патријархални односи међу половима, тешка економска криза, избеглиштво, расељавање, ратно окружење, као и процеси ретрадиционализације. Најчешћи видови насиља над женама у Србији су насиље у породици или партнерском односу, сексуално насиље над женама и трговина женама.

Последњих година у Србији је дошло до значајних промена у заштити жена од родно заснованог насиља, посебно у домену легислати-

ве, где је одговарајућим законским нормама држава преузела одговорност за превенцију, откривање, спречавање и заштиту од насиља, као и кажњавање учинилаца.

Захваљујући настојањима да се постојећи правни систем у Србији усклади са међународним и европским правним стандардима и дугогодишњем систематском јавном заговарању и лобирању женских невладиних организација, као и Моделу правне заштите од насиља у породици, који је израдила Радна група Виктимолошког друштва Србије²³, започео је процес уобличавања институционалних механизма за борбу против насиља у породици. Изградња законских инструмената за заштиту од насиља у породици представља испуњавање међународне обавезе државе да заштити право на живот, слободу и личну сигурност својих грађана, да спречи насиље, без обзира где се оно догађа, те да особама које су преживеле насиље пружи свеобухватну праву заштиту, социјалну помоћ и подршку ради изласка из ситуације насиља и ублажавања штетних последица које је оно изазвало. Осим тога, стварање одговарајућих механизма заштите од насиља у породици представља испуњавање међународних обавеза државе на плану елиминисања насиља у породици као родно базираног насиља²⁴, које жене држи у подређеном положају у односу на мушкарце и озбиљно умањује њихову могућност да равноправно са мушкарцима уживају људска права и слободе.²⁵

²³ “Модел правне заштите од насиља у породици“ израдила је 1998. године Радна група Виктимолошког друштва Србије. Текст Модела објављен је у: Николић-Ристановић, В.(2000) *Породично насиље у Србији*, Виктимолошко друштво Србије, Прометеј, Београд, стр. 117-138.

²⁴ Константиновић Вилић, С. (2004): *Право жена на заштиту од насиља у породици*, у Б. Ђуровић (ур.) „Људска права за жене“, Ниш: Одбор за грађанску иницијативу.

²⁵ „Насиље над женама ... је испољавање историјски неједнаког односа снага између жена и мушкараца, који је довео до мушке доминације над женама и до њихове дискриминације од стране мушкараца, што као исход има спречавање потпуног напредовања жена и чињеницу да је насиље над женама један од пресудних механизма путем којег се жене присиљавају на прихватање положаја подређености у односу на мушкарце“ (Декларација о елиминисању породичног насиља над женама (1993)). Видети и: Препоруку бр. 19 CEDAW Комитета за елиминисање свих облика насиља над женама (1992), Пекиншку декларацију и платформу за акцију (1995), Препоруку

Први корак у изградњи кривичноправног, репресивног система заштите жртава насиља у породици учињен је инкриминисањем насиља у породици као посебног кривичног дела са различитим облицима испољавања. Инкриминисању насиља у породици као посебног кривичног дела веома много су допринела криминолошка и виктимолошка истраживања у овој области, као и дугогодишње залагање женског покрета у целини, женских група и феминистички оријентисаних правница да се насиље у породици учини друштвено видљивим обликом криминалитета. Увођење ове инкриминације у Кривични закон значајно је утицало на то да се насиље у породици не сагледава као приватна ствар појединца већ као друштвено опасно понашање подједнако значајно за репресивно реаговање државе као и насиље ван породице.

Народна Скупштина Републике Србије донела је 28.2.2002. године Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, који је у чл. 118а предвидео ново кривично дело насиље у породици. Закон је почео да се примењује 9.3.2002. године. Изузетно значајна промена учињена је у погледу кривичног гоњења за кривично дело насиља у породици. За све облике насиља у породици предвиђене Кривичним законом РС гони се по службеној дужности. То значи да поступак покреће и води јавни тужилац и када је у питању угрожавање душевног интегритета члана породице, односно психичко насиље. Следећа значајна законска промена у области кривичног законодавства уследила је 2005. године када је донет Кривични законик РС, који је ступио на снагу 1.1.2006. године. У овом Кривичном законнику такође је инкриминисано кривично дело насиље у породици у чл. 194, с тим што је предвиђено пет облика кривичног дела, за разлику од ранијег законског текста који је предвиђао четири облика. Одредбе Породичног закона Републике Србије²⁶ о заштитним мерама које се примењују у случају постојања насиља у породици, условиле су увођење петог облика кривич-

одбора министара Савета Европе земљама чланицама за заштиту жена од насиља (Rec 2002/5).

²⁶ „Сл.гласник РС“ бр.18/2005, Породични закон је почео да се примењује 1.јула 2005. године.

ног дела насиља у породици, код кога се радња извршења састоји у кршењу судски одређених мера заштите. Међутим, изменама Кривичног законика у погледу кривичног дела насиља у породици, потпуно је неоправдано смањена висина запређених казни за све облике породичног насиља и тиме умањен ниво заштите успостављен 2002. године.

Поред Кривичног законика из 2005. године, за сагледавање кривичноправне заштите жртава насиља у породици значајни су важећи Законик о кривичном поступку из 2005.²⁷, Законик о кривичном поступку из 2006. године, који ће почети да се примењује 31.12.2010²⁸ и Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица²⁹.

Прекршајно законодавство није се значајно променило када се ради о насиљу у породици. Поједини облици, пре свега психичког насиља између чланова породице могу, према Закону о јавном реду и миру³⁰, да буду квалификовани као прекршај којим се ремети јавни ред и мир и угрожава безбедност односно спокојство грађана. Међутим, важно је поменути одредбе о заштитним мерама у Закону о прекршајима³¹ јер се једна од предвиђених мера – забрана приступа оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја, која укључује и меру забране приступа заједничком стану или домаћинству може применити у случају извршења прекршаја против јавног реда и мира сагледаног као насиље у породици.

Прегледом правних норми које постоје у кривичном и прекршајном законодавству Србије можемо да утврдимо да је у протеклих седам година дошло до извесног помака у хармонизацији националног законодавства са стандардима предвиђеним у међународном праву, пре свега са стандардима на нивоу Савета Европе и Европске Уније. То се посебно односи на инкриминацију кривичног дела насиља у поро-

²⁷ „Сл.гласник РС“ бр.58/2004, 85 од 6.10.2005.

²⁸ Законом о изменама Законика о кривичном поступку усвојеним на ванредној седници Скупштине Србије одложена је примена Законика о кривичном поступку из 2006. године до 31.12.2010. године.

²⁹ „Сл.гласник РС“ бр.85 од 6.10.2005.

³⁰ „Сл.гласник РС“ бр.51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005, 85/2005.

³¹ „Сл.гласник РС“ бр.101/05.

дици и гоњење учинилаца од стране јавног тужиоца *ex officio* за све облике насиља у породици инкриминисане у Кривичном законнику. Наведене законске промене и прихватање међународних обавеза од стране државе показују да је држава преузела одговорност да створи климу нулте толеранције на насиље у породици.

Такође, треба нагласити да је у процесу хармонизације закона са законима Европске уније, Влада Републике Србије усвојила 13.2.2009. године Националну стратегију за побољшање положаја жена и унапређење равноправности полова (у даљем тексту Стратегија). У Стратегији је насиље према женама дефинисано као сваки акт родно заснованог насиља, који резултира или може да има за последицу физичку, психичку или сексуалну повреду или патњу жене, укључујући претње таквим радњама, ограничење или произвољно лишење слободе, без обзира да ли се дешава у сфери јавног или приватног живота. Насиљу су посебно изложене жене из маргинализованих и вишеструко дискриминисаних група (Ромкиње, жене са инвалидитетом, избегле и расељене жене, жртве рата, жене које живе у истополним заједницама, жене са психички измењеним понашањем, жене зависне од алкохола, дроге и медикамената, жене са ХИВ/АИДС вирусом, хроничне болеснице, мигранткиње, сиромашне жене, женска деца, старице, жене из сеоских средина и друге вишеструко дискриминисане групе). Поред тога, указује се да је због разорних последица које изазива, насиље према женама једна од основних препрека за хармоничан, хуман и демократски развој друштва. Значајно је да Стратегија подсећа да је протеклих деценија донет низ међународних докумената и препорука, којима се указује да је дужност државе да јасно дефинише поједине облике насиља над женама, и да изгради ефикасне и делотворне инструменте за заштиту жена од насиља, да заштити право на живот, слободу и личну сигурност жена; да спречи насиље, без обзира где се оно догађа, а да женама које су преживеле насиље пружи свеобухватну правну заштиту, социјалну и економску помоћ и подршку ради изласка из ситуације насиља и ублажавања штетних последица које је оно изазвало.³²

³² Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређење родне равноправности, «Службени гласник РС» 55/05, 71/05 исправка 101/07 и 65/08.

У тексту Стратегије је наглашено, поред осталог, да је казнена политика према починиоцима насиља блага и да постоје велике неуједначености у примени законских прописа. Такође је констатовано да још увек није довољно развијен адекватан систем за спречавање насиља и пружање одговарајуће психосоцијалне и правне помоћи и подршке женама жртвама насиља. Предложено је унапређивање нормативног оквира и његово усаглашавање са потребним међународним стандардима, јачање капацитета система заштите жртава од насиља и умрежавање свих организација које се тиме баве, реформа у прикупљању података и вођењу документације, спровођење истраживања и анализа.

Према томе, још много треба учинити да се законска решења ускладе са међународним стандардима. Како каже Роза Логар³³ „није довољно потписати одговарајућа документа – дела морају да прате речи“. Свакако да је за настанак значајних системских промена и превазилажење стереотипних ставова и предрасуда потребно да прође дуже време, али то не умањује обавезу државе да развија стратегије за превенцију, сузбијање и заштиту од насиља у породици у дугорочном периоду.

Сматрамо да је у циљу унапређења нормативних решења која се односе на насиље у породици у оквиру законодавства Србије у наредном периоду потребно:

- донети посебан Закон о заштити од насиља у породици (доношење овог закона поред тога што обезбеђује бржу и ефикаснију заштиту жртава насиља, омогућава координиран рад институција у јединственом процесу пружања заштите, водећи при томе рачуна о основним правима и стандардима постављеним у међународним документима);
- дефинисати насиље у породици као специфичан облик родно заснованог насиља;
- одредити шири круг чланова породице којима се пружа кривичноправна и прекршајноправна заштита од насиља у поро-

³³ Аустријски модел интервенције у случајевима насиља у породици, с.32. <http://www.womenngo.Org.Rs/images/reagovanje/javne%20politike%202006%20fin.pdf>

дици (круг чланова породице треба да буде одређен као у важећем Породичном закону);

- у свакој фази предвидети хитност поступка;
- утврдити пружање бесплатне правне помоћи жртвама насиља у породици;
- предвидети обавезно присуство јавног тужиоца у свим фазама кривичног поступка;
- предвидети посебан начин саслушања жртава насиља у породици у току кривичног поступка;
- одредити пружање психолошке, социјална и друге стручне помоћи и подршке жртвама насиља у породици у току кривичног поступка;
- утврдити строжије казне од оних које тренутно предвиђа Кривични законик за извршиоце свих облика кривичног дела насиља у породици.

Резиме

Насиље у породици је појава широко распрострањена у свету. Према основним критеријумима постављеним на међународном плану насиље у породици се дефинише као специфичан облик родно заснованог насиља (физичког, психичког, сексуалног, економског) које се одвија у оквиру породице, домаћинства и интимних веза.

За разлику од периода седамдесетих и осамдесетих XX века, када насиље у породици напушта сферу „приватног“ и препознаје се као друштвено неприхватљиво понашање, последњих година, на основу међународних докумената (резолуција, декларација, политичких смерница, препорука), долази до значајних реформи у националним законодавствима. Насиље у породици се у већини законодавстава у свету инкриминише као криминално понашање и поставља на ниво кршења људских права. Захваљујући међународном праву у области насиља у породици, које постоји на три нивоа (ниво Уједињених нација, Савета Европе и Европске Уније), добро осмишљеним и орга-

низованим кампањама Европске мреже против насиља над женама, жене и деца најчешће жртве насиља уопште, па и насиља у породици, данас се налазе у фокусу интересовања великог броја истраживачких пројеката, кривичноправне и грађанскоправне политике и праксе и феминистичке теорије. Елиминисање насиља над женама и децом постало је кључно питање за међународну заједницу, која све више шири мрежу међународних обавеза држава да поступају у складу са мултилатералним конвенцијама о људским правима, међу којима је и право на заштиту од насиља у породици.

Прегледом правних норми које постоје у кривичном и прекршајном законодавству Србије можемо да утврдимо да је у протеклих десет година дошло до извесног помака у хармонизацији националног законодавства са стандардима предвиђеним у међународном праву, пре свега са стандардима на нивоу Савета Европе и Европске Уније. То се пре свега односи на инкриминацију кривичног дела насиља у породици и гоњење учинилаца од стране јавног тужиоца *ex officio*.

Међутим, још много треба учинити да се законска решења ускладе са међународним стандардима. Најважнији предлози у том правцу су: доношење посебног закона о насиљу у породици; дефинисање насиља у породици као специфичног облика родно заснованог насиља; одређивање ширег круга чланова породице којима се пружа заштита од насиља у породици; предвиђање хитности поступка; утврђивање пружања бесплатне правне помоћи жртвама насиља у породици; обавезно присуство јавног тужиоца у свим фазама кривичног поступка; посебан начин саслушања жртава насиља у породици у току кривичног поступка; пружање психолошке, социјална и друге стручне помоћи и подршка жртвама насиља у породици у току кривичног поступка; предвиђање строжијих казни за извршиоце свих облика кривичног дела насиља у породици.

Литература

Јовановић, С.: Међународноправни оквири заштите од насиља у породици, Правни живот бр.9/2008,

Константиновић Вилић, С.: *Право жена на заштиту од насиља у породици*, у Б.Ђуровић (ур.) *„Људска права за жене“*, Ниш: Одбор за грађанску иницијативу, 2004

Константиновић, С., Петрушић Н., Жункић Н.: Европски стандарди о елиминацији насиља над женама, Зборник радова «Усклађивање права СР Југославије са правом ЕУ», центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999.

Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређење родне равноправности, «Службени гласник РС» 55/05, 71/05 исправка 101/07 и 65/08.

Николић-Ристановић, В. *Породично насиље у Србији*, Виктимолошко друштво Србије, Прометеј, Београд, 2000.

Николић-Ристановић, В., Докмановић Мирјана: Међународни стандарди о насиљу у породици и њихова примена на Западном Балкану, Издавачко-графичко предузеће „Прометеј“, Београд, 2006.,

Савет Европе, Препорука Rec(2002)5 Комитета министара државама чланицама о заштити жена од насиља и Меморандум са објашњењима, Аутономни женски центар, Програм развоја добрих пракси против насиља у породици, Београд, 2000.

„Сл.гласник РС“ бр.18/2005

„Сл.гласник РС“ бр.58/2004

„Сл.гласник РС“ бр.85/2005

“Сл.гласник РС” бр.51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005, 85/2005

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:92002E1576:EN:HTML>

<http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:110:0089:01:EN:HTML>

<http://www.eurowrc.org/> pristup 18.3.2009.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/beijingdeclaration.html>,

<http://www.eurowrc.org/>

http://europa.int.eu/comm./employment_social/equ_opp/colognerec_en.html

<http://presidency.finland.fi/netcom/news/>

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/downloadSP>

<http://www.europrofem.org/coe.int/Main.asp?link=Documents/AdoptedText/ta==/EREC1450.htm>

<http://www.coe.int/T/E/Human Rights/Equity/PDF EG-TFV 2006 8 blueprint E.pdf>

<http://www.womenngo.Org.Rs/images/reagovanje/javne%20politike%202006%20fin.pdf>

Sljeme.usud.hr/usud/prakEsen.nst/PRAKSA/DE6EF404943E5FB2C125758200702071

www.coe.int/t/pace/campaign/stopviolence/

Prof. Slobodanka Konstantinović-Vilić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

**FAMILY VIOLENCE AS GENDER-BIASED VIOLENCE:
The European Standards and the Serbian Legislation**

Summary

Family violence is widespread all over the world. According to the main international criteria, family violence is defined as a specific form of gender-biased violence (of physical, psychological, sexual, economical nature) occurring within the family, in the family household or in intimate relationships.

During the 1970s and 1980s, family violence started being regarded as a “public” rather than a “private” issue, and was eventually recognized as socially unacceptable behaviour. Since 1990s, in line with numerous international documents (resolutions, declarations, guidelines and political recommendations), the national legislations have introduced significant legal reforms in this area. Today, family violence is incriminated in most national laws in the world as a criminal behaviour, directly related to the violation of human rights. Nowadays, owing to the international law on family violence which offers three different levels of protection (through the United Nations, the Council of Europe and the European Union) as well as to the well-organized WAVE campaigns (Women against violence in Europe), the victims of family violence are in the focus of interest of numerous research projects, criminal and civil law policies and practice, and feminist theories. Eliminating violence against women and children, as the most common victims of violence in general and of family violence in particular, has become one of the key issues for the international community. The growing network of international instruments and legal provisions oblige the signatory states to act in compliance with the multilateral conventions on human rights, which include the right to the protection against family violence.

Looking into the legal provisions contained in the Serbian criminal and civil legislation, we can observe that there has been a move forward in the past ten years in the process of harmonizing the national legislation with the international legal

standards, primarily those envisaged by the Council of Europe and the European Union. In particular, it principally refers to the incrimination of family violence and the ex officio prosecution of the perpetrators of this criminal act by the public prosecutor.

However, there is more to be done to bring the national legislation in line with the international standards. Some of the most important issues that have to be addressed in due course are: the adoption of a special Family Violence Act which would define family violence both as a criminal act and as a tortuous act; the definition of domestic violence as a specific form of gender-biased violence; determining a wider circle of family members that can be protected from family violence; providing for the urgent procedure in family violence matters; providing free legal assistance to victims of domestic violence; ensuring the mandatory presence of the public prosecutor in all stages of criminal proceedings; establishing a special hearing proceeding for the victims of domestic violence during the criminal proceedings; providing psychological, social and other technical assistance and support to victims of family violence during the criminal proceedings; providing more restrictive penalties for the perpetrators of all forms of criminal acts of family violence.

Key words: *violence against women, family violence, discrimination, gender-biased violence, international standards*

Др Драган Јовашевић, редовни професор UDK: 343.9.024:336.7(497.11:4-672EU)
Правни факултет Универзитета у Нишу

Др Љубинко Митровић, доцент
Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука

ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У ОБЛАСТИ СУЗБИЈАЊА ПРАЊА НОВЦА

Апстракт:

У структури националног, али и интернационалног криминалитета данас преовладава криминалитет управљен на штету имовине других физичких и правних лица (на чак и читавих држава) при чему појединици, групе и читаве организације поступају у вршењу своје криминалне активности вођени намером прибављања противправне имовинске користи. Но, то није довољно, па тако прибављени новац и друге имовинске користи ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију право порекло оваквог "прљавог", илегално прибављеног новца или користи. Стога су не само поједине државе, већ и читава међународна заједница увиделе опасност од оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовинске користи стечене вршењем кривичних дела. Тако међународно право, као и поједина национална законодавства (на и Кривични законик Републике Србије у члану 231.) предвиђају кривичну одговорност за прање новца као кривично дело запређено строгим казнама чији је циљ спречавање и сузбијање оваквих опасних, противправних делатности.

Кључне речи:

европски стандарди, закон, кривично дело, прање новца, одговорност, санкција

1. Уводна разматрања

У структури националног, али и интернационалног криминалитета¹ данас преовладава криминалитет управљен на штету имовине других физичких и правних лица (па чак и читавих држава) при чему појединици, групе и читаве организације поступају у вршењу своје криминалне активности вођени намером прибављања противправне имовинске користи. Но, то није довољно, па тако прибављени новац и друге имовинске користи ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања).² С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију право порекло оваквог "прљавог", илегално прибављеног новца или користи. Стога су не само поједине државе, већ и читава међународна заједница увиделе опасност од оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовинске користи стечене вршењем кривичних дела.³ Тако међународно право, као и у поједина национална законодавства предвиђају кривичну одговорност за прање новца⁴ као кривично дело забрањено строгим казнама чији је циљ спречавање и сузбијање оваквих опасних, противправних делатности.⁵

Различити су облици и видови угрожавања безбедности у целини или појединих њених сегмената (међународне, регионалне или националне безбедности). Свакако да један од посебно опасних облика угрожавања безбедности данас представља криминалитет уопште, а у

¹ Р. Маслеша, Утјецај организованог криминалитета на политичку и сигурносну стабилност у регији, Криминалистичке теме, Сарајево, број 3-4/2003. године, стр. 3-7.

² А. Шаковић, Организовани економски криминал у односу на корупцију и прање новца у Босни и Херцеговини, Криминалистичке теме, Сарајево, број 3-4/2003. године, стр. 183-193.

³ Д. Мештровић, Легализација нелегално стеченог капитала, Полиција и сигурност, Загреб, број 1-3/2002. године, стр. 145-155.

⁴ Д. Јовашевић, М. Гајић Гламочлија, Кривично дело прања новца, Београд, 2008. године, стр. 126-139.

⁵ Д. Јовашевић, Прање новца у теорији и пракси кривичног права, Зборник радова, Криминалитет у транзицији, феноменологија, превенција и државна реакција, Београд, 2007. године, стр. 157-180.

оквиру њега организовани, транснационални криминалитет који не познаје границе између држава, па и између појединих континената. Циљ је организованог вршења кривичних дела, између осталог, и прибављање противправне имовинске користи за појединце, групе па и читаве организације (односно понекад и целе државе).⁶ То указује да ову врсту савременог криминалитета карактеришу два елемента: 1) проузроковање имовинске штете другим физичким или правним лицима (а најчешће целој држави или њеном привредном - фискалном систему) и 2) користољубива побуда односно лукративна намера, намера прибављања имовинске користи на страни учиниоца.⁷

2. Појам и карактеристике прања новца

Да би се разне недозвољене делатности у оквиру међународног, транснационалног, организованог криминала сузбиле, на међународноправном плану се приступило нормирању права и обавеза појединих држава у предузимању адекватних мера, средстава и поступака ради спречавања и сузбијања прања новца⁸. Тако је донето више међународноправних аката којима су прецизиране недозвољене делатности и поједини облици и видови прања новца као и мере, органи и поступања националних законодавстава у правцу сузбијања ове појаве.⁹ Термин "прање новца" (money laundering)¹⁰ у појамном смислу је настао у Сје-

⁶ Ј. Богић, Кривичноправни проблеми прања новца, Зборник радова, Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења, Београд, 2005. године, стр. 319-325.

⁷ Н. Теофиловић, Н. Корајлић, Корупција и прање новца као облици организованог криминала, Криминалистичке теме, Сарајево, број 3-4/2005. године, стр. 131-149.

⁸ А. Шаковић, Улога банака и других финансијских институција у спречавању и откривању прања новца, Криминалистичке теме, Сарајево, број 1-2/2005. године, стр. 163-189.

⁹ Б. Масњак, З. Косељ, Мјере и радње за спрјечавање прања новца, Рачуноводство и финансије, Загреб, број 2/1998. године, стр. 170-172.

¹⁰ Прање новца је процес путем кога се приход остварен криминалном активношћу дезинфикује да би се прикрило његово незаконито порекло. Он представља опасност за глобалне економске интересе, али и финансијске институције (В. Гилмор, Прљави новац, Београд, 2006. године, стр. 11).

дињеним Америчким Државама средином прошлог века.¹¹ Под овим се појмом подразумевају различите активности криминалаца и криминалних група које су усмерене на легализацију новца стеченог криминалном активношћу.¹² Или се под прањем новца подразумева процес који криминалци примењују да би прикрили порекло и изворе прихода од криминалних активности чији је крајњи циљ обезбеђење легалних покрића за изворе профита.¹³

Криминалци приступају прању новца у циљу прибегавања различитим финансијским активностима, финансијским трансакцијама, инвестицијама и берзанским акцијама како би прикрили право порекло свога новца и тако га учинили легалним, законитим делом тржишта капитала. На тај начин они добијају могућност да незаконито стечени новац нормално и несметано користе и пласирају у пословним односима и привредном пословању уопште, како у земљи, тако и у иностранству. У литератури се такође прање новца дефинише као основни начин легализације профита стеченог криминалном делатношћу.¹⁴ Међународна заједница је рано схватила колика друштвена опасност лежи у операцијама прања новца и стога је предузето низ активности у циљу делотворног спречавања и сузбијања оваквих недозвољених активности.¹⁵ Тако се осамдесетих година прошлог века заједно са интензивирањем борбе против недозвољене производње и промета опојних дро-

¹¹ Сматра се да је први пут овај појам уведен Законом о банкарским тајнама у САД из 1970. године и потом Законом о контроли прања новца из 1986. године. Исте године и у Великој Британији прање новца постаје кажњиво дело према Закону о трговини опојним дрогама (Д. Манојловић, Прање новца – теоријско и емпиријско истраживање, Ревиија за безбедност, Београд, број 2/2008. године, стр. 5-6).

¹² Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2006. године, стр. 481-482; В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Београд, 2003. године, стр. 23.

¹³ М. Шкулић, Организовани криминалитет – појам и кривичнопроцесни аспекти, Београд, 2003. године, стр. 131.

¹⁴ Б. Бановић, Прање новца, Зборник радова, Корупција – основни појмови и механизми за борбу, Београд, 2007. године, стр. 105-106.

¹⁵ Д. Јовашевић, Прање новца – новим законом против старе праксе, Правни информатор, Београд, број 10/2001. године, стр. 2-4.

га јављају идеје за координираном акцијом¹⁶ на међународном плану у циљу сузбијања прања новца.¹⁷ Наиме, циљ свих ових активности се сводио на онемогућавање, спречавање и пресецање организовања и деловања појединих криминалаца, криминалних група или организација везаних за нелегалну трговину опојним дрогама, у првом реду Колумбијског картела.

3. Прање новца и европски стандарди

Схвативши реалну опасност од организованог криминалитета интернационалног карактера који не познаје политичке, државне и идеолошке границе међу народима и државама, међународна заједница почиње да ради на развијању и конципирању стратегије опште борбе против најопаснијег вида криминалитета – трговине опојним дрогама, белим робљем, оружјем итд. са чиме је у тесној вези и прање новца. У том смислу је донето више међународно-правних аката од којих, примера ради, наводимо¹⁸: 1) Конвенција ОУН против недозвољене трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама донета 1988. године у Бечу¹⁹, 2) Конвенција Савета Европе²⁰ о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом од 8. новембра 1990. године у Стразбуру, 3) Директива за спречавање коришћења финансијског система у циљу прања новца из 1991. године, 4) Коминике донет

¹⁶ И. Марос, И. Барац, Међународна сурадња Уреда за спречавање прања новца Републике Хрватске у откривању међународних случајева прања новца, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, број 1/2000. године, стр. 165-177.

¹⁷ Г. Хершак, Прање новца и полиција, Полиција и сигурност, Загреб, број 3-4/1993. године, стр. 221-228.

¹⁸ Д. Јовашевић, Прање новца – ново кривично дело у међународном и кривичном праву, Економика предузетништва, Београд, број 3/2002. године, стр. 158-160.

¹⁹ Службени лист СФРЈ – Међународни уговори број 14/1999.

²⁰ Савет Европе је још 1980. године донео Препоруку (број 80) 10 о мерама против трансфера и чувања новчаних средстава криминалног порекла. Данас се активности ове регионалне организације у борби против прања новца одвијају на три фронта: 1) као стандардни креатор – кроз усвајање одређених међународних правних аката – конвенција, смерница и препорука, 2) као контролор ефикасности мера за спречавање прања новца преко механизма MONEYVAL и 3) као пружалац техничке помоћи (В. Гилмор, Прљави новац, *op.cit.* стр. 11).

1993. године на Кипру, 5) Конвенција УН против транснационалног организованог криминала донета 12-15. децембра 2000. године у Парлерму и 6) Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма.²¹ Ови међународноправни акти²² представљају правни основ за прописивање инкриминисаних понашања у вези са прањем новца у националном кривичном законодавству и за прописивање кривичних санкција.²³ Стога је значајно на који начин поједина национална законодавства уређују кривичноправни аспект прања новца.²⁴ Ово тим пре што многа решења предвиђена наведеним међународноправним актима налазе своје оживотворење и примену кроз решења у националном кривичном законодавству.²⁵

Посебно значајан акт из области спречавања и сузбијања прања новца као негативне и штетне друштвене појаве јесте Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом²⁶ коју је донео Савет Европе 8. новембра 1990. године у Страсбуру. Ова конвенција прописује обавезу држава чланица ове регионалне међународне организације да у свом националном законодавству предвиде посебно кривично дело прања новца. Обележја овог дела су одређена на начин као што је то учињено Бечком конвенцијом²⁷ с разликом што се у овом случају тежи одузимању и конфискацији сваке имовинске добити која је стечена не само незаконитим делатностима везаним за опојне дроге, већ и за активности у вези са тероризмом, трговином белим робљем, оружјем и кривичним делима којима се остварује вели-

²¹ Службени лист СРЈ – Међународни уговори број 7/2002.

²² В. Ђ. Деган, Б. Павишић, Међународно казнено право, Ријека, 2005. године, стр. 197-203.

²³ Више: Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године.

²⁴ Д. Јовашевић, Кривично дело прања новца – међународни и унутрашњи аспекти, Правни информатор, Београд, број 5/2000. године, стр. 37-39.

²⁵ С. Шимундић, М. Јеленски, В. Шимовић, Феноменологија прања новца и сустав мјера за одузимање протуправно стечене користи, Зборник Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 3-4/2002. године, стр. 317-331.

²⁶ Б. Павишић, Казнено право Вијећа Европе, Загреб, 2006. године, стр. 354-357.

²⁷ Д. Илчић, Документи међународних организација о спречавању прања новца као извори права, Правни живот, Београд, број 9/2005. године, стр. 903-923.

ки профит. При томе је појам прљавог новца одређен као незаконит приход од било којег кривичног дела чиме је овај појам претходно дат у Бечкој конвенцији знатно проширен и на приходе који су остварени криминалитетом у вези са незаконитом производњом и прометом опојних дрога.²⁸

Тако су у члану 6. ове европске конвенције одређен појам и обележје кривичног дела прања новца које се састоји у умишљајном предузимању једне или више следећих делатности²⁹:

1) конверзији или трансферу имовине уз знање да таква имовина представља приход од криминала с циљем прикривања или неистинитог приказивања незаконитог порекла имовине или помагању неком лицу које је укључено у чињење предикатног кривичног дела да избегне законске последице својих дела,

2) прикривању или неистинитом приказивању правне природе, извора, места, употребе, кретања, права или својине у односу на имовину знајући да та имовина представља приход стечен чињењем кривичног дела,

3) стицању, поседовању или коришћењу имовине са знањем у време пријема да таква имовина представља приход од кривичног дела и

4) учествовању, удруживању или завери ради чињења, покушај чињења и помагање, подстицање или олакшавање и саветовање у циљу чињења било ког кривичног дела.³⁰

Напорима међународне заједнице који су посвећени супротстављању прању новца, придружила се и Европска унија путем активности више органа и тела у оквиру ове регионалне међународне организације и путем низа правних аката (у првом реду препорука) које представљају солидну правну основу за активности специјализованих органа Уније. У том погледу су нарочито значајне две директиве Савета и

²⁸ М. Леви, Прљави новац, Избор, Загреб, број 1/1998. године, стр. 49-57.

²⁹ В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2006. године, стр. 148-149.

³⁰ Д. Јовашевић, Кривично дело прања новца – међународни и унутрашњи аспекти, Правни информатор, Београд, број 5/2000. године, стр. 37-39.

Европског парламента.³¹ То су: 1) Директива (91/308/ЕЕЦ) Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 1991. године и 2) Директива (2001/97/ЕЕЦ) која допуњује Директиву Савета Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 1991. године.

Директива (91/308/ЕЕЦ) Савета Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 1991. године, која представља прву законодавну меру Европске уније у овој области, иако је сама Унија била и раније активно укључена у преговорима о доношењу Конвенције ОУН против незаконите трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама из 1988. године, односно Конвенције Савета Европе о прању новца, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом из 1990. године.³² Ова је Директива промовисала превентивни приступ у спречавању прања новца. Стога је финансијским и кредитним институцијама наметнуто низ обавеза и мера које треба да обезбеде благовремено и ефикасно откривање и доказивање различитих облика и видова прања новца у привредним активностима како би се "обезбедио интегритет и неупрљаност финансијског система". Директива полази од чињенице "да се прање новца јавља не само у погледу прихода од дроге, него и оних прихода који су стечени другим криминалним активностима (као што су организовани криминал и тероризам)."

У члану 1. Директиве одређени су појам и карактеристике прања новца. Под овим се појмом сматра "свако поступање које је учињено намерно" у виду:

а) конверзије или трансфера имовине са знањем да је она стечена криминалном активношћу или учествовања у таквој активности у циљу прикривања или маскирања незаконитог порекла имовине или помагања било ког лица које је умешано у вршење такве активности како би се избегле законске последице такве радње,

³¹ М. Јеленски, Превенција привредног криминалитета, Приручник, Загреб, број 1/1991. године, стр. 50-62.

³² В. Гилмор, Прљави новац, *op. cit.* стр. 12.

б) прикривања или маскирања праве природе, извора, локације, диспозиције, кретања и права у погледу власништва имовине са знањем да је та имовина стечена криминалном активношћу или учествовања у таквој активности,

в) прибављање, поседовање или коришћење имовине са знањем у време њеног стицања да је та имовина стечена криминалном активношћу или учествовања у таквој активности и

г) удруживања са другим лицима, покушај чињења или помагање, подстицање, олакшавање или прикривање чињења било које напред наведене радње.³³

На исти начин у дефинисању појма, елемената и карактеристика прања новца као самосталног кривичног дела, поступа и Други протокол уз Конвенцију о заштити финансијских интереса европских заједница из 1995. године који захтева криминализацију прања добити стечене финансијским утајама и другим кривичним делима ове врсте.³⁴ Посебан значај у активностима Европске уније³⁵ представља и Здружена акција од 3. децембра 1998. године о прању новца, идентификацији, откривању, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и средстава за њихово стицање.³⁶

Коначно, Директива (2001/97/ЕЕЦ) која допуњује Директиву Савета Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 1991. године, која је донета 2001. године, полазећи од чињенице да "прање новца има очигити утицај на пораст организованог криминала, те да се борба против прања новца мора водити углавном казнама и у оквиру међународне сарадње судских и других органа за примену закона", у члану 1. на идентичан начин одређује прање новца, као и претходна Директива из 1991. године. При томе се ово тешко кривично дело повезује са прикривањем (маскирањем) сваке

³³ В. Гилмор, Прљави новац, *ibid*, стр. 326-327.

³⁴ М. Јеленски, Прање новца – сувремене свјетски тренд, Приручник, Загреб, број 3/1991. године, стр. 216-224.

³⁵ З. Ђурђевић, Пријеваре на штету прорачуна ЕУ – појавни облици, методе и узроци, Финансијска теорија и пракса, Загреб, број 3/2006. године, стр. 253-281.

³⁶ V. Mitsilegas, Money laundering counter – measures in the European Union, London, 2003. године, pp. 86-102.

имовинске користи која је прибављена било којом врстом криминалне умешаности у вршење тешких кривичних дела, међу којима поред кривичних дела предвиђених чланом 3. Бечке конвенције из 1988. године улазе и следећа кривична дела³⁷ : а) превара дефинисана у чл. 1 и 2. Конвенције о заштити финансијских интереса Европских заједница, б) корупција и в) прекршаји који могу донети знатне приходе, а који је кажњиви тешким казнама затвора у складу са кривичним законом држава чланице Уније.³⁸

4. Европска унија и прање новца

За протеклих пет деценија, Европска унија, као регионална економска, политичка и безбедносна организација је прошла кроз више фаза свога развоја које су представљале квалитативни помак у њеној организацији, надлежностима и деловању, стварајући тако најмоћнију међудржавну организацију у свету. Као једно од важних поља деловања – тзв. "трећи стуб" Европске уније се огледа у њеној активности на изградњи и унапређењу "простора слободе, безбедности и правде". У оквиру ове области, посебно је значајна активност Европске уније, њених појединих органа, "група" и самих држава чланица у предузимању превентивних мера у циљу спречавања и сузбијања посебно опасних противправних понашања појединаца и група која су одређена као тешка међународна кривична дела, као што су: тероризам, трговина опојним дрогама, прање новца и корупција. Стога ћемо на овом месту указати на улогу Европске уније у спречавању и сузбијању прања новца као изузетно опасне активности управљене против економских интереса Европске уније у целини, односно њених држава чланица.

1. Надлежности Европске уније у сузбијању прања новца

Још је Споразум између влада држава Економске уније Бенелукс, Савезне Републике Немачке и Француске Републике о постепе-

³⁷ Д. Јовашевић, Кривичноправни аспекти прања новца, Избор судске праксе, Београд, број 6/2003. године, стр. 5-10.

³⁸ В. Гилмор, Прљави новац, *op.cit.* стр. 337-338.

ном укидању контрола на заједничким границама (познат као споразум из Шенгена) закључен 14. јуна 1985. године (а потом и одговарајућа Конвенција о примени споразума из Шенгена од 19. јуна 1990. године у делу трећем под називом: "Полиција и безбедност" у чл. 39-91) у поглављу првом, међу "Краткорочним мерама" у члану 9. одредио обавезу за стране уговорнице да интензивирају и појачају сарадњу између својих царинских и полицијских органа, посебно у борби против криминала, а нарочито ... против пореских и царинских утаја и проневера.³⁹

Потом следи Уговор о Европској унији⁴⁰ из Маастрихта закључен 7. фебруара 1992. године. Овај Уговор у члану К.1. тачка 7. одређује да су ради остварења циљева Европске уније, посебно слободног кретања лица, утврђена питања од заједничког интереса у које спада и "правосудна сарадња у кривичним стварима". На тај начин су формирана три стуба Европске уније.⁴¹ Овај трећи стуб – сарадња држава чланица у области правосуђа и унутрашњих послова је институционализован у тачки 9. ("Наслов VI) који разрађује "полицијску сарадњу у циљу превентивног деловања и борбе против тероризма, недозвољене трговине опојним дрогама и других тешких облика међународног криминала."⁴² За реализацију постављених циљева у оквиру "трећег стуба" предвиђени су специфични инструменти као што су: а) утврђивање заједничких ставова, б) усвајање "заједничке акције" и в) закључење конвенција у областима од заједничког интереса.

Овај Уговор садржи и еволутивну клаузулу (члан К. 9) која омогућава развој и разраду појединих одредби као и две декларације, од којих посебно, за тему нашег рада истичемо, Декларацију (број 32.) о сарадњи између полиција. Ова Декларација предвиђа: а) усвајање конкретних мера код усклађивања истражних радњи, б) формирање банке

³⁹ Д. Лопандић, М. Јањевић, Споразум из Шенгена – за Европу без граница, Београд, 1996. године, стр. 9-17.

⁴⁰ Више: Д. Митровић, О. Рачић, Право Европске уније, Београд, 1996. године; Б. Бабић, Г. Илић, Југославија и Европска унија, Београд, 1996. године.

⁴¹ Н. Бодирога Вукобрат, Посебности правне природе Европске уније, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 38/2001. године, стр. 351-369.

⁴² Д. Лопандић, М. Јањевић, Уговор о Европској унији – од Рима до Маастрихта, Београд, 1995. године, стр. 114-118.

података, в) усклађивање разлика у вођењу истражног поступка и г) мере за стручно оспособљавање службених лица. Даљи допринос Европске уније у супротстављању организованом транснационалном криминалитету представља Декларација о борби против организованог криминала⁴³ која је усвојена 18. септембра 1992. године у којој су министри правде и унутрашњих послова држава чланица Европске уније нагласили одговорност држава за вођење борбе против криминала на њиховим територијама, али су указали и на међународни прекогранични карактер опасности које представљају мафија и остале организације међународног криминала.

У том смислу су потврдили потребу јачања ефикасне сарадње између надлежних органа држава чланица. Стога су се ради остварења овако постављених задатака, министри сагласили о потреби: а) развоја сарадње у циљу конфискације производа који су добијени као резултат кривичних дела, б) превенције и кажњавања трговине опојним дрогама и прања новца,⁴⁴ в) организовања оштрих акција против компанија које учествују у организованом криминалу и г) настављања активности у циљу побољшања поступака екстрадиције између држава чланица.⁴⁵ Тиме је учињен значајан напредак у трансформацији међудржавних односа држава чланица Европске економске заједнице у Европску унију⁴⁶ који је својевремено инаугурисан Јединственим европским актом од 16. јануара 1986. године.⁴⁷

⁴³ Д. Лопандић, М. Јањевић, Споразум из Шенгена – за Европу без граница, *op.cit.* стр. 187-188.

⁴⁴ У борбу против прања новца укључени су разни органи и групе у оквиру Европске уније као што су: Група 15, Базелски комитет, Одсек за усклађивање борбе против кријумчарења.

⁴⁵ У протеклом периоду Европска унија је уложила велике напоре у доношењу низа правних аката управљених на спречавање и сузбијање прања новца као што су: Препорука у вези борбе против прања новца од 29. новембра 1993. године, Одлука о прослеђивању Европском парламенту докумената о организованом међународном криминалу од 13. јула 1994. године, Закључци о организованом међународном криминалу од 29. новембра 1993. године, Извештај о прању новца од 20. јуна 1994. године, Извештај о организованом криминалу у Европској унији од 10. марта 1995. године.

⁴⁶ Б. Кривокапић, Лексикон међународног права, Београд, 1998. године, стр. 119-122.

⁴⁷ Р. Вукадиновић, Европска економска заједница, Београд, 1991. године, стр. 54-67. Иначе, Јединствени европски акт не спомиње изричито сарадњу у области право-

Уговором из Амстердама који је усвојен 2. октобра 1997. године успостављен је простор слободе, безбедности и правде у оквиру Европске уније.⁴⁸ Тиме је заправо извршена трећа значајнија институционална реформа ове европске регионалне економске, политичке и безбедносне организације. У члану Б, наведени су између осталог и следећи циљеви Уније: 1) да потврди свој идентитет на међународној сцени, посебно вођењем заједничке спољне и безбедносне политике, што подразумева и постепено утврђивање заједничке одбрамбене политике која би у догледно време могла довести до заједничке одбране и 2) да одржи и ојача Унију као простор слободе, безбедности и правде у оквиру кога је слободно кретање лица обезбеђено уз паралелно усвајање одговарајућих мера из области контроле спољних граница, азила, имиграције и превенције криминала.⁴⁹ Остваривање ових циљева је у Уговору затим разрађено у одговарајућим поглављима. Тако је у поглављу о полицијској и правосудној сарадњи у кривичним стварима истакнуто у члану 29. (раније члан К.1) да се наведени циљеви Европске уније постижу⁵⁰ : 1) спречавањем и борбом против организованог и другог криминала, а посебно ... корупције⁵¹ ... и 2) ближом сарадњом правосудних и других надлежних органа: полицијских, царинских и др. у државама чланица-

суђа и унутрашњих послова, већ се она на посредан начи спомиње само у две декларације које се односе чл. 13-19. Акта и у одредбама које се односе на Суд правде, док члан 100. А Акта управо истиче националну јурисдикцију у овим областима.

⁴⁸ У иностраној правној литератури у последње време све чешће се говори о "европском казненом праву" или "европском правосудном казненом простору" чију основу чине међународни извори донети у оквиру и под окриљем Савета Европе и Европске уније (Б. Павишић, Казнено право Вијећа Европе, Загреб, 2006. године, стр. 14-15).

⁴⁹ Д. Лопандић, Уговор о Европској унији – Рим, Мастрихт, Амстердам, Београд, 1999. године, стр. 37-46.

⁵⁰ М. Јањевић, Трећи стуб Европске уније, Београд, 2003. године, стр. 219-223.

⁵¹ Значајну улогу у борби против корупције, посебно државних функционера имају закључци увојени на 19. европској конференцији министара правосуђа која је одржана на Малти јуна 1994. године када је усвојен предлог Мултидисциплинарне радне групе за утврђивање система мера у оквиру Програма међународне борбе против корупције. У мају исте године су државе чланице ОЕЦД на конференцији у Паризу усвојиле Препоруке у вези са корупцијом у међународним трговинским трансакцијама (М. Јањевић, Трећи стуб Европске уније, *op.cit.* стр. 103).

ма директно или посредством преко Европске полицијске службе (Еуропола).⁵²

Заједничка делатност у оквиру полицијске сарадње према одредби члана 30. (раније К.2) Уговора из Амстердама обухвата: а) оперативну сарадњу надлежних државних органа (полицијских и других специјализованих органа репресије) у области спречавања и откривања кривичних дела и истраживања у тој области, б) сакупљање, чување, обраду и анализу релевантних информација, в) сарадњу и заједничке иницијативе у погледу обуке, размене официра за везу, деташмана, коришћење опреме и криминалистичких истраживања и г) заједничку процену специфичних истражних техника које се односе на откривање озбиљних облика организованог криминала.⁵³

Даљи корак у правцу интензивирања улоге Европске уније у спречавању и сузбијању тешких облика међународних кривичних дела представљају напори управљени на доношење јединственог кривичног кодекса под називом: "Corpus iuris".⁵⁴ То је нацрт кодификације материјалног, процесног и извршног кривичног права Европске уније који је урадила комисија угледних правних теоретичара под вођством М. Делмас Мартија⁵⁵ 1996. године, а који је ревидиран у Фиренци 1999. године. Ради се, заправо, о правном пројекту који чини 35 чланова који су распоређени у два дела: а) први део (чл. 1-17.) који уређује основна, суштинска материјалноправна питања и б) други део (чл. 18-35) који уређује кривични поступак, организацију правосуђа и извршење кривичних санкција. Овај је акт примарно усмерен на заштиту финансијских интереса Европске уније, али је његова важност знатно шира јер поставља обресе будућег европског кривичног права или систем наднационалних кривичноправних норми. Полазна основа "Corpus iurisa"

⁵² Више: М. Santiago, *Europol and Police Cooperation in Europe*, Lampeter, 2000. године.

⁵³ Т. С. Hartley, *Темељи права Европске заједнице*, Ријека, 2004. године, стр. 124-137.

⁵⁴ Б. Павишић, *Казнено право Вијећа Европе*, *op. cit.* стр. 24-26.

⁵⁵ М. Delmas Marty, *Procedure penale d'Europe*, Padova, 2001. pp. 134-147; М. Delmas Marty, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1/2003. pp. 13-25.

је пројекат Европског правног простора који се изражава кроз: а) асимилацију, б) сарадњу и в) хармонизацију европских система кривично-правне заштите, а који има за циљ уређење праведније, једноставније и делотворније кривичноправне репресије у области заштите финансијских средстава Европске уније.⁵⁶

И коначно, специфичан допринос развоју кривичног права Европске уније представљају: 1) Уговор о Европском Уставу⁵⁷ тзв. Римски Устав из 2004. године (чланак III – 275-277) и 2) Хашки програм⁵⁸ из 2005. године који садржи Десет приоритета за следећих пет година у смислу "Партнерства за европску обнову у подручју слободе, безбедности и правде" који посебну пажњу и активности органа Европске уније препоручују у подручју откривања, спречавања и сузбијања следећих кривичних дела⁵⁹: 1) фалсификовање заједничке валуте евра, 2) преваре у вези са кредитним картицама и чековима, 3) прање новца, 4) трговина људима, 5) рачунарске саботаже и напади рачунарским вирусима, 6) корупција у приватном сектору и 7) загађење мора.⁶⁰

2. Еуропол и прање новца

Нешто пре тога, детаљније одређење основа правосудне сарадње држава чланица Европске уније у кривичним стварима је учињено усвајањем Конвенције о формирању Европске полиције (конвенција Еуропол) на основу члана К.3. Уговора о Европској унији (

⁵⁶ A. Cadoppi, *Towards a European Criminal Code*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996. pp. 2-17.

⁵⁷ В. Ђ. Деган, Б. Павишић, *Међународно казнено право*, op.cit. стр.373-376

⁵⁸ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, The Hague Programme – Ten priorities for the next five years, Security and Justice, COM (2005) 184 Final – Non published in the Official Journal* (Више: Б. Павишић, *Казнено право Вијећа Европе*, ibid, стр. 25-27.

⁵⁹ Ј. Чуле, *Трагање и осигуање присилног одузимања средстава, прихода или имовине остварених казним дјелима*, *Хрватски летопис за казнено право и праксу*, Загреб, број 2/2005. године, стр. 703-737.

⁶⁰ Више: V.C. Wingaert, *Criminal Procedure Systems in the European Community*, London, 1993. године; V.C. Wingaert, G.C. Stessens, *International criminal law: a collection of international and european instruments*, Hague, 1996. године; J. Pradel, G. Corstens, *Droit penal europeen*, Paris, 2002. године.

95/Ц/316/01) од 26. јула 1995. године.⁶¹ У члану 2. ове Конвенције је наведено да Еуропол има за циљ да побољша у оквиру сарадње између држава чланица, ефикасност надлежних служби држава чланица и њихову сарадњу на превенцији и борби против тероризма, илегалне трговине опојним дрогама и других облика организованог међународног криминала, у случајевима када постоје конкретне индиције о постојању неке криминалне организације или структуре на подручју две или више држава чланица.⁶²

При томе је истакнуто да у надлежност Еуропола спадају, између осталих, и следећа тешка кривична дела: 1) прање новца које потиче од разних криминалних радњи и 2) разна кривична дела у вези са тим (која су наведена у Анексу 1.) међу којима се посебно истиче корупција. У области наведених кривичних дела, Еуропол нарочито обавља следеће задатке⁶³ (сходно члану 3. Конвенције): а) олакшава размену информација између држава чланица, б) прикупља, сортира и анализира информације и податке, в) преко својих националних јединица обавештава надлежне службе држава чланица о информацијама које се на њих односе и обавештава их о утврђеним везама између кривичних дела, г) олакшава истраге у државама чланицама достављајући им све чињенице битне за одређени кривични случај и д) користи прикупљене и меморисане податке.⁶⁴

5. Прање новца у кривичном праву србије

Први Закон о спречавању прања новца у СР Југославији који је донет 2001. године (а ступио на снагу 1. јула 2002. године) одредио је појам прања новца⁶⁵, начине, поступке, радње, облике и видове његовог

⁶¹ Љ. Стајић, *Основи безбедности*, Београд, 2003. године, стр. 97-102.

⁶² В. Ђ. Деган, Б. Павишић, *Међународно казнено право*, *op.cit.*, стр. 373-376.

⁶³ Д. Лопандић, М. Јањевић, *Споразум из Шенгена – за Европу без граница*, *op. cit.* 118.

⁶⁴ М. Јањевић, *Трећи стуб Европске уније*, *op.cit.* стр. 312-313.

⁶⁵ В. Petrović, D. Jovašević, *The money laundering as criminal offence in Criminal Law of Bosnia and Herzegovina*, *Free Law Journal*, Budapest, број 3/2006. године, pp. 85-102.

испољавања. Такође је овај закон предвиђао и низ мера, поступака и начина поступања овлашћених субјеката (или како их закон назива обвезника) у циљу откривања, спречавања и сузбијања делатности физичких и правних лица везаних за прикривање нелегално стеченог новца и других имовинских користи.

Под прањем новца се према овом законском решењу подразумева полагање новца стеченог обављањем незаконитих делатности на рачуне код банака или других финансијских организација и институција или пак укључивање на други начин оваквог новца у легалне финансијске токове.⁶⁶ Према законском опису, ово се дело може извршити на два начина: 1) полагањем новца на рачун и 2) укључивањем новца у легалне финансијске токове.⁶⁷ Члан 4. овог закона предвиђа низ општих, посебних и специјалних мера и радњи које имају за циљ откривање и спречавање прања новца приликом пријема, замене или уситњавања новца или при склапању послова којима се стиче имовина или приликом сваког другог поступања са новцем или имовином, а којима се омогућава прање новца. Сва та различита поступања у располагању новцем закон назива трансакције. При томе се изричито под трансакцијама не подразумевају следеће активности: подизање готовог новца са текућег или жиро рачуна, односно штедне књижице и другог рачуна као ни подизање ефективног страног новца са девизног рачуна и девизне штедне књижице.

За постојање кривичног дела прања новца према Закону о спречавања прања новца СР Југославије било је потребно испуњење више кумулативно постављених услова. При томе се морало радити о полагању новца на рачун код банака или других финансијских организација (организације које се баве осигурањем, берзанским или сличним пословањем са хартијама од вредности и сл.) или институција или о укључивању таквог новца на други начин у легалне, законите, правно ваља-

⁶⁶ В. Ракочевић, Прање новца – откривање и доказивање, Правни живот, Београд, број 9/2005. године, стр. 925-945.

⁶⁷ Г. Хершак, Прање новца и полиција, Полиција и сигурност, Загреб, број 3-4/1993. године, стр. 221-228.

не финансијске токове.⁶⁸ Да би ове радње биле правно релевантне морале су се односити на новац који се јављао у следећим видовима: 1) као готов новац, 2) ефективни страни новац или 3) као друга финансијска средства.

Битно је да се радило о новцу који је стечен обављањем незаконитих, противправних делатности као што су: сива економија, трговина оружјем, опојним дрогама или психотропним супстанцијама и другим незаконитим делатностима.⁶⁹

Као учинилац ових инкриминисаних делатности према слову закона су се могла јавити домаћа или страна физичка или правна лица.

Поред законом изричито наведених делатности којима се могло извршити кривично дело прања новца, али и других противправно стечених користи инкриминисане су и делатности помагања у прању новца. Те помагачке радње закон назива делатностима и поступцима којима се омогућава, доприноси, олакшава, стварају услови или претпоставке за прање новца.⁷⁰ Као овакве радње омогућавања прања новца у закону су биле таксативно наведене следеће делатности:⁷¹

1) прикривање или утаја порекла новца или прикривање места где је новац уложен или прикривање намене коришћења имовине и свих права која произилазе из обављања забрањене делатности,

2) замена (трампа) или пренос имовине који произилазе из обављања забрањене делатности,

⁶⁸ М. Крилетић, *Новости у казненом закону у свези са прањем новца, утајом пореза и др.*, Рачуноводство, ревизија и финансије, Загреб, број 6/1996. године, стр. 68-70.

⁶⁹ И. Крамарић, *О правним аспектима прања новца*, Одвјетник, Загреб, број 3-4/1996. године, стр. 109-120; D. Jovašević, *Criminal legal aspects of money laundering*, *Eastern European Criminal Law Journal*, Budapest, број 1/2005. године, pp. 1-11; Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично право, Казнено право 2, Посебни дио*, Сарајево, 2005. године, стр. 82-83; А. Шаковић, *Финансијске истраге и конфискација имовине стечене кривичним делима у Босни и Херцеговини у сагласности са европским стандардима и законском регулативом, Криминалистичке теме*, Сарајево, број 3-4/2005. године, стр. 97-107.

⁷⁰ Б. Масњак, *Методe и технике прања новца*, Рачуноводство и финансије, Загреб, број 10/2000. године, стр. 46-52.

⁷¹ Љ. Фијат, *Откривање и спречавање прања новца*, Свет финансија, Београд, број 192/2003. године, стр. 28-33.

3) стицање, поседовање или коришћење имовине која проистиче из обављања забрањене делатности и

4) прикривање код својинске трансформације предузећа незаконито стечене друштвене имовине и друштвеног капитала.⁷²

Да би се могло радити о прању новца или његовом омогућавању на неки од предвиђених начина било је потребно да се ради о делатностима које су предузете, управљене према новцу који је противправно стечен. Као такав новац сматра се новац прибављен на противправан начин у виду готовине или готовинског еквивалента у домаћој или иностраној валути, хартије од вредности и друга средства плаћања која гласе на домаћу или страну валуту као и имовина (права и ствари) која је прибављена оваквим новцем. Слично решење предвиђа и новодонети Закон о спречавању прања новца Републике Србије из 2005. године⁷³, односно и члан 2. Закона о спречавању прања новца Републике Хрватске из 1997. године. Тако је Закон о спречавању прања новца Републике Србије у члану 27. предвиђао кривично дело прања новца које је ступањем на снагу новог Кривичног законика Републике Србије 1. јануара 2006. године дефинисано на знатно другачији начин у члану 231. КЗ РС. Ово кривично дело сада има више облика испољавања.

Основно дело чини лице које изврши конверзију или пренос имовине за коју зна да потиче од кривичног дела у намери да прикрије или лажно прикаже незаконито порекло те имовине или које прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини за коју зна да потиче од кривичног дела или које стекне, држи или користи имовину за коју у тренутку пријема зна да је потиче од кривичног дела. Ово се дело може предузети различитим делатностима у односу на новац и другу имовину за коју се зна да је прибављена вршењем било ког кривичног дела. Радња извршења се састоји из више алтернативно предвиђених делатности. То су: 1) конверзија или пренос имовине у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло те имовине (без обзира да

⁷² Б. Масњак, Обилежја прања новца, Рачуноводство и ревизија, Загреб, број 10/2000. године, стр. 68-71.

⁷³ Службени гласник Републике Србије број 107/2005 и 117/2005.

ли је ова намера остварена у сваком конкретном случају), 2) прикривање (прећуткивање) или лажно приказивање чињеница о имовини која је незаконито прибављена, 3) стицање (прибављање на било који начин), држање (државинска, фактичка власт) и 4) коришћење имовине.

Закон о спречавању прања новца из 2005. године је у члану 27. предвиђао кривично дело прања новца. Ступањем на снагу Кривичног законика Републике Србије 1. јануара 2006. године ово је кривично дело одређено на другачији начин у члану 231.⁷⁴ Данас ово кривично дело⁷⁵ чини лице које изврши конверзију или пренос имовине са знањем да та имовина потиче од кривичног дела у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине или прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини са знањем да та имовина потиче од кривичног дела или стекне, држи или користи имовину са знањем у тренутку пријема да та имовина потиче од кривичног дела.⁷⁶

Објект заштите код овог дела је финансијски систем, док се као објект напада сматрају: новац и друга имовина (покретна и непокретна) који су прибављени вршењем кривичног дела (али не и неким другим кажњивим делом као што су привредни преступи или прекршаји), дакле незаконито, нелегално стечена имовина.

Радња извршења кривичног дела прања новца се према решењу у Кривичном законнику састоји из више алтернативно предвиђених делатности. То су:

1) конверзија (замена, трампа) или пренос (теретни или бестеретни) незаконито стечене имовине,

2) прикривање или лажно приказивање чињеница о незаконитој имовини што се може извршити на два начина: а) прикривањем (дакле прећуткивањем, неуписивањем правих података у пратећој документацији уз имовину чиме се прикрива, онемогућава надлежним органима да дођу до сазнања о незаконитом пореклу имовине и б) ла-

⁷⁴ Г. Илић и др., Кривични законик Републике Србије са напоменама, Београд, 2005. године, 199-200; Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са коментаром, Београд, 2007. године, стр. 203.

⁷⁵ В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, *op. cit.* стр. 148-149.

⁷⁶ Службени лист СРЈ – Међународни уговори број 7/2002 и 18/2005.

жним, неистинитим приказивањем у целости или делимично чињеница о незаконитој имовини чиме се прикрива њено криминално порекло и даје јој се "легалан основ стицања", и

3) стицање, држање или коришћење незаконито стечене имовине. Стицање је свака делатност којом се долази у посед, у државину незаконито стечене имовине. Држање је само поседовање овакве имовине, њена државинска, фактичка власт, притежање, на одређеном простору за одређено време. Коришћење незаконите имовине је њено стављање у промет, у оптицај, на било који начин.

За постојање овог кривичног дела је битно испуњење још два конститутивна елемента.⁷⁷ То су: 1) да учинилац радњу извршења предузима са знањем (са свешћу) да се ради о имовини која је прибављена кривичним делом (без обзира да ли зна његову правну квалификацију, да ли зна његовог учиниоца и где је дело учињено - у нашој земљи или у иностранству) и 2) да на страни учиниоца у време извршења дела постоји намера да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине. Ова намера не мора да буде и остварена у сваком конкретном случају, али мора да постоји на страни учиниоца у време предузимања радње.

Извршилац дела може да буде свако лице, као и одговорно лице у правном лицу, а у погледу кривице потребан је директан умишљај који квалификује наведена намера.

За ово је кривично дело у основном облику прописана казна затвора у трајању од шест месеци до пет година. Уз казну се учиниоцу дела обавезно изриче и мера безбедности одузимања предмета – новца и имовине на које се односи радња извршења⁷⁸.

Лакши, привилеговани облик кривичног дела прања новца постоји ако је радњу извршења у било ком облику предузело лице које није знало да новац или имовина представљају приход остварен кри-

⁷⁷ Р. Цврчић, Прање новца, Право и порези, Загреб, број 9/1997. године, стр. 50-54.

⁷⁸ У одлуци о одузимању новца и имовине код кривичног дела прања новца, мора се прецизно навести да се од окривљеног одузима добит стечена извршењем кривичног дела која мора бити опредељена новчаним износом, односно стварима које треба одузети (решење Врховног суда Србије Кж. 111/2006 од 26. октобра 2006. године).

вичним делом, али је то могло и било дужно да зна. Облик кривице у виду нехата (невољно извршење дела) представља околност за коју закон прописује блаже кажњавање – казну затвора до три године.

Тежи облик дела за који је прописано поострено кажњавање постоји ако је радња извршења основног предузета у односу на новац и имовину чија вредност прелази износ од 1.500.000 динара. Вредност илегалне имовине која се на овај начин "легаллизује" представља квалификаторну околност. Она се утврђује према тржишним условима у време предузимања радње извршења. За ово је дело прописана казна затвора од једне до десет година.

6. Закључак

У последње време уочљив је пораст нових и различитих криминалних појава посебно оних са међународним елементом, односно са елементом организованог криминалитета. Међу овим облицима друштвено опасног понашања појединаца и група нарочито се издвајају она кривична дела којима учиниоци за себе или друго физичко или правно лице прибављају противправну имовинску корист. Али та корист није сама себи циљ, већ се она мора легализовати односно "опрати" стављањем у легалне токове новца и других добара. То је пред међународну заједницу, али и поједине земље наметнуло питање како сузбијати односно спречавати ове појаве прања или прикривања порекла новца, добити или друге имовине стечене вршењем кривичних дела (уопште или посебних законом таксативно наведених тешких кривичних дела).

Овакво законско третирање прања новца и предвиђање широке лепезе различитих превентивних мера и поступака различитих државних органа и организација у привредном, новчаном, банкарском, берзанском и сл. пословању управљених на откривање, спречавање и сузбијање различитих делатности прања новца или помагања у прању новца треба да уведу нашу државу у круг савремених држава које организовано, систематском и континуираном активношћу различитих друштвених субјеката покушавају да стану на пут овом опасном дру-

штвеном злу. Свакако да у овој борби примена репресивних мера – кривичних санкција (казне затвора у дугом трајању уз примену новчане казне као факултативне или обавезне кумулативне казне, те мере обавезног одузимања новца, добити или друге имовине прибављене кривичним делом) не може да буде у довољна нити потпуна.

Свакако да посебно место, улогу и значај имају различите превентивне мере којима се настоје отклонити стања и услови који доводе до ситуације да се нелегално, дакле противправно стечени новац, добит или други предмети, односно имовина на различите начине путем разних финансијских, али не само ових трансакција укључује у легалне финансијске и привредне токове. Наравно да у овој борби свака држава треба и мора да рачуна на помоћ других држава, па и читаве међународне заједнице управо на онај начин како и криминалитет не познаје границе између држава, па ни између континената.

Литература

- Ascensio H, Decaux E., Pellet A., Droit international penal, Paris, 2000.
- Бабић Благоје, Илић Горан, Југославија и Европска унија, Београд, 1996.
- Бошковић Горан, Прање новца, Београд, 2005.
- Чејовић Бора, Кривично право, Општи и посебни део, Београд, 2007.
- Деган Владимир Ђуро, Павишић Берислав, Међународно казнено право, Ријека, 2005.
- Delmas Marty, Procedure penale d Europa, Padova, 2001.
- Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, Међународно кривично право, Београд, 2003.
- Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, Кривично право, Посебни део, Београд, 2006.
- Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, Практикум за кривично право, Посебни део, Београд, 2008.
- Гилмор Вилијам, Прљави новац, Београд, 2006.
- Hartley T.C., Темељи права Европске заједнице, Ријека, 2004.
- Илић Горан и др., Кривични законик Републике Србије са објашњењима, Београд, 2005.

- Јањевић Милутин, Трећи стуб Европске уније, Београд, 2003.
- Јовашевић Драган, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.
- Јовашевић Драган, Лексикон кривичног права, Београд, 2006.
- Јовашевић Драган, Кривични законик Републике Србије са коментаром, Београд, 2007.
- Јовашевић Драган, Гајић Гламочлија Марина, Кривично дело прања новца, Београд, 2008.
- Кривокапић Борис, Лексикон међународног права, Београд, 1998.
- Лопандић Душко, Јањевић Милутин, Уговор о Европској унији – од Рима до Мастрихта, Београд, 1995.
- Лопандић Душко, Јањевић Милутин, Споразум из Шенгена – за Европу без граница, Београд, 1996.
- Лопандић Душко, Уговор о Европској унији – Рим, Мастрихт, Амстердам, Београд, 1999.
- Митровић Слободан, Рачић Обрад, Право Европске уније, Београд, 1996.
- Mitsilegas B., Money laundering counter – measures in the European Union, London, 2003.
- Павишић Берислав, Казнено право Вијећа Европе, Загреб, 2006.
- Петровић Борислав, Јовашевић Драган, Кривично право, Казнено право 2, Посебни дио, Сарајево, 2005.
- Pradel J., Corstens G., Droit penal europeen, Paris, 2002.
- Santiago M., Europol and Police Cooperation in Europe, Lampeter, 2000.
- Стајић Љубомир, Основи безбедности, Београд, 2003.
- Вукадиновић Радован, Европска економска заједница, Београд, 1991.
- Wingart V.C., Criminal Procedure Systems in the European Community, London, 1993.
- Wingart V.C., Stessens G.C., International criminal law: a collection of international and european instruments, Hague, 1996.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

dr Ljubinko Mitrović,

Assistant Professor

Higher School of Interior Affairs,

Banja Luka

THE EUROPEAN STANDARDS AND LAW OF REPUBLIC OF SERBIA IN FIELD OF KEEPING DOWN OF MONEY LAUNDERING

Summary

The increase of new and various forms of criminal offences has been noticed recently especially those which include the international element, i.e. the element of organized crime. Crimes when perpetrators have the purpose of obtaining some illicit property gain for themselves or for some other person take special part within them. But this gain is not the purpose in itself but has to be legalized or laundered by putting money or other property into legal circulation. The international community, but also the individual countries are faced with the problem of suppression of the money laundry or concealing the origin or money gained by committing crime. The Republic of Serbia joined these tendencies and in September 2001 passed a special Law on prevention of money laundry. The similar law in Republic of Serbia from 2005. has adopted this criminal offence of money laundering.

This law dealing with money laundry in our country provides for a wide range of preventive measures and procedures directed at detection, prevention and suppression of various activities of money laundry or assistance with money laundry and this law is supposed to lead our country into a circle of other contemporary states which try to put a stop to this dangerous social evil by organized, systematic and continuous activities of various social subjects. It is certain that in this fight the repressive measures – sanctions for criminal offences, economic torts and torts - cannot be completely efficient.

The preventive measures take special place here especially those trying to remove the conditions which lead to situations that illicitly, i.e. unlawfully gained money is put into legal financial and economic flows in various manners through various financial and other transactions. Naturally, this is the fight where every country should count on the assistance of other countries, even the whole international community, in the same way as crime which does not know the borders between countries.

Key words: *European standards, law, criminal offence, money laundering, responsibility, sanction*

TRANZICIJA PREKRŠAJNOG PRAVA

Apstrakt:

Autor se u tekstu bavi problemima tranzicije prekršajnog prava u pravnom poretku Hrvatske. On ukazuje da prekršajno pravo kao deo krivičnog prava, u širem smislu, treba sa njim da deli istovetne institute matičnog prava i istovetne garantne standarde u pogledu zaštite okrivljenog. Autor se zalaže za harmonizaciju propisa posvećenih prekršajnoj odgovornosti sa drugim propisima domaćeg pravnog poretka, kao i za njihovu usaglašenost sa međunarodnim i ustavnopravnim standardima.

Ključne reči:

prekršajno pravo, prekršajni postupak, prekršajna odgovornost, međunarodni standardi

Tranzicija represivnih sustava država nastalih raspadom bivše države otvara cio niz strukturalnih pitanja. Jedno od njih odnosi se na vrste kažnjivih radnji u pravnim sustavima. Sve države zadržale su pored krivičnih djela i prekršaje a pored njih govori se još o prijestupima. Može li se danas govoriti o uspješnom završetku tranzicije represivnog sustava ili još uvijek ima otvorenih pitanja koja je potrebno analizirati i tražiti odgovarajuća rješenja? Na to pitanje odgovorit će se u ovome razmatranju analizom stanja u Republici Hrvatskoj pri čemu će se koristiti i normativna rješenja drugih država.

U tu svrhu rad je podijeljen u slijedeće dijelove:

1. pojmovno određenje prekršaja,
2. razvoj prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj i stanje stanje de lege lata,
3. međunarodno pravni i ustavnopravni standardi koji se odnose na područje prekršajnog prava,
4. odnos krivičnog djela i prekršaja,
5. određivanje kazni i posljedice,
6. odnos novčane kazne i globe,
7. posebna pitanja važna za uspješnost prekršajnog postupka,
8. pravni položaj počinitelja prekršaja u postupku,
9. zaključak

Važno je napomenuti kako se predmetnim razmatranjem ne traže odgovori na sva sporna i otvorena pitanja jer to zbog prirode rada nije moguće.

Cilj razmatranja je utvrditi možemo li tranziciju prekršajnog prava smatrati dovršenom ili treba i nadalje pored uobičajenog propitivanja cjelovitosti i efikasnosti normativnog okvira tražiti strukturalne nedostatke.

1. Pojmovno određenje prekršaja

Prekršaji se shvaćaju kao posebna vrsta kažnjivih radnji u pravnom sustavu. Pravna nauka ih još uvijek ne tretira kao posebnu pravnu granu. U određenom povjesnom razvoju, različitim diferencijacijama u okviru prava razvijaju se u okvirima upravnoga prava a kasnije i u okvirima krivičnog prava.

Kod spominjanja pojma krivično pravo uvijek imamo u vidu i materijalno i formalno pravo (postupovno) koja su predmetom samostalnih znanstvenih obrada. U prekršajnom pravu je situacija ipak drugačija. Norme materijalnog i formalnog prava obrađuju se zajedno. Navedenim normama valja pribrojiti i norme kojima je uređena organizacija sustava koji se bavi prekršajima.

Slijedeći iznijeto možemo reći kako je prekršajno pravo upravno krivično pravo kojim se određuje opći pojam prekršaja, ustanove nužne za odgovornost, sankcije kao i konkretna prekršajna djela, subjekte (javne i državne službe) ovlaštene na utvrđivanje prekršaja i poduzimanje propisanim mjera kao i modalitete postupanja radi ostvarivanja propisa kojima se uređuje prekršajna odgovornost.¹

Prema tijelima koja primjenjuju prekršajne propise razlikujemo tijela uprave i službe s javnim ovlastima s jedne strane i sud s druge strane. Važno je spomenuti da je svaka odluka tijela uprave ili službe s javnim ovlastima podložna sudskom nadzoru.

Slijedom naprijed istaknutog valja reći kako je prekršajno pravo sustavno gledajući dualističkog karaktera, upravno i krivično. Stariji autori bez obzira na činjenicu da materijalno prekršajno pravo slijedi ustanove krivičnog materijalnog prava a formalno (postupovno) slijedi ustanove krivičnog postupovnog prava svstavaju prekršajno pravo u upravno pravo – podvrstu upravnoga prava.

Shvaćanje prekršaja sastavnim dijelom upravnoga prava najočitije je u austrijskom pravu koje poznaje upravne prijestupe (*Verwaltungsübertretungen*) kao kažnjive radnje koji pripadaju upravnom pravu. Sankcije za navedene prijestupe izriču upravna tijela a ne sudovi i to ne samo u prvom već i u drugom stupnju.

Postoje pravni sustavi koji poznaju prekršaje (*contraventions*) dakle kažnjive radnje koje nisu kaznena djela ali nisu ni prekršaji u smislu klasične francuske trodiobe kažnjivih djela. Oni su propisani u posebnom zakonu ali se mogu propisivati i podzakonskim propisima. Utvrđuju ih sudovi i upravna tijela. Kad ih izriču upravna tijela oni su podložni i sudskom nadzoru.

¹ Usp. Potočki, str. 2.

Istovjetno stanje je i u Njemačkoj. Prekršaji (*Ordnungswidrigkeiten*) se smatraju dijelom krivičnog prava u širem smislu.

Kada se prekršaji shvaćaju djelima izjednačenima s kaznenim djelima tada prekršajno pravo treba odražavati kriterije krivičnoga prava, na što se nadovezuje pitanje je li uopće možemo govoriti o prekršajnom pravu i jeli ono potrebno.

Rješavajući u slučaju *Öztörk v. Germany* (ECHR 21.2.1984., 8544/79) Europski sud Za ljudska prava je zauzeo stajalište - ako su prekršaji kvalitativno izjednačeni s kaznenim djelima i kao takvi dio krivičnog prava u širem smislu tada prekršajno pravo odnosno upravno krivično pravo mora udovoljiti zahtjevima koje sadrži krivično pravo. Pitanje je osobito aktualno u slučajevima izricanja kazne zatvora. Kaznu zatvora stajalište je Konvencije za zaštitu prava i temeljnih sloboda može izreći samo sud. Prikazano stajalište dosljedno je provedeno u Prekršajnom zakonu² (ali već i prije u ranijem Zakonu o prekršajima).

Istaknuto stajalište vladajuće je u europskim državama.

Danas u Republici Hrvatskoj nije sporno da materija prekršaja predstavlja sastavni dio krivičnoga prava u širem smislu te u tom smislu mora slijediti temeljne ustanove navedene pravne grane, a s druge strane ona je čvrsto povezana s upravnim pravom. Upravo povezanost prekršajnog prava s odgovarajućim odredbama krivičnog prava otkriva niz neusklađenosti, na neka od njih ukazat ćemo u sljedećem razmatranju.

2. Razvoj prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj i stanje *de lege lata*

Osamostaljenjem Države zatečena je dvokolosječnost u uređenju prekršaja. Pored Zakona o prekršajima iz 1973. godine postojao je i Zakon o prekršajima kojima se povrijeđuju savezni propisi. Identično stanje bilo je u drugim državama nastalih na prostoru SFRJ. Potonji Zakon nije preuzet u pravni sustav Republike Hrvatske, u to doba ostao je važiti samo Zakon o prekršajima. Vrlo brzo se započelo s pripremama za donošenje novog za-

² Prekršajni zakon, Noraodne novine, br, 107/2007. (u sljedećem tekstu Zakon).

kona o prekršajima jer postojeći nije bio na razini zahtjeva Ustava Republike Hrvatske. Prva izmjena i dopuna Zakona o prekršajima bila je 1995. godine. Najvažnije u toj izmjeni je svrstavane prekršajnih sudova u sudbenu vlast.

Cjeloviti Zakon o prekršajima donijet je tek 2002. godine.³ Zakonodavni postupak bio je dugotrajan i buran. U početku je prihvaćen koncept dvodiobe na prijestupe i prekršaje. Prijestupi su trebali biti teže povrede koje mogu biti propisivane samo zakonom a prekršaji kao lakše povrede i zakonom i podzakonskim propisom odnosno odlukom upravnog tijela.⁴ Od navedenog pristupa se odustalo između prvog i drugog čitanja u Saboru Republike Hrvatske i prihvatio se jedinstveni pojam prekršaja.

Neposredno nakon njegova donošenja uviđeni su njegovi mnogobrojni nedostaci. Takvim pristupom se htjelo afirmirati prekršajno pravo kao posebnu granu prava ali ga je druge strane obilježavala niska nomotehnička razina.⁵ Važno je spomenuti kako su izravno na kritiku toga propisa utjecali problemi u prometu, veliki broj prometnih nesreća sa smrtnim posljedicama i teškim tjelesnim ozljedama.

Početak 2008. godine stupio je na snagu Prekršajni zakon kao posljedica dugotrajnih rasprava i kritika Zakona o prekršajima iz od 2002. godine.

U Konačnom prijedlogu Prekršajnog zakona grupirani su razlozi za donošenje Zakona u deset točaka.⁶ Predlagač je jasno dao do znanja kako je sada već bivši Zakon o prekršajima usklađen s odgovarajućim međunarodnim dokumentima i Ustavom Republike Hrvatske, ali ga treba poboljšati upravo na nabrojenim mjestima kako bi njegova primjena bila uspješnija. Na posebnom mjestu, kao razlog za donošenje novog Zakona spominje se potreba za pooštrenjem prekršajne represije. Predlagač nije objasnio zbog čega postojeća prekršajna represija nije dostatna. Analize rada prekršajnih

³ Zakon o prekršajima, Narodne novine, br. 88/2002, i 122/2002.

⁴ Derenčinović, D. str. 462.

⁵ V. opširnije Josipović (2002.) 3-25.

⁶ V. Konačni prijedlog prekršajnog zakona, rujan 2007., 97 i dalje.

sudova pokazuju preopterećenost sudova i veliki broj predmeta koji završavaju donošenjem rješenja o zastari ili odbačaju.⁷

U ovome trenutku ne postoji ozbiljnija analiza funkcioniranja toga Zakona ali je u tijeku reforma krivičnog prava osobito krivičnog procesnog prava. Već sama ta činjenica otvara pitanje ozbiljnijeg zahvata u tijek prekršajnog postupku obzirom na to da se neke odredbe Zakona o kaznenom postupku izravno primjenjuju u prekršajnom postupku.⁸

3. Međunarodno pravni i ustavnopravni standardi koji se odnose na područje prekršajnog prava

Međunarodni standardi izraženi poglavito kroz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Konvenciju za zaštitu prava i temeljnih sloboda kao i ustavi suvremenih država sadrže određena načela koja predstavljaju neprekoračiv limit u zadiranju u temeljna prava čovjeka.⁹ Temeljne postavke značajne i za prekršajno pravo nalazimo u:

- odredbama koje se odnose na pravnu državu i vladavinu prava,
- odredbama koje garantiraju osobne slobode i pritvor,
- odredbama o zabrani mučenja i zlostavljanja,
- odredbama o pretpostavkama okrivljenikove nedužnosti,
- odredbama koje se odnose na prava obrane uključujući zabranu uporabe dokaza pribavljenih na nezakoniti način,
- odredbama koje se odnose na zakonitost prekršanog djela i kazne te na zabranu suđenja u istoj stvari,
- odredbama koje se odnose na nepovredivost stana,
- odredbama koje uređuju slobodu dopisivanja i svih drugih oblika općenja,
- odredbama koje uređuju sigurnost i tajnost osobnih podataka.

⁷ V. A. Kovačić; Bitne povrede prekršajnog postupka (problematika s teoretskog i praktičkog aspekta) Inženjerijski biro d.d. Zagreb, svibnja 2006., 275-277 i Statistička izvješća o predmetima prekršaja u drugostupanjskom postupku 2005-2007., obrazac P/II-VPS.

⁸ Usp članak 174. Zakona. o kaznenom postupku.

⁹ O dogmatskim zahtjevima u prekršajnom pravu koji su istaknuti na Kongresu međunarodnog krivičnog udruženja v. Kovačić, A. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 6.-Broj 2/1999. 498-499.

4. Odnos krivičnog djela i prekršaja

Prekršaji su dio krivičnog prava u širem smislu. Protiv počinitelj koji je u krivičnom postupku pravomoćno proglašen krivim za krivično djelo koje obuhvaća i obilježja prekršaja ne može se pokrenuti prekršajni postupak, a ako je postupak pokrenut ili je u tijeku ne može se nastaviti i dovršiti. Obzirom da je krivično djelo takvo ponašanje koje u kvaliteti i kvantiteti neprava nadvisuje prekršaj istaknuto stajalište posljedica je načela *ne bis in idem*.

Drugačija je situacija kad je počinitelj proglašen krivim u prekršajnom postupku za prekršaj a postoji potreba za vođenje krivičnog postupka. Europski sud za ljudska prava raspravljao je u slučajevima gdje su ponašanja istovremeno kvalificirana kao prekršaj i krivično djelo i gdje su vođena paralelno dva postupka. Osobito su značajne odluke u predmetima *Gradinger v. Austria*, (ECHR 23. 10. 1995., 15963/90) *Franz Fischer v. Austria*, (ECHR 29. 5. 2001., 37950/97.), i *Oliveria v. Switzerland*, (ECHR 30. 7. 1998. 25711/94.). Takve situacije ne bi smjele biti česte, što po nekima jest.¹⁰ Takav pristup ocjenjuje se liberalnim. Kad bi postojale dvije osuđujuće presude temeljene na istim činjenicama, to ne bi predstavljalo kršenje Protokola 7. uz Konvenciju za zaštitu prava i temeljnih sloboda, ako se obje presude bave jasno različitim normativnim aspektima istog inkriminiranog ponašanja, što čini jedno djelo koje predstavlja dvije različite povrede, krivično djelo i prekršaj.¹¹

Razmatrano pravilo nije u bitnome drugačija od odredbe iz članka 10. Zakona. Ono što je problem u dvostrukim postupcima odnosi se ne samo na povredu pravila *ne bis in idem* nego i na opterećenje sudova. Takve postupke najčešće potiče policija koja u dvojbi podnijeti kaznenu prijavu protiv određene osobe za krivično djelo ili podići optužni prijedlog u prekršajnom postupku odabire oba postupka. Praksa je da državni odvjetnik odbacuje kaznenu prijavu kad nisu ispunjeni elementi za kazneni progon te

¹⁰ V. Podrška izmjenama pretkrivičnog sustava u Republici Hrvatskoj, CARDS 2003 HR03-IB-JH-04-TL, 22.

¹¹ Usp. Berg, G./ Knape, M./Kiwor, U (2000) *Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht für Berlin*. 8. Auflage VDP Hilden, str. 193.

počinitelj ostaje nekažnjen, jer nakon odbačaja kaznene prijave najčešće nastupi zastara prekršajnog progona. Navedena pogrešna praksa nikako ne može biti razlog da se pitanje ne uredi razumnije-to znači nužno je obvezati državnog odvjetnika da u slučaju odbačaja kaznene prijave procjenjuje ima li razloga za vođenje prekršajnog postupka i da takav postupak pokrene. Valja posjetiti da je jedino državni odvjetnik uvijek ovlašten tužitelj u prekršajnom postupku kad postoje razlozi za njegovo vođenje, v. članak 109. stavak 1. Prekršajnog zakona.

Za utvrđivanje odnosa između krivičnog djela i prekršaja važno je istaknuti postojanje kvantitativnih i kvalitativnih teorija. Zastupljenije su kvantitativne teorije koje u prekršajima za razliku od kaznenih djela, vide manju kriminalnu količinu nedopuštenog ponašanja.¹² Kvalitativne teorije shvaćaju prekršaj kao neposlušnost prema zahtjevima vlasti što ih čini etički indiferentnim. Takvo stajalište je neprihvatljivo jer mnogi prekršaji potiču negativni socijalno-etički nevrjednosni sud. Kao primjer možemo uzeti prekršaje protiv javnog reda i mira. Ono što također zavrijeđuje pažnju u ispitivanju odgovornosti za učinjeni prekršaj je uvođenje krivnje. U doba rasprave o Zakonu o prekršajima iz 2002. godine nije bio donijet Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela pa je pitanje krivnje bilo podvrgnuto različitim rezervama.¹³ Danas više nitko ne dovodi u sumnju ispravnost i nužnost odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela i način utvrđivanje krivnje odgovorne osobe.

Prekršajni zakon je organski propis (članak 82. stavak 2. Ustava) što znači da razrađuje Ustavom utvrđena ljudska prava i temeljne slobode s jedne strane i da sadrži odredbe koje se odnose na sve prekršaje propisane zakonima i drugim propisima kojima se propisuju prekršaji, s druge strane (članak 11.). Valja istaknuti kako taj propis nema karakter zakonika što bi onemogućavalo posteriorne propise u derogaciji. To znači da u slučajevima donošenja zakona koji uređuje neko specifično područje mogu njegove odredbe biti u koliziji s Zakonom što je načelno prihvatljivo. No, takva rješenje narušavaju jedinstvo pravnoga poretka pa ih treba izbjegavati. Zakon ne

¹² Veić, (2009.) str.12.

¹³ V. Derenčinović, str. 463-466.

sadrži odredbu kojom bi u slučaju da ne sadrži odredbe o pojedinim pitanjima materijalnog prava, postojala mogućnost na odgovarajući način primjenjivati Krivični zakon, kao što je omogućena primjenu odredbi Zakona o krivičnom postupku kad određeno pitanje ne rješava Zakon (subsidiarna primjena).

Govoreći o materijalnom prekršajnom pravu opravdano je govoriti o općem i posebnome dijelu. Opći dio prekršajnog prava razmatra temeljne probleme, posebice osnovna načela i ustanove prekršajnog prava. U Zakonu to su propisi članaka 1-82. Pored takvog općega dijela važno je napomenuti da pojedini propisi koji uređuju prekršaje sadrže također opće odredbe, svojevrsni opći dio.

Posebni dio, opise prekršaja i sankcije ne sadrži Zakon, oni su sadržani u mnogobrojnim propisima.

Posebni zakoni o prekršajima (ali ne i drugi akti) koji se odnose na fizičke osobe primjenjuju se i na odgovorne osobe u pravnoj osobi, obrtnike i osobe koje obavljaju samostalnu djelatnost. To istovremeno znači da navedeni zakoni mogu sadržavati propise koji nisu istovjetni Zakonu u uređenju navedenog pitanja.

5. Određivanje visine kazni i posljedice

Deklaratorna je norma u suvremenim zakonima da određujući sadržaj sankcija za prekršaje i način njihove primjene, počinitelju prekršaja se mogu ograničiti njegove slobode i prava samo u mjeri koja odgovara vrsti sankcije i njezinoj svrsi određenoj zakonom, bez prouzročenja tjelesnih ili duševnih patnji, nečovječnog postupanja ili ponižavajućeg odnosa, uz poštovanje ljudskog dostojanstva ili cjelovitosti ličnosti. Drugi zahtjevi slijede iz načela zakonitosti. Pitanje je opravdano postaviti radi usporedbe visine kazni i posljedica koje proizlaze iz tako propisanih kazni između kazni za prekršaje i kazni za krivična djela. Mogu li kazne propisane za prekršaje biti teže od kazni propisanih za krivična djela. Nastavno na tako postavljena pitanja su pitanja poveza s rokovima zastare, pravnim posljedicama osude i rehabilitacijom. Temeljni je dogmatski zahtjev da sankcije moraju biti razmjerne težini prekršaja, s druge strane kazne u prekršajnom postupku ne bi smjele

odstupiti od onih sankcija koje su propisane za krivična djela. Navedeno nipošto ne znači da kazneni okviri poglavito za novčani kaznu kod nekih prekršaja ne bi smjeli biti viši od kaznenih okvira u krivičnom pravu. Kao primjer može uzeti prekršaje iz područja privrede, ekologije, poreza i sl.

Usporedba zastarnih rokova prema Krivičnom zakonu i zastarnih rokova u Zakonu (koji su posljednjom izmjenom udvostručeni) otkriva nerazmjernost u krivičnoj represiji. Sukladno članku 19. stavku 1. Krivičnog zakona, kazneni progon ne može se poduzeti ako su prošle tri godine za krivično djelo s propisanom kaznom zatvora od tri godine ili novčanom kaznom. Istovjetni zastarni rok predviđen je u Zakonu (članak 13. stavak 2.) za prekršaje. Posebno je važno napomenuti da uspjeh represivnih mjera ovisi o brzini postupka. Zakašnjelu kaznu ne prihvaća ni osuđenik kao ni okolina, ona nema pravi smisao.

Pravne posljedice osude predstavljaju negativne učinke koji se navodezuju na izrečenu sankciju zbog počinjenog prekršaja. Odredba članka 79. Zakona daje krajnje nedostatan okvir za uređenje ovog važnog pitanja. One se mogu predvidjeti samo zakonom i one nastupaju *ex lege*. Njih sud ne izriče. U Krivičnom zakonu, članak 84. stavak 3., pravne posljedice osude, povezane su s namjernim počinjenjem krivičnog djela za koje je počinitelju izrečena kazna zatvora od jedne godine. Prekršajni zakon ne govori o potrebnom stupnju krivnje. Zakon o policiji u članku 80. stavak 3., govoreći o nedostojnosti za obavljanje policijskih poslova navodi osobu koja je „...kaznjena za prekršajno djelo protiv javnog reda i mira s obilježjem nasilja ili drugo prekršajno djelo koje je čini nedostojnim za obavljanje policijskih poslova...“. Takav propis je načelno prihvatljiv ali mora biti usklađen s drugim propisima. Ovdje, što predstavlja stroži režim od krivičnog pravnog, ulaze i nehatni delikti, što situaciju još više čini neshvatljivom. Zakon u pravne posljedice osude svrstava i negativne prekršajne bodove. Spomenute prekršajne bodove uređuje Zakon o sigurnosti prometa na cestama i oni se „propisuju“ (članak 80. stavak 1), dakle ne nastupaju automatski, za osobito teške prekršaje. Možemo li pojam „propisuju“ shvatiti kao „izriču“ ili nešto treće? Negativni prekršajni bodovi u našem prekršajnom zakonodavstvu uvedeni su pred više od deset godina i cijelo to vrijeme njihova primjena ne funkcionira u potrebnoj mjeri zbog lošeg normativnog uređenja, za što dosta nema opravdanja.

Rehabilitacija je uspostava statusa punopravnog građanina osuđenoj osobi s takvim učinkom da joj prijašnja osuđivanost u kasnijem redovnom životu ni u čemu pravno ne smeta.

Kad protekne rok od tri godine, zabranjena je svaka uporaba podataka o građaninu kao počinitelju, a u slučaju uporabe, ona nema pravni učinak. Rok od tri godine nakon kojega nastupa rehabilitacija osuđene osobe, apsolutno je neprimjeren. Ako ga usporedimo s člankom 11. stavkom 5. Krivičnog zakona, očigledna je asimetrija na razini krivičnoga prava u širem smislu i pravnoga poretka općenito. Kazneni zakon je rok za rehabilitaciju od tri godine predvidio za osude na kaznu zatvora do pet godina, kaznu maloljetničkog zatvora i novčanu kaznu. Kazna zatvora do pet godina predviđena je npr. za prouzročenje smrti iz nehaja, prisilu na spolni odnošaj, kvalificirani oblik bludne radnje i dr. Navedenom treba pridodati ignoriranje načela razmjernosti (članak 16. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske) koje obvezuje u tom smislu da svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. Neselektivnošću u potrebnom vremenu za rehabilitacijom izjednačavaju se učinci za najlakše prekršaje, kao npr. nepropisno parkiranje vozila i najtežih prekršaja.

6. Odnos novčane kazne i globe

U području sankcija osobito je zanimljiv odnos između dvije vrlo slične ili čak istovrsne kazne, novčane kazne i globe. Govoriti o odnosu novčane kazne i globe možem ogovoriti samo razmatrajući odredbe Zakona o prekršajima iz 2002. godine. Prema odredbama toga Zakona novčanu kaznu i globu kao prekršajne sankcije moguće je propisati i izreći počiniteljima prekršaja. Isto tako i novčana kazna i globa mogu biti izrečene odnosno primjenjene prema svim počiniteljima prekršaja, što znači ne samo prema fizičkim već i pravnim osobama. Tri su temeljne razlike između navedenih kazni. Prva je razlika u apstraktnoj težini prekršaja, druga u izvorima njihova propisivanja a treća u tijelu koje je ovlašteno za njeno izricanje. Novčana kazna može biti propisana samo zakonom dok globa može biti propisana samo podzakonskim aktom odnosno odlukom ovlaštenog tijela. O

izricanju novčane kazne odlučuje sud dok o izricanju globe odlučuje upravno tijelo, inspeksijske službe odnosno ovlaštene osobe u unutarnjim poslovima. Sličnosti navedenih sankcija je i u načinu propisivanja minimuma i maksimuma odnosno kaznenim okvirima i načinu supstitucije kaznom zatvora.

Važno je istaknuti kako navedena distinkcija nije imala praktičnih učinaka zbog čega se od nje u Zakonu odustalo.

7. Posebna pitanja važna za uspješnost prekršajnog postupka

U sagledavanju prekršajne represije valja najprije analizirati pitanje dostave akata. U Republici Hrvatskoj sve vrste sudovanja i državne uprave počivaju na krajnje arhaičnom i nesposobnom sustavu dostave akata putem državnih pošta. Zanimljivo je da je problem dostave akata stariji od hrvatske države i da nije bilo pokušaja poboljšanja toga sustava kao niti stvaranja novog koji bi na primjeren način omogućio dostavu a time i odvijanje službenih postupaka. U tu svrhu bi se morali poboljšati i odgovarajući propisi koji bi motivirali sudionike u postupku da se ponašaju odgovorno. Sudski poziv određenoj osobi predstavlja obvezatni nalog. Ako država ne može osigurati ni poštivanje takvog naloga onda je svako prebacivanje problema na neko drugo mjesto zapravo zamagljivanje stvarnoga stanja.

U sklopu prvog i najsvestranijeg razloga za sumnju u uspješnost novog Zakona je i zatvorski kapacitet. U tom smislu od slične su važnosti osuđenici na kaznu zatvora i oni kojima se izrečena novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor). Analiza zatvorskih kapaciteta ukazuje kako je sustav preopterećen, a uvjeti smještaja nisu na odgovarajućoj razini.¹⁴ Trenutno na poziv za izdržavanje kazne zatvora svakodnevno čeka više tisuća osoba koje ne mogu biti pozvane jer je zatvorski sustav prenapučen. To je ozbiljni prigovor nastojanju pooštrenja prekršajne represije i čini ga neostvarivim.

¹⁴ V. Report to Croatia Government on the visit to Croatia carried and by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 1 to 9 December 2003. Strasbourg 1. 3. 2007. 37., 70-75.

8. Pravni položaj počinitelja prekršaja u postupku

Položaj počinitelja u postupku je uvijek aktualno pitanje koji se mora neprestano propitivati. Razlog tomu nije dovođenje u sumnju prava osobe već preispitivanje je li nacionalni normativni ustroj usklađen s odgovarajućim međunarodnim aktima odnosno jesu li u konkretnom slučaju poštovana takva pravila. Obzirom na to da su u krivičnom sustavu ponašanja različite vrste, osobito po težini, postavlja se pitanje moraju li se u svim slučajevima na jedinstven način poštivati takva pravila ili kod lakših oblika kažnjivog ponašanja zbog ekspeditivnosti postupanja navedena prava mogu biti reducirana?

Uvodno valja istaknuti kako pojam osumnjičenik i okrivljenik Prekršajni zakon ne definira već je u tom smislu nužno koristiti definicije krivičnog procesnog prava. U analizi problema moramo poći od prava koja imaju uhićene osobe osumnjičene za počinjenje prekršaja.¹⁵ Istovjetan propis sadržan je u Zakonu o krivičnom postupku, v. članak 6.¹⁶ Osumnjičenika i okrivljenika Zakon izjednačava i tijekom ispitivanja službenih osoba.¹⁷ Možemo li nakon navedenog prikaza konstatirati kako osumnjičenik za krivično djelo ima istovjetni položaj kao i osumnjičenik za prekršaj?

¹⁵ Osoba uhićena ili zadržana pod sumnjom da je počinila prekršaj mora biti odmah upoznata o razlozima uhićenja ili zadržavanja, na njezin će zahtjev nadležno tijelo o uhićenju ili zadržavanju izvijestiti njezinu obitelj ili drugu osobu koju ona odredi, a ako se ispituje kao osumnjičenik ili okrivljenik i poučiti da nije dužna iskazivati te da ima pravo na stručnu pomoć branitelja kojeg može sama izabrati. Pod uhićenjem ili zadržavanjem se smatra svaka mjera ili radnja koja uključuje lišenje slobode osobe pod sumnjom da je počinila prekršaj, članak 86. Prekršajnog zakona.

¹⁶ Osumnjičenik je osoba za koju tijela krivičnog progona ili redarstvena vlast imaju osnovu sumnjati da je počinila krivično djelo ili sudjelovala u njemu, članak 170. stavak 1. Zakona o krivičnom postupku.

¹⁷ Prikupljajući obavijesti ovlaštena osoba tijela državne uprave, kada postupa u okviru svoje nadležnosti za provođenje nadzora, mogu osobu ispitati u svojstvu osumnjičenika, sukladno odredbama ovoga Zakona o ispitivanju okrivljenika u prekršajnom postupku. Pri tome ga moraju upozoriti da ima pravo uzeti branitelja koji može biti nazočan njegovu ispitivanju. Ako okrivljenik odmah ne uzme branitelja ili ako ne odluči iskazivati bez branitelja, tijela državne uprave će zastati s ispitivanjem do 2 sata da bi osumnjičenik mogao uzeti branitelja kojeg sam odabere ili s liste dežurnih odvjetnika, članak 158. stavak 6. Prekršajnog zakona.

Prekršajnom postupku je cilj ubrzanje utvrđivanja odgovornosti osobito korištenjem skraćenih oblika utvrđivanja odgovornosti. Tome poglavito služe tri ustanove, prekršajni nalog, obvezni prekršajni nalog i naplata novčane kazne na mjestu događaja. Kad službena osoba tijela uprave nadležne za utvrđivanje prekršaja prikuplja obavijesti od počinitelja kojeg je zatekla u počinjenju prekršaja takva osoba je u najmanju ruku osumnjičenik. Bez obzira na narav, takav status mu nigdje nije izrijekom priznat. Prilikom zatjecanja počinitelja u prekršaju službena osoba nema obvezu ukazivanja da je osumnjičeni i da mu pripadaju određena prava. Takva obveza postoji tek kad su ispunjeni uvjeti za uhićenje ili kad se uhićenika želi ispitati. Upravo je u navedenom razlika između osumnjičenika u krivičnom i osumnjičenika u prekršajnom postupku.

Utvrđivanje prekršajne odgovornosti u gore navedenim slučajevima je zapravo jednostrano uredovanje službenih osoba određenih tijela uprave u kojem one izravnim opažanjem ili uporabom određenih tehničkih uređaja utvrđuju prekršaj. Počinitelju prekršaja navedene osobe priopćavaju činjenicu da je počinitelj prekršaja i nuđaju mu nagodbu odnosno privilegij – da plati novčanu kaznu (koja je blaža od one koja mu se može izreći u postupku pred sudom i nije opterećena troškovima postupka). Situacija s prekršajnim nalogom je nešto drugačija ali opet otvara mogućnost da se u tako skraćenom postupku zaključi predmet –plaćanjem novčane kazne i određivanjem određenih daljih mjera. Počinitelj u potonjem slučaju ima i dalje pravo na pravno sredstvo i utvrđivanje odgovornosti pred sudom.

U kojoj mjeri navedena razlika umanjuje prava počinitelja koja mu pripadaju člankom 9. i 14., Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i člankom 5. Konvencije za zaštitu prava i temeljnih sloboda? Možemo li kazati da sama dopustivost sudske zaštite osobe u nekom naknadnom postupku može afirmirati određena prava koja počinitelj nema zatjecanjem u počinjenju prekršaja? Odgovor na postavljeno pitanje je naravno negativan. Prava o kojima je riječ nisu ničim uvjetovana.¹⁸

U trenutku zatjecanja u počinjenju prekršaja prilikom pristupanja službene osobe počinitelju i uredovanju, počinitelju pripadaju prava propi-

¹⁸ V. *Öztörk v. Germany* (ECHR 21.2.1984., 8544/79) v. pod 1.

sana citirani propisima. Kad bi bezuvjetno prihvatili naprijed navedeno stajalište postavlja se pitanje dali bi bilo moguće u slučajevima utvrđivanja prekršajne odgovornosti, osobito kad su u pitanju lakši prekršaji primjenjivati skraćene oblike postupanja. Navedena prava nisu umanjena kad je počinjen teži prekršaj kad se radi o taksativno određenim prekršajima za koje je nužno uhićenje odnosno zadržavanje.¹⁹ To znači da i u području prekršajne odgovornosti razina prava počinitelja ovisi o težini odnosno normativnoj specificiranosti prekršaja. *A priori* ne možemo reći da su svi prekršaji koji su taksativno nabrojani upravo najteži prekršaji. Ako se kao kriterij uzme visina zapriječene sankcije sigurno je da u mnoštvu propisa o prekršajima ima jednako teških prekršaja koji nisu obuhvaćeni popisom.

Valja istaknuti kako prekršajno zakonodavstvo osobito skraćeni oblici postupanja umanjuju prava počinitelja odnosno odstupaju od prava koja okrivljeniku daju Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Konvencija za zaštitu prava i temeljnih sloboda. Umanjivanje prava o kojima je riječ posljedica je utvrđivanja odgovornosti za lakše prekršaje s jedne strane i mogućnosti odlučivanja o prekršajnoj odgovornosti u sudskom postupku s druge. Bez takvog normativnog ustroja, koji odstupa od međunarodnih standarda, bilo bi onemogućeno skraćeno postupanje službenih osoba pri utvrđivanju odgovornosti kod lakših prekršaja..

Zaključak

Predhodna analiza položaja prekršajnog prava u pravnom sustavu Republike Hrvatske otkriva cijeli niz slojevitih pitanja na koja nije moguće

¹⁹ Ako je protiv određene osobe podnesen optužni prijedlog za prekršaj propisan zakonom, a radi se o prekršaju protiv javnog reda i mira, prekršaju vezanom za nasilje u obitelji ili prekršaju za koji se može izreći kazna zatvora ili novčana kazna veća od 10.000 kuna, sud može sam ili na prijedlog tužitelja, nakon što je ispitao okrivljenika i utvrdio da ne postoje razlozi za odbacivanje optužnog prijedloga iz članka 161. Zakona, odrediti zadržavanje te osobe ako: a) postoje okolnosti koje upućuju na opasnost da će pobjeći (krije se i dr.), b) postoji opasnost da će uništiti, sakriti, izmijeniti ili krivotvoriti dokaze ili tragove važne za prekršajni postupak ili da će ometati prekršajni postupak utjecajem na svjedoke ili sudionike, c) osobite okolnosti opravdavaju bojazan da će ponoviti istovrsni prekršaj, članak 135. Prekršajnog zakona.

dati nedvosmislene odgovore. Složenost o kojoj je riječ nije specifičnost Republike Hrvatske, on je prisutan i u ostalim državama nastalim na području bivše Jugoslavije ali problema nisu lišene ni države s duljom demokratskim tradicijama.

Nedvojbeno je da je prekršajno pravo dio krivičnog prava u širem smislu i da zbog toga treba dijeliti istovjetne institucije materijalnog prava i istovjetne garantne standarde u pogledu zaštite prava okrivljenika. Obzirom na to da je prekršajni postupak koncipiran tako da u što kraćem vremenu završi odlukom suda ili drugog ovlaštenog organa on mora na svojevrsni način zahvatiti u prava okrivljenika. Europski sud za ljudska prava višestruko je odlučivao o praksi određenih država koje su reducirale prava okrivljenika. Donesene odluke u potonjim postupcima su prilog izjednačavanja prava osoba u prekršajnom postupku s pravima koje imaju osobe u kaznenom postupku. Logičko pitanje koje se provlači kroz razmatranje je – zašto imati dvije skupine propisa o pitanjima koja moraju biti uređena na jedinstveni način? Važno je istaknuti kako sve odredbe Zakona nisu „prepisane „ iz Zakona o krivičnom postupku ili Krivičnog zakona. Prekršajni postupak ima i svoje osobitosti u različitim područjima a osobito u institucijama za skraćeno vođenje postupka. O njima je bilo naglašeno govora samo u pogledu zaštite prava okrivljenika iako su upravo oni s jedne strane učestali a s druge karakteristika su samo prekršajnog postupka.

Analiza isto tako otkriva kako određeno ishitreno reagiranje države na zabranjena ponašanja u namjeri uspostave boljega stanja može biti krajnje upitno. To se posebno ogleda u području cestovnog prometa gdje je neefikasan prekršajni postupak s jedne strane i uvjerenje da se represivnim mjerama može popraviti stanje proglasilo Zakon o prekršajima iz 2002. godine jednim od krivaca za teško stanje u prometu.

Na kraju valja istaknuti kako propisi iz područja prekršajne odgovornosti moraju biti harmonični s drugim pravnim područjima jer su u životu česti, i zbog toga su i važan društveni regulator. Navedeni propis mora biti sukladan odgovarajućim međunarodnim i ustavnopravnim standardima jer jedino tako u određenoj državi može postojati jedinstvo pravnoga poretka.

Literatura

Bele, I./Jenul, Š./Maček-Guštin/Tratar, B. (2005) *Zakon o prekrških s komentarjem*, Založba, Ljubljana.

Derenčinović, D. (2001) Posebno prijestupovno i prekršajno zakonodavstvo prije i poslije donošenja Zakona o prijestupima i prekršajima, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 8,1; str. 89.-114.

Josipović, I; (2002.) *Zakon o prekršajima*, Narodne novine, d.d. Zagreb.

Novoselec, P., (2001) *Krivnja u prijestupovnom i prekršajnom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 8,1; str. 41.-55.

Kovačić, A; (2006) *Bitne povrede prekršajnog postupka (problematika s teoretskog i praktičnog aspekta)* Inženjerijski biro d.d. Zagreb, svibnja 2006., 275-277 i Statistička izvješća o predmetima prekršaja u drugostupanjskom postupku, 2005-2007., obrazac P/II-VPS.

Pavišić, B; (2008) *Kazneno postupovno pravo*, Autorizirana predavanja, 2. izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka.

Pavišić, B; (2006) *Krivično pravo Vijeća Europe*, Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb.

Pavišić, B/Grozdanić, V/Veić, P; (2007.) *Komentar Krivičnog zakona*, Narodne novine, Zagreb.

Potočki, S; (1962.) *Osnovni zakon o prekršajima s komentarom*. Drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje. Zagreb.

Simović M/Salihović, G; (2004.) *Komentar Zakona o prekršajima*, Fineks, Sarajevo.

Veić, P./Gluščić, S; (2009) *Prekršajno pravo*, Opći dio, Narodne novine d.d. Zagreb.

Veić, P., (1998) *Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira*, bilješke literatura, sudska praksa, Zagreb.

Veić, P., (2001) *Kritički osvrt na neke propise zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 8. 1; str. 431.-440.

Prof. Petar Veić, LL.D.

Full Professor

Law Faculty, University of Rijeka

TRANSITION ISSUES IN THE LAW OF DELICTS

Summary

In this article, the author deals with the transition issues related to the law of delicts (misdemeanours) in the Croatian legal system. In the author's opinion, being part of the vast body of criminal law, the law of delicts should be governed by the same legal institutes as those pertaining to criminal law in general, applying the same standards and guarantees in terms of the protection of the accused. The author fully supports the harmonization of the legal provisions on criminal liability in delicts with other regulations within the national legislation, as well as their compliance with the international and constitutional standards.

Key words: *law of delicts, procedure, criminal liability, international standards*

*Др Братислав Милановић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица*

UDK: 343.352(497.11:4-672EU)

БОРБА ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ - ВАЖАН УСЛОВ КОЈИ РЕПУБЛИКА СРБИЈА МОРА ИСПУНИТИ ЗА УЛАЗАК У ЕВРОПСКУ УНИЈУ

Апстракт:

Потписивање Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском Унијом априла 2008. године, подношење “апликације” и њено евентуално усвајање и, на бази тога, добијање статуса кандидата, само су корак даље у главном стратешком приоритету Републике Србије - потпуној интеграцији у Европску Унију. Међутим, до коначног остварења овог циља пут је дуг и захтева испуњење читавог спектра ригорозних услова које Унија поставља пред нашу земљу (политички, правни, привредни и др.). Међу овим условима, као посебно значајан, истиче се сузбијање корупције, која је у Србији, на жалост, системска појава и облик свакодневног живота и, као таква, присутна је у скоро свим друштвеним областима (политичком систему, правосудном систему, полицији, систему државне управе, јавним службама, јавним финансијама, привредном систему, па чак и у медијима). Задатак који је постављен нашој земљи је врло тежак и може се реализовати само суштинским реформским процесима, који се морају базирати на јасно дефинисаним стандардима за антикорупцијско деловање које је креирала Европска Унија, али и на стандардима других релевантних међународних субјеката попут међународних организација, влада појединих држава, међународних невладиних организација, удружења и др. То експлицитно захтева и стварање иновираниог квалитетног законодавног оквира, који подразумева измену постојећих и доношење нових законских текстова, као и њихово усклађивање са међународном законодавном антикорупциј-

ском праксом. Истовремено, то условљава и конструисање мобилног институционалног оквира, у смислу подизања ефикасности постојећих, као и формирање нових овлашћених органа и тела, који би у својој надлежности морали имати широка превентивна, а пре свега репресивна овлашћења у борби против корупције.

Кључне речи:

интеграција Србије у Европску Унију, интегративни услови, борба против корупције, законодавни и институционални антикорупциони оквири, међународна сарадња у борби против корупције

I. Опште претпоставке

Потписивање Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ априла 2008. године, подношење “апликације” (захтева), као и евентуално њено прихватање од Савета министара ЕУ и, на основу тога, стицање статуса кандидата, само је корак даље у реализовању главног стратешког приоритета Републике Србије – коначној и потпуној интеграцији у ЕУ. Међутим, до остварења овог циља мора се пуно и озбиљно радити како би смо задржали могућност коришћења низа привилегија које нам већ сада обезбеђује Унија¹ и, нарочито, потврдили нашу проевропску оријентацију и Унију уверили да има посла са озбиљним партнером. То подразумева низ индивидуалних достигнућа, вођених политичким, економским и другим реформама али, пре свега, стрикт-

¹ Примера ради, само за 2009. годину Србија ће од ЕУ, из тзв. претприступних фондову по основу IPA програма (Instrument for Pre-Accession Assistance), добити 200 милиона евра бесповратних средстава за 73 пројекта (јачање институција, прекограничну сарадњу и друге развојне еурореформске програме). Такође, ради смањења врло високог буџетског дефицита ЕУ ће обезбедити Србији макроекономску помоћ од 100 милиона евра који ће нашој земљи бити стављени на располагање јула ове године. Попуну буџетских празнина Унија планира да допуни и са аранжманима које ће реализовати са Међународним монетарним фондом и Светском банком, по принципу задуживања Уније код ових финансијских институција, а затим би тако добијена средства преусмерила у буџет Републике Србије.

но испуњавање низа услова постављених од Уније, који су по својој природи врло ригорозни и захтевни (интензивирање процеса развоја демократије и владавине права; окончање започете реформе правосудја; заштита људских права и националних мањина; динамизирање регионалне сарадње; децентрализација; реформа војске и њена цивилна контрола, као и приватизација војне индустрије; усвајање сета антидискриминационих закона; законско регулисање власништва над земљом; реформа система бриге о деци; осавремењавање антимонополске регулативе; развој села и пољопривреде; окончање сарадње са Хашким трибуналом; побољшање климе за повратак избеглица; обезбеђење квалитетних услова за страна улагања, трговину и економски просперитет; итд.).

Међу овим условима посебно значајно место заузима обавеза Србије да интензивира борбу против корупције и сведе је на подношљиву, односно разумну меру. То је у духу антикорупционе стратегије ЕУ, обзиром да анатомско биће корупције обухвата читав спектар негативних и недозвољених појава и радњи које разарају супстанцу сваке државе без обзира на ком нивоу развоја се она налазила (подмићивање, изнуда, наплаћивање незаконитих такси и повратна давања; намештање избора, договарање гласања и кројење изборних јединица према сопственим потребама; злоупотреба унутрашњих и тајних информација, фалсификовање документације; неовлашћена продаја државног пословног простора, државне имовине и права; манипулације приликом доношења прописа, спровођења набавки и закључивања уговора и зајмова; избегавање плаћања пореза и стицање прекомерног профита; трговина утицајем, посредовање при стицању повластица и сукоб интереса; ненаменско трошење средстава, фалсификовање и проневера, надувавање рачуна и злоупотреба средстава; злоупотреба овлашћења, застрашивање, тортура, добијање незаслуженог опроштаја или олакшице; обмана и превара, лажно представљање, варање и уцењивање; изигравање правде, криминално понашање, приказивање лажних доказа, незаконито притварање и подметање кривице; прихватање неприкладних поклона, хонорара, понуда за брзу зараду и бесплатне забаве; везе

са организованим криминалом и операције на црном тржишту; незаконито надгледање, злоупотреба телекомуникација и писама итд.).²

У сваком случају, корупција је друштвена појава која је немодална и штетна и која, као таква, изазива низ негативних последица, не само по интересе сваке државе понаособ, већ и по виталне интересе ЕУ као целине. Зато и не чуди принципијелно инсистирање Уније да корупцију треба максимално сузбити, обзиром да је интенција ове регионалне међународне организације егзистенција квалитетних политичких и економских односа, базираних на хомогеним, непротивуречним и надасве поштеним правилима понашања њених чланица и то како сталних, тако и оних које претендују на чланство.

II. Активности Европске Уније у области сузбијања корупције

Иако је корупција, у највећем броју случајева, проблем сваке државе понаособ, она је сметња и нормалном функционисању политичких, економских, социјалних, безбедносних, финансијских и других односа на нивоу ЕУ као целине. Зато је она, на разним нивоима, покренула низ акција везаних за сузбијање ове изузетно штетне појаве. С тим у вези, све активности Уније на овом пољу можемо концепцијски анализирати са позиција њеног деловања на унутрашњем, али и на међународном плану.

1. Мере за сузбијање корупције унутар ЕУ

Почетак радикалнијег решавања проблема корупције у ЕУ датира још од 17. септембра 1984. године, када је тадашња Европска економска заједница усвојила низ правила под називом “Council Regulation”, којима су уређивања питања облика борбе против различитих видова корупције у међусобним привредним односима у оквиру држава чланица ове међународне економске асоцијације.

² Gerald E. Caiden: “Ка општој теорији корупције званичника”, *Asian Journal of Public Administration*, Vol. 10, No. 1, 1988.

Након тога, 14. јуна 1985. године закључен је Споразум између држава ЕЕЗ и Савезне Републике Немачке и Француске (Шенгенски споразум) и Конвенција о примени споразума из Шенгена од 19. јуна 1990. године, који су предвидели обавезе страна потписница да појачају сарадњу између својих царинских и полицијских органа у борби против криминала, са посебним акцентом на сузбијање пореских и царинских утаја, проневера и корупције.

Јуна 1994. године, на XIX Европској конференцији министара правосуђа одржаној на Малти, донети су закључци којима је усвојен предлог Мултидисциплинарне радне групе за утврђивање система мера у оквиру Програма борбе против корупције. На бази ових закључака, исте године, државе чланице ОЕСД-а усвојиле су на конференцији у Паризу Препоруке у вези са корупцијом у међународним трговинским трансакцијама.³

Након тога, 1995. године, на основу Уговора о ЕУ, а у циљу дефинисања правосудне сарадње држава чланица ЕУ у кривичним стварима, усвојена је Конвенција о формирању Европске полиције (EUROPOL), којом ово тело добија широке надлежности у сузбијању тешких кривичних дела, базираних на низу криминалних радњи и других противправних дела, између којих се посебно потенцира корупција и прање новца.⁴

Уговором из Амстердама, који је усвојен 2. октобра 1997. године, успостављен је простор слободе, безбедности и правде у оквиру ЕУ. Тиме је, заправо, извршена трећа значајнија институционална реформа ове европске регионалне економске, политичке и безбедносне организације. У члану Б Уговора наведени су, између осталог, и следећи циљеви Уније: 1) да потврди свој идентитет на међународној сцени, посебно вођењем заједничке спољне и безбедносне политике, што подразумева и постепено утврђивање заједничке одбрамбене политике која би у догледно време могла довести до заједничке одбране; и 2) да одржи и ојача Унију као простор слободе, безбедности и правде, у оквиру кога је

³ Јањевић, М.: "Трећи стуб Европске Уније", Београд, 2003, стр. 103.

⁴ Лопандић, Д., Јањевић, М.: "Споразум из Шенгена - за Европу без граница", Београд, 1996, стр. 118-122.

слободно кретање лица обезбеђено уз паралелно усвајање одговарајућих мера из области контроле спољних граница, азила, имиграције и превенције криминала. Остварење ових циљева је у Уговору разрађено у одговарајућим поглављима. Тако је у поглављу о полицијској и правосудној сарадњи у кривичним стварима, у члану 29., истакнуто да се наведени циљеви ЕУ постижу: а) спречавањем и борбом против организованог и другог криминала, а посебно ... корупције ...; и б) ближом сарадњом правосудних и других надлежних органа (полицијских, царинских и др. у државама чланицама директно или индиректно преко Европске полицијске службе - EUROPOL).⁵

У циљу сузбијања противправних радњи које су усмерене против финансијских интереса ЕУ 28. априла 1999. године Комисија ЕУ је основала своју генералну дирекцију OLAF (Office Europeen de Lutte Anti Fraude). Задатак овог тела је откривање и прогон превара, корупције и других противзаконитих радњи које штете финансијским интересима ЕУ, а овлашћења су му широка у смислу да истражне и друге радње може вршити како у институцијама ЕУ, тако и у земљама чланицама Уније.⁶

Такође, закључком Европског Савета 2002. године формирано је и европско јавно тужилаштво - EUROJUST, које координира активности националних државних тужилаштва, а чине га представници

⁵ Јовашевић, Д.: “Улога Европске Уније у борби против прања новца и корупције”, Педесет година Европске Уније, Београд, 2007, стр. 382.

⁶ На основу извештаја OLAF-а Европска комисија је крајем 2008. године суспендовала финансијску помоћ Бугарској од 792 милиона евра због доказаних корупционашких активности неколико високих бугарских званичника услед злоупотреба у коришћењу фондова ЕУ, као и због неуспеха у борби са организованим криминалом и корупцијом који у овој земљи представљају “ендемску” појаву. Поред тога, истој земљи упућено је последње упозорење да ће јој се ускратити сви структурни фондови, престати са прихватањем одлука бугарских судова, забранити слободан улазак бугарских држављана у Шенген-зону и обуставити процес увођења евра у овој земљи. Попут Бугарске и Румунија је још од 2007. године под надзором OLAF-а и на бази његовог извештаја из 2008. године упућена су оштра упозорења и овој земљи због недовољног ангажовања у сузбијању организованог криминала и корупције. Румунија је овог пута прошла без санкција, али Европска комисија не искључује примену низа оштрих мера против Букурешта.

тужилаштава свих 27 земаља ЕУ (судије, државни тужиоци или полицијски службеници). Његов основни задатак је координација, истрага и прогон кривичних дела почињених тешким криминалом, нарочито организованим и прекограничним криминалним радњама и корупцијом.

И коначно, специфичан допринос сузбијању корупције у ЕУ представљају: 1) Уговор о Европском уставу (тзв. Римски Устав из 2004. године); и 2) Хашки програм из 2005. године који садржи 10 приоритета за следећих 5 година у оквиру “Партнерства за европску обнову у подручју слободе, безбедности и правде” и који посебну пажњу и активности органа ЕУ предвиђају у подручју откривања, спречавања и сузбијања следећих кривичних дела: а) фалсификовања заједничке валуте - евра; б) превара у вези са кредитним картицама и чековима; в) прања новца; г) трговине људима; д) рачунарске саботаже и напада рачунарским вирусима; њ) корупције у приватном сектору; и е) загађења мора.⁷

2. Мере ЕУ за сузбијање корупције на међународном плану

С обзиром да корупција представља препреку за проширење ЕУ, предузето је низ мера од стране ове регионалне политичке и економске организације у борби против корупције на међународном плану. На бази њеног снажног утицаја уследио је низ правних аката Савета Европе, као што су: Конвенција о прању новца, вођењу истраге, извршавању заплене и конфискацији добити стечене бављењем криминалним активностима из 1990; Кривично-правна конвенција о корупцији из 1999; Грађанско-правна конвенција о корупцији из 1999; и Споразум о успостављању Групе земаља за борбу против корупције - GRECO из 1998. године. Посебан значај имају Кривично-правна и Грађанско-правна конвенција о корупцији. Према одредбама Кривично-правне конвенције стране потписнице сагласне су да предузимају све мере у борби против корупције у јавној управи и приватном сектору. Такође, компаније морају бити подвргнуте мерама кривичног права, како би се олакшало прикупљање доказа и извршила конфискација незаконито

⁷ Јовашевић, Д: *op. cit.* стр. 384.

стечене добити. Примену ове конвенције надгледају чланице GRECO. Грађанско-правна конвенција уређује питање грађанско-правне накнаде штете жртвама корупције и, с тим у вези, бави се проблемима накнаде штете и губицима, одговорношћу за дела која почине јавни службеници (укључујући и одговорност државе), заштитом запослених који пријаве корупцију, тачношћу рачуна и ревизорских извештаја итд.

На међународном (спољнополитичком) плану ЕУ је развила и тзв. нови дух партнерства са другим државама света у области сузбијања корупције. Наиме, она је са афричким, карипским и пацифичким (АСР) државама потписала Конвенцију о сарадњи у борби против корупције (Ломе, 1975.), а иста је стављена ван снаге у фебруару 2000. године. Престанак важности Конвенције из Ломеа пружио је идеалну прилику за разматрање будућих односа. Нови споразум је потписан 23. јуна 2000. у Котону у Бенину, а односи се на јасну процедуру за доношење одлука, транспарентност и одговорност институција, примат закона у управљању и дистрибуцији ресурса и јачање способности за разраду и примену мера које имају за циљ превенцију и активну борбу против корупције.⁸

III. Корупција у Републици Србији

Када је реч о корупцији у Републици Србији, нажалост, мора се признати да је код нас она постала системска појава и облик свакодневног живота и да држава није учинила много да се она сузбије у мери која би била довољна за нормално функционисање савременог демократског друштва коме толико тежимо. Ово није само наш лични став, већ су то потврдиле и угледне међународне асоцијације које се баве питањем корупције на глобалном плану. Према извештају *Global integrity* (угледне америчке невладине организације) из јануара 2009. године, која прати постојање, ефикасност и доступност антикорупцијских механизма у земљама широм света, Србија има за 2008. годину 62 поена од

⁸ Jeremy Pope: *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*, Транспарентност Србија (превод), Београд, 2004, стр. 142-143.

максималних 100, што је сврстава у ред земаља које “треба мотрити”, јер су подложне корупцији у великим размерама. Према овом извештају, испред Србије су и БиХ, Нигерија, Непал и Киргизија, а испод само Азербејџан и Еквадор. Забрињава и то што је ова оцена знатно лошија од извештаја Transparency International-а за 2007. годину, по коме је Србија у области корупције имала 2 поена више у том периоду и заузимала 79. место по нивоу корупције, од 179 држава у којима је истраживање вршено.

Резултати су више него обесхрабрујући, а разлога за њихову тачност има на претек. Корупција је дубоко укорењена појава у нашем друштву и то скоро у свим његовим сегментима.

Нећемо претерати ако констатујемо да је један од извора корупције, пре свега, *уставно-правни систем* као целина (мањкава решења самог Устава, неусаглашеност и недограђеност низа закона и њихова неконзистентност са становишта борбе против корупције, спора хармонизација са међународним актима о сузбијању корупције који обавезују нашу земљу, неефикасан - блокиран рад парламента, недозвољена трговина гласовима посланика и сл., што не води јачању владавине права у земљи и сузбијању корупције, па ни до јачања ауторитета самог парламента). У овом сегменту “рак-рану” представља и финансирање политичких странака, јер су прописи о томе такви да омогућавају нетранспарентност токова приватног новца у изборне кампање и касе политичких партија, а то омогућава да они који имају економску моћ њоме купују политички утицај и привилегије (у извештају Global integrity дата је једна од најнижих оцена у овој области - само 17 поена, од максималних 100). Ништа боља ситуација није ни у области *правосуђа*. Пример за то је неефикасност Уставног суда, који је до краја јануара 2009. године примио преко 2.100 поднесака као “уставних жалби”, а решио само 10-ак, од којих се многи тичу управо корупције од стране органа власти на свим нивоима. Даље, тужилаштво је данас зависније од владе него раније (Републички јавни тужилац је већ годинама “вршилац дужности”), а слична ситуација је и са Републичким јавним правобранилашtvом. У систему *државне управе* на руку корупције иде недоследност спровођења прописа о слободном приступу информацијама

од јавног значаја, широка дискрециона овлашћења службеника органа јавне управе и јавних служби, недостатак правила о преласку запослених из јавног у приватни сектор, забрана искоришћавања бивше службене позиције итд. Слично је и са системом *јавних финансија* које су, по природи ствари, посебно изложене великом ризику од корупције. А основа за такву сумњу има много (државна ревизорска институција постоји већ три године, али само на папиру, недостатак јединственог система вођења рачуна буџетских корисника, недоследност у стриктном спровођењу правила у области јавних набавки итд.).

Привреда, односно *привредни систем* је прича за себе када је корупција у питању. Еклатантан пример је приватизација друштвених предузећа која се врши на основу правно неусаглашених прописа и који омогућавају распродају друштвеног сектора под врло сумњивим околностима (куповина предузећа за 2 евра, јавно лобирање заинтересованих купаца које изражено у процентима иде од 3 до 5 посто вредности фирме итд.). Јавна предузећа, с друге стране, употпуњавају слику Србије у погледу корупције. Свесно се избегава приватизација јавних предузећа и врши њихово нерационално задржавање у државној својини, ради финансирања политичких структура. Поред тога, то обезбеђује нефункционалан систем јавних набавки у овим субјектима, партократски систем постављања менаџерских и управљачких структура, високе плате и бонуси руководећим кадровима и сл.

Све то указује да је за сузбијање корупције у Србији нужан радикалан заокрет, јер је реч о системској појави која је постала саставни део свакодневног живота и снажна кочница остварењу стратешког циља наше земље - потпуној интеграцији у ЕУ.

IV. Мере за сузбијање корупције у Републици Србији

Имајући у виду укупно стање корупције у нашем друштву, њено сузбијање је услов да би Србија стекла морални и политички легитимитет у међународној заједници, цивилизацијску физиономију и, у крајњем, улогу озбиљног и одговорног субјекта који претендује на чланство у ЕУ. Зато је нужан општи реформски процес у погледу антикорупциј-

ске политике, а он подразумева и одређене промене у области политичког, економског и правног система. Да би овај процес био ефикасан нужно је устројити квалитетан законодавни и институционални оквир, али и наставити и проширити међународну сарадњу са ЕУ и осталим међународним субјектима који су активно укључени у борбу против корупције.

1. Законодавни оквир

Први корак у борби са корупцијом је измена постојећих и доношење нових законских текстова и њихово усклађивање са законодавном антикорупцијском праксом ЕУ, што је предуслов за изградњу нових институција које ће бити у стању да ефикасно примене прописе и тако успешно сузбију корупцију у многим областима друштвеног живота.

С тим у вези, потребно је отклонити неусаглашеност и недограђеност читавог низа закона, попут Закона о јавним набавкама, Закона о финансирању политичких партија, Закона о слободном приступу информацијама, Закона о омбудсману, Закона о државној ревизорској институцији, Закона о одговорности правних лица за кривична дела, Закона о одузимању имовине стечене криминалним радњама, Закона о спречавању прања новца итд. Поред тога, треба отклонити неусаглашеност и противуречност поједних привредно-системских прописа, као што су Закон о привредним друштвима, Закон о хартијама од вредности и другим финансијским инструментима, Закон о регистрацији привредних субјеката и др.

Такође, нужно је донети и нове законске текстове који ће директно утицати на сузбијање корупције у Србији. Реч је пре свега о Закону о забрани лобирања, Закону о тајности докумената, Закону о заштити сведока, Закону о реституцији, Закону о класификацији података личности и др., који морају бити у духу тзв. "европских антикорупционих закона."

2. Институционални оквир

Велики проблем у борби против корупције је и институционалног карактера - непостојање или нефункционисање институција, недовољна међусобна координација, кадровска неспособљеност и материјална неопремљеност, али и некомпетентност институција. И најбољи закони остаће “мртво слово на папиру” ако се не “форсира” рад постојећих, као и формирање нових овлашћених органа и тела, који би у својој надлежности морали имати различите аспекте борбе против корупције (превентивне и репресивне, или њихову комбинацију).

Знатан напредак у том погледу представља формирање Агенције за борбу против корупције,⁹ која на неки начин представља централни и највиши орган у антикорупцијској политици наше земље. Ово државно тело има знатно веће надлежности од осталих органа, а као најзначајније треба истаћи: решавање питања сукоба интереса, вођење регистра функционера и њихове имовине, контрола финансирања политичких странака, међународна сарадња у борби против корупције и др. Међутим, и овде треба бити опрезан јер превелике надлежности које новим законом добија Агенција, дају могућност да и сама постане извор корупције, уместо да се са њом ефикасно обрачуна.

Поред тога, ради бржег укључивања у ЕУ потребно је изградити и читав низ нових регулаторних тела која би била у духу тзв. “Европског административног простора”. С тим у вези, нужно је конституисање и јачање националне институције за планирање и дистрибуцију финансијских средстава која притичу из фондова ЕУ, институције за антимонополско деловање, за заштиту потрошача и др. Као и у случају Агенције за борбу против корупције, тако и код нових регулаторних тела треба водити рачуна о квантуму њихових надлежности и о остварењу циљева због којих се оснивају и, ради тога, спроводити ригорозну контролу од стране надлежних државних тела (Скупштине, Владе и др.).

⁹ Овај орган формиран је на основу Закона о Агенцији за борбу против корупције (“Сл. гласник РС”, бр. 97/08).

3. Међународна сарадња у области борбе против корупције

Поред значајне и обимне законодавне активности, те стварања квалитетног институционалног оквира, један од важних антикорупцијских задатака наше земље односи се и на обавезу прихватања низа међународних стандарда за борбу против корупције, оличене кроз систем конвенција, резолуција, иницијатива и покрета. То је облик међународне сарадње Србије и низа међународних организација и институција, која доприноси сузбијању корупције и на националном и на међународном плану, што знатно подиже наш углед у свету и знатно нас приближава крајњем циљу - учлањењу у ЕУ.

С тим у вези, наша земља је до сада ратификовала следеће конвенције: Конвенцију УН против транснационалног организованог криминала, Кривично-правну конвенцију Савета Европе о корупцији и Конвенцију Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом.

Такође, Србија је узела учешћа у низу иницијатива за борбу против корупције и то у: Групи држава за борбу против корупције (GRECO); Програму Савета Европе против корупције и организованог криминала у Европи (РАСО); Програму Савета Европе против корупције и организованог криминала у југоисточној Европи (ОСТОПУС); Антикорупцијској иницијативи Пакта за стабилност југоисточне Европе (SPA1); Изабраном комитету експерата Савета Европе за евалуацију мера за спречавање прања новца (MONEYVAL); Процесу сарадње земаља у југоисточној Европи (SEECР); Програму Међународне трговинске коморе за борбу против корупције; итд.

У даљим активностима Србија би, пре свега, морала да ратификује и на тај начин да пуни правни легитимитет Конвенцији УН против корупције и Грађанско-правној конвенцији Савета Европе о корупцији, које су само потписане.

Поред тога, обзиром да је узела активно учешће на Министарској конференцији земаља југоисточне Европе (Србија, Црна Гора, Босна и Херцеговина, Хрватска, Македонија и Албанија), одржаној крајем марта 2009. године посвећеној "Промовисању правде и безбедно-

сти”, Србија мора да испоштује донете закључке и активно и координирано сарађује на супротстављњу организованом криминалу, кријумчарењу људи и наркотика, спречавању прања новца и корупције у овом региону.

На крају, наша земља треба да прихвати иницијативе УН и ЕУ о отварању канцеларија у Београду за борбу против криминала и корупције, што би био јасан сигнал да Србија прихвата улогу регионалног лидера у промовисању борбе против ових негативних појава, а што ће у многама допринети употпуњавању њене цивилизацијске физиономије.

Prof. Bratislav Milanović, LL.D.

Associate Professor

Law Faculty, University of Priština

FIGHT AGAINST CORRUPTION - IMPORTANT REQUIREMENT TO BE MET BY REPUBLIC OF SERBIA PRIOR TO EU ACCESSION

Summary

Signing the Agreement on Stabilization and Association with the European Union in April 2008, submitting the application and the application being accepted, and therefore achieving the candidate status are just further steps in the direction of the main strategic priority of the Republic of Serbia – full integration into the European Union. However, the road to achieving this objective is a long one, and involves meeting an array of rigorous requirements set before our country by the EU (political, legal, economic, etc.). An especially important one is felt to be the prevention of corruption, which is in Serbia, unfortunately, a systemic phenomenon and present in almost all segments of social life (political system, judicial system, legal system, law enforcement, public administration, public services, public finances, economic system, even in the media). The task set before our country is a very difficult one and it may be accomplished only through fundamental reform processes, which are to be based on clearly defined standards for anti-corruption actions created by the European Union, but also on the standards of other relevant international factors like international organizations, governments of certain countries, international non-governmental organizations, associations, etc. All of this explicitly calls for the creation of an innovative and high quality legislative framework, involving the amendments to the current legal texts and adoption of the new ones, as well as their harmonization with the international legislative anti-corruption practice. At the same time, this necessitates also the development of a mobile institutional framework, in terms of raising the efficiency of the current ones, as well as of forming new authorized bodies which would have broad mandates in both preventive and, above all, repressive powers in fighting corruption.

Key words: *integration of Serbia into the European Union, integration requirements, fighting corruption, legislative and institutional anti-corruption frameworks, international cooperation in fighting corruption*

МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ МЕДИЦИНСКОГ КАРАКТЕРА У АКТУЕЛНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ- СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ

Апстракт:

Иако доминатно правног карактера, мере безбедности медицинског карактера, с обзиром на своју блиску повезаност са психијатријом, представљају интердисциплинарну област. Ова специфична врста кривичних санкција односи се на извршиоце кривичних дела код којих постоје ментални поремећаји, који су често били у основи испољавања криминалног понашања, али и постојања потенцијалне опасности да због измењеног психичког стања понове слична или тежа кривична дела. Истовремено, применом ових мера друштво ментално оболелим делинквентима приступа адекватно и хумано, избегавајући њихово упућивање у пеналне установе. Тако се ове мере реализују у медицинским (психијатријским) установама у којима се остварује психијатријско лечење, процес рехабилитације и ресоцијализације ових лица, чиме се у великом броју случајева умањује опасност од понављања деликта услед менталног поремећаја, а тиме и стварају предуслови за реинтеграцију ових особа у социјалну средину.

Циљ рада је да прикаже актуелна законска одређења које се односе на мере безбедности медицинског карактера. У склопу тога приказане су врсте ових мера одређене важећим Кривичним закоником РС, услови за њихову реализацију и примену и приказане разлике у односу на ранија законска одређења ових мера.

Рада садржи и одређени критички приступ, пре свега са судско-психијатријског становишта, психијатријске критеријуме евалуације опасности за понављањем кривичних дела код овог дела делинквент-

не популације, као и одређене предлоге за новелацију прописа у овој области, у циљу остваривања што бољег медицинског приступа овим лицима, а истовремено и остваривању превенције њиховог будућег криминалитета, што је основна интенција друштва при формулисању ових мера.

На тај начин могу се створити основи за приближавање судско-психијатријског и кривично-правног становишта, као и модалитети за превазилажење неразумевања и дилема на релацији правника и судских психијатара код одређених практичних ситуација које могу настати у току судског поступка, а касније и терапијског процеса.

Кључне речи:

мере безбедности, Судска психијатрија, друштвена опасност, кривично право

У систему кривичних санкција, мере безбедности заузимају посебно место, делом због своје специфичне намене, а делом и због посебног дела популације према којима се ове мере примењују.

Према Кривичном законнику Републике Србије, а у склопу опште сврхе кривичних санкција (чл. 4 ст. 2.), мере безбедности се примењују са основним циљем **да се отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела** (чл. 78. КЗ). Тиме се стварају и предуслови за **сузбијање и превенцију криминалитета**.

Иако су се неке од ових мера јавиле и пре него што су се појмовно у законодавствима одвојиле од казне, правна теорија временски већује почетак примена мера безбедности за почетак XX века. Има тумачења да су мере безбедности уведене да би **специјалну превентивно деловале на одређене категорије учинилаца у односу на које казна не представља адекватну санкцију**.

Мере безбедности у нашем кривичном законодавству (чл. 79. КЗ) обухватају:

1. **Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи;**
2. **Обавезно психијатријско лечење на слободи;**
3. **Обавезно лечење наркомана;**
4. **Забрана вршења позива, делатности и дужности**
5. **Забрана управљања моторним возилом**
6. **Одузимање предмета**
7. **Протеривање странаца из земље**
8. **Јавно објављивање пресуде**

Међу наведеним, посебно место заузимају **мере безбедности медицинског карактера**, које се примењују према душевно оболелим извршиоцима кривичних дела (наведене у претходном ставу од 1-4).

Ове мере имају неколико функција.

Прва је заштита друштва од понављања опасног понашања извршилаца деликата код којих је утврђено постојање душевног обољења или поремећаја, душевне заосталости и зависности од алкохола (алкохолизам) или дрога (наркоманија).

Следеће, отварају се адекватан приступ према овој групи извршилаца кривичних дела, јер се уместо у затвор они упућују у здравствене (психијатријске) установе, па се у разним облицима спроводи психијатријско лечење, што је овој категорији извршилаца управо потребно. Тако друштво остварује и хуман однос према овој категорији делинквената, замењујући репресију психијатријским лечењем, рехабилитацијом и ресоцијализацијом.

Такође, остварује се и својеврсна превенција криминалитета, у којој сада много више од система репресије учествује психијатријска служба. Тако се психијатријским лечењем отклањају или умањују опасна стања које је проситичу из психичког стања, тачније његових поремећаја.

Кривични законик Републике Србије одређује четири мере безбедности медицинског карактера: 1. Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи (чл. 81 КЗ), 2. Обавезно психијатријско лечење на слободи (чл. 82 КЗ), 3. Обавезно лечење наркомана (чл. 83 КЗ) и 4. Обавезно лечење алкохоличара (чл. 84 КЗ).

У поређењу са претходним кривичним законом, актуелни Кривични законик има једну меру више, с обзиром да је јединствена мера психијатријског лечења алкохоличара и наркомана из ранијег закона разврстана на две засебне мере: Обавезно лечење наркомана и Обавезно лечење алкохоличара. Управо ова измена представља позитиван квалитативан помак, како са становишта психијатрије, а чини се и права. Наиме, иако припадају болестима зависности, алкохолизам и наркоманије имају своје специфичности како са становишта типологије личности пацијената, узраста јављања болести, клиничких испољавања, компликација, а самим тим и изражене различите терапијске моделе, као и моделе рехабилитације и ресоцијализације пацијената.

а) Обавезно психијатријско лечења и чување у здравственој установи

Ова је једна од првих мера безбедности која је уведена у кривичним законодавствима. Настала је услед потребе да се психијатријским третманом постигне побољшање психичког стања извршилаца дела са менталним поремећајима и тиме смањи или отклони опасност за понављање криминалног понашања које проистиче из тог поремећаја. Такође, овом мером се, на неки начин, и изменио однос друштва према извршиоцима деликата из ове категорије, па се уместо казне примењује психијатријско лечење, као хуманији и оправданији приступ према овим извршиоцима.

У важећем Кривичном законнику предвиђено је изрицање ове мере у следећим околностима (чл. 81.):

(1) Учиниоцу који је кривично дело учинио у стању битно смањене урачунљивости, ако се, с обзиром на учињено кривично дело и стање душевне поремећености, утврди да постоји озбиљна опасност да учинилац учини теже кривично дело и да је ради отклањања ове опасности потребно његово лечење у таквој установи.

(2) Ако су испуњени услови из става 1. овог члана, суд ће изрећи ову меру учиниоцу који је у стању неурачунљивости учинио противправно дело предвиђено у закону као кривично дело.

(3) Мера из ст. 1. и 2. овог члана суд ће обуставити када утврди да је престала потреба за лечењем учиниоца у здравственој установи.

(4) Мера из ст.1 овог члана изречена уз казну затвора може трајати и дуже од изречене казне.

(5) Учиниоцу који је кривично дело извршио у стању битно смањене урачунљивости и који је осуђен на казну затвора, време проведено у здравственој установи се урачунава у време трајања изречене казне. Ако је време проведено у здравственој установи краће од трајања изречене казне, суд ће по престанку мере безбедности, одредити да се осуђени упути на издржавање остатка казне или да се пусти на условни отпуст, при чему ће осим услова из чл. 46. овог законика, нарочито узети у обзир успех лечења осуђеног, његово здравствено стање, време проведено у здравственој установи и остатак казне коју осуђени није издржао.

Ова мера безбедности остварује се у специјалним заводима или психијатријским установама са посебним организационим јединицама за примену ових мера.

Дакле, за изрицање и реализацију ове мере потребно је кумулативно испуњење следећих услова: - да је доказано извршење кривичног дела (противправног дела), - да је психијатријским вештачењем констатовано постојање душевног обољења, поремећености или душевне застојности, како у време извршења кривичног дела, а посебно у време обављања вештачења, - да су означена психијатријска стања у време дела узроковала неурачунљивост или битно смањену урачунљивост, - да услед ових психијатријских стања постоји “озбиљна опасност да ће учинилац учинити теже кривично дело”.

Уколико се са судско-психијатријског становишта сагледају претходне околности, Законик нема проблематичних формулација, сем у делу када је потребно проценити да ли услед утврђених стања душевне измењености постоји озбиљна опасност да ће бити учињено **теже кривично дело**. Због чега?

Прво, због околности да ни право нема јасну диференцијацију шта су то тежа кривична, а шта лакша дела, бар у формалном смислу. Да је то тако, потврђује и околност да у се у коментарима КЗ само наво-

де могући критеријуми на основу којих би се одређена кривична дела могла сматрати “**тежим**” (као евентуални критеријум за то Стојановић наводи она дела за које је предвиђена казна дужа од 5 година затвора).

Дакле, јасног одређења нема, те је таква околност довољна да у практичном раду правника и судских психијатара настану недоумице, дилеме, па и места неразумевања и отежане сарадње. Наиме, ако је наредбом за вештачење одређено да се вештак изјасни да ли постоји озбиљна опасност да извршилац понови теже кривично дело, вештак је у недоумици, јер он не зна која то кривична дела спадају у тежа (питање је да ли то знају и правници, тј. да ли у Кривичном закону постоји подела кривичних дела на лакша и тежа).

Друго, у неким коментарима се наводи да ће правна теорија и судска пракса вероватно формулисати шта су то тежа кривична дела. Са жаљењем се мора истаћи да је то морало већ постојати у тексту Законика, јер нас је пракса временски предухитрила и да већ има пуно случајева када треба проценити потребу за применом ове мере, а јасних критеријума нема. Другим речима, у практичном раду и судија (правника у правосуђу) нема времена за чекање да се у овој области формирају прецизни ставови, јер малтене од почетка примене Законика су постојале, а и даље постоје потребе за проценом да ли психичко стање извршиоца дела може бити разлог његовог будућег делинквентног понашања.

Следећи проблем је шта учинити са душевно оболелим извршиоцима код којих постоји опасност да поново изврше “лакше” дело. Строго гледавши законску формулацију над њима се ова мера, а према ставу 1. чл. 81. не може применити, а пошто постоји кривица, потребно је дакле ове особе упутити у пеналне услове, тј. на издржавање затворске казне (нпр. схизофрени болесник који је учинио дело у стању битно смањене урачунљивости, а на основу сагледавања његовог психичког стање психијатри процењују да постоји опасност за понављањем неког лакшег дела. Пошто се ради о битно смањеној урачунљивости изрећиће се и казна затвора, а пошто нема опасности за понављањем тежег дела, логично следи да ће се ова особа упутити у затвор.). Можда је то са правног становишта тако, али се дубоко коси и у супротности је са принци-

пима савремене психијатрије, по којима ментално оболела лица треба лечити у психијатријским установама, а не упућивати их у затвор.

Из свих наведених разлога, као и других околности, неопходно је ревидирати постојеће законске формулације, пре свега због интереса практичног правосудног рада и позиције и правника и вештака психијатара у њима, али и због уважавања психијатријске доктрине и њених етичких и стручних постулата.

б) Мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи

Повећање терапијских могућности у психијатрији, довео је до тога да се многи ментални поремећаји могу задовољавајуће лечити и мимо болничких услова. Тако је настао помак у третману и ставу према душевно оболелим делинквентима и у ситуацијама када то околности омогућавају, опасност по околину може се отклонити и лечењем у амбулантним условима. У правном смислу, ово се остварује применом мере безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи.

Према актуелном одређењу у Кривичном законiku ова мера је одређена у чл. 82. КЗ, где се наводи:

(1) Учиниоцу који је у стању неурачунљивости учинио против-правно дело у законiku одређено као кривично дело, суд ће изрећи обавезно психијатријско лечење на слободи, ако утврди да постоји озбиљна опасност да учинилац учини кривично дело и да је ради отклањања ове опасности довољно његово лечења на слободи.

(2) Мера из ст. 1 овог члана може изрећи неурачунљивом учиниоцу према коме је одређено обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи кад суд, на основу резултата лечења, утврди да више није потребно лечење и чување у таквој установи, него само лечење на слободи.

(3) Под условима из ст. 1. овог члана суд може изрећи обавезно психијатријско лечење на слободи и учиниоцу чија је урачунљивост била битно смањена, ако му је изречена условна осуда или је пуштен на условни отпуст.

(4) Ова мера се може повремено спроводити и у одговарајућој здравственој установи, ако је потребно ради успешнијег лечења, с тим да повремено лечење у установи не може непрекидно трајати дужи од 15 дана, нити укупно дужи од два месеца.

(5) Обавезно психијатријско лечење на слободи траје док постоји потреба лечења, али не дужи од три године.

(6) Ако се у случају из ст. 1. до 3. овог члана учинилац не подвргне лечењу на слободи или га самовољно напусти или и поред лечења наступи опасност да понови кривично дело, тада је потребно његово лечење и чување у одговарајућој здравственој установи, суд може изрећи обавезно психијатријско лечење и чување у таквој установи.

Трајање психијатријског лечења на слободи је ограничено до три године. Одржавање доброг психичког стања у наведеном периоду констатује се од психијатара установе којој је поверена реализација ове мере и уколико нема погоршања у наведеном периоду, мера се протоком времена окончава. Међутим, ако у току трајања ове мере дође до погоршања психичког стања и повећања потенцијалне опасности по околину, може се ова мера преиначити у меру лечења у здравственој установи, о чему одлуку доноси суд.

Ова мера је далеко више у сагласју са савременим ставовима психијатрије, а они се залажу да се пацијенти, па и они који су извршили кривична дела третирају кад год је то могуће и у што већој мери у ванинституционалним условима, тј. у нехоспиталном систему лечења. Наравно, за тиме не треба тежити по сваку цену и довести друштвене вредности и безбедности људи и имовине у питање, те је неопходно усаглашавање самих психијатара око критеријума евалуације опасности за понављањем кривичних дела, са једне, као и усаглашавање ставова права и судске психијатрије, са друге стране.

Са психијатријског становишта продужење времена у коме се ова мера може спроводити је, такође, позитиван помак, мада можда треба размишљати и на пролонгирање овог периода, јер би се пацијенти налазили у перманентном систему психијатријског лечења и праћења, а да то ни у чему не би умањило њихов квалитет живота.

**ц) Мера безбедности обавезног психијатријског
лечења наркомана**

Овом мером безбедности зависници од дрога издвојени су од осталих категорија ментално абнормалних делинквената, па и од алкохоличара, пре свега због својих особености и околности да ови поремећаји имају и својство специфичне социо-патолошке појаве.

Ова мера се може реализовати: - лечењем у хоспиталним условима и - лечењем на слободи.

У првом случају лечење се остварује у здравственој или пеналној установи (под условом да пенална установа има могућности за хоспитални третман), уколико се процени да се опасност за понављање дела услед ове зависности може отклонити само болничким начином лечења. За реализацију ове мере најбоље би било да се реализује у оним психијатријским установама у којима постоје оформљена службе за лечење зависности од дрога.

Изрицање ове мере Законик прописује у чл. 83. и то на следећи начин:

(1) Учиниоцу који је кривично дело учинио услед зависности од опојних дрога и код кога постоји озбиљна опасност да ће услед ове зависности и даље да врши кривична дела

(2) Мера из ст.1. овог члана извршава се у заводу за извршење казне или у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи и траје док постоји потреба за лечењем, али не дуже од три године.

(3) Када је ова мера из ст. 1. изречена уз казну затвора, она може трајати дуже од времена изречене казне, али њено укупно трајање не може бити дуже од три године

(4) Време проведено у установи за лечење урачунава се у казну затвора.

(5) Када је мера из ст. 1. изречена уз новчану казну, условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне извршава се на слободи и не може трајати дуже од три године.

(б) Ако се учинилац без оправданих разлога не подвргне лечењу на слободи или исто самовољно напусти, суд ће одредити да се мера принудно изврши у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи.

Оно што се, за разлику од претходне две мере, може запазити је да се ова мера изриче без обзира на степен умањења урачунљивост делинквентна наркомана, те је основни услов постојање узрочно-последичне везе између зависности од дрога и будућег вршења ових дела. Осим правне оправданости, ова околност има у психијатријску утемељеност, јер се лечењем зависности од дрога уклања и основни предуслов будућег потенцијалног криминалитета ових лица.

Ипак, Законик не предвиђа решења када је због неурачунљивости зависника од дрога у време извршења дела и опасности за понављањем дела услед те зависности примарно изречено да се ова мера спроводи и болничким условима, а да се касније због побољшања здравственог стања и умањења степена ризика за понављањем деликата, наставак лечења може обављати и у амбулантно-диспанзерским условима, тј. на слободи. У том правцу и сугестија за допуном законске формулације, која би имала и повољне правне, а пре свега и психијатријске импликације.

Сагледавање практичних могућности, а и информације добијене у директним контактима са онима који су одговорни за систем реализације кривичних санкција, на жалост, указује да је стање организације медицинске (психијатријске) службе у пеналним установама још увек далеко од стварања могућности да се ова мера може реализовати и у тим установама. С тога и потреба да друштво учини напор да створи ове предуслове, јер ће се према тим околностима и психијатријски одређивати где упутити зависника од дрога који је починио кривично дело и носи потенцијалну опасност од понављања дела услед зависности.

Са психијатријског становишта неопходно је да се током лечења спроведе поступак детоксикације, лечење апстиненцијалног синдрома (“наркоманске кризе”), као и даље спровођење медикаментозног, психо и социо терапијског поступка, као и мера психијатријске рехабилитације и ресоцијализације. Ово захтева стручне кадрове, добру опре-

мљеност установа у којима се мера спроводи, посебно због околности што су у највећем броју случајева ради о младим делинквентима и да треба учинити максималне напоре за реструктурисањем модела понашања у односу на онај који је постојао у време трајања зависности од дрога.

д) Мера безбедности обавезног психијатријског лечења алкохоличара

И ова мера односи се на болест зависности (од алкохола), тако да услови за њено изрицање су готово идентични као за претходну меру, као и облици и места њеног извршења. У КЗ ова мера је одређена чл. 84. у коме се наводи:

(1) Учиниоцу који је учинио кривично дело услед зависности од употребе алкохола и код којег постоји озбиљна опасност да ће услед ове зависности и даље да врши кривична дела, суд ће изрећи обавезно лечење.

(2) Мера из ст.1. овог члана извршава се у заводу за извршење казне затвора или одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи и траје док постоји потреба за лечењем, али не дуже од изречене казне затвора.

(3) Време проведено у установи за лечење урачунава се у казну затвора

(4) Када је мера из става 1. овог члана изречена уз новчану казну, условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне извршава се на слободи и не може трајати дуже од две године.

(5) Ако се учинилац без оправданих разлога, не подвргне лечењу на слободи или лечење самовољно напусти, суд ће одредити да се мера принудно изврши у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи.

Суштина и основ за примену ове мере је постојање зависности од алкохола (и њене компликације, посебно психичке) код извршиоца дела у време његовог извршења, околност да је дело извршено због постојања феномена болести, као и постојање опасности да се дело понови услед зависности од алкохола.

Уколико се ова мера реализује у болничким условима, то се може остваривати или у специјализованој психијатријској установи или у пеналним условима, под условима да постоји добро организована здравствена служба за овај облик лечења. На жалост, о овоме је већ било речи, а у смислу да тренутно стање пеналних установа не омогућава лечење ових извршилаца у њима. Што се тиче облика лечења на слободи, треба максимално покушавати да се исти обавља у високо специјализованим установама за лечење алкохолизма, како би се створили предуслови за што бољи резултат и ефекат лечења.

Неурачунљивост или битно смањена урачунљивост нису увек неопходни услови за реализацију ове мере, већ да постоји јасна веза између деликвенције и зависности од алкохола. С тога и одређена нејасноћа да се ова мера може изрећи онда када је дошло до стања неурачунљивости и уколико су створени услови за примену института ацтионес либерае ин цауса (Стојановић, Коментар кривичног законика РС).

Оно што са психијатријског становишта није најјасније је чињеница да код наркомана мера лечења може трајати дуже од трајања изречене затворске казне, док оваква могућност код делинквената алкохоличара не постоји. Мора се признати да психијатријске разлоге за овакво правно одређење психијатрија не може наћи, те је потребно да се се пруже правни одговори и образложења на ове околности.

Такође, није јасно због чега се лечење на слободи ових лица може остварити само под условом да је изречена условна осуда, судска опомена или новчана казна, а не и код неурачунљивим извршиоцима кривичних дела који су дело починили због зависности од алкохола, када постоје реални услови да се код неких пацијената ова мера спроводи и лечењем у амбулатно-диспанзерским условима (лечење на слободи).

Евалуација друштвене опасности

Питање друштвене опасности (опасности по околину) извршилаца кривичних дела са менталним поремећајима, као предуслова за изрицање мера безбедности има различите димензије и одређења, који се чак сагелдавају у разним научним областима (право, психијатрија, криминологија, социологија и др.). Нека одређења су:

“Склоност да се узрокује физичко оштећење или трајнија психолошка штета”

“Могућност да ће се нанети озбиљно и непоправљиво оштећење неког добра друге особе у предстојећој будућности”

Chiswick и сар. у књизи Forensic psychiatry and psychology наводе: “Питање опасности није филозофско, већ конкретно, обзиром да се од психијатара свакодневно очекује да процењују опасност својих пацијента, да планирају и усмеравају лечење и на основу тих околности преузму одговорност за одлуке из ове области, што се остварује и у случајевима ментално абнормалних делинквената.

Самим тим, психијатри су у непрекидној позицији да процењују психијатријске околности које могу утицати на опасност њихових пацијената према околини, те се и намећа потреба предикција опасности по околину, тј. опасности од понављања криминалног понашања од стране ментално абнормалних делинквената.

Могући критеријуми предикције:

1. Врсте и карактеристике душевног обољења или поремећаја (значај испоњених психопатолошких феномена, њихове врсте и изражености)
2. Природа, начин, околности извршења кривичног дела
3. Степен настале штете и учесталост делинквентног понашања
4. Ситуациони, социјални и виктимолошки чиниоци.

И поред присутних ставова по којима се предлаже психијатријска евалуација друштвене опасности ментално оболелих извршилаца кривичних дела, чини се да досадашњи форензичко-психијатријски рад у себи носи многе елементе индивидуалности и субјективизма у процени ових околности.

Из ових разлога наша залагања иду у правцу стварања опште прихваћених критеријума ове процене, а пре свега кроз стандардизацију критеријума и параметара евалуације. На тај начин би се избегао субјективни приступ психијатара, али и обезбедили предуслови за даље

научно праћење ове проблематике, а тиме и обезбедили услови да се евалуација друштвене опасности ментално оболелих делинквената остварује што објективније.

Литература:

1. **Кривични законик**, Правно исраживачки центар Београд, 2006.
2. *Ђирић, З.: Основи судске психијатрије*, Бона фидес, Ниш, 2004.
3. *Делић, Н.: Кривица у Кривичном законнику РС и њен значај за кривични поступак*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-45. редовно годишње саветовање, Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима, Интермех, 75-95, Златибор, 2008.
4. *Стојановић, З.: Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006.
5. *Крстић, Б.: Судска психијатрија*, СКЦ Ниш, 1996.
6. *Јовашевић, Д.: Кривично право-општи део*, Номос, Београд, 2006.
7. *Лазаревић, Љ.: Коментар Кривичног законика Републике Србије*,
8. *Craft, M., Craft, A.: Mentally abnormal offenders*, Baillire Tendall, Edinbourgh, 1995.
9. *Ђурђић, В.: Кривично право-посебни део*, Центар за публикације, Правни факултет Ниш, 2006.
10. *Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М.: Криминологија*, Пеликан принт, Ниш, 2008.
11. *Константиновић Вилић, С., Костић, М., Миладиновић, Д.: Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне*, Правни факултет Ниш, Центар за публикације, Ниш, 2007.
12. *Ђирић, З.: Судско-психијатријски аспект одредби о урачунљивости и мерама безбедности у новом Кривичном Законнику Србије*, Правни факултет Ниш, Функционисање правног система Републике Србије, мај 2006 (Зборник резимеа).

13. **Кнежевић, С.:** **Практикум за кривично-процесно право-општи део**, Греен Емпире, Ниш, 2006.

14. **Ковачевић, Р.:** **Форензичка психијатрија**, Правни факултет Бања Лука, 2000.

15. **Ђурић, З., Крстић, Б., Серафимовић, С.:** Психијатријски аспект друштвене опасности ментално оболелих делинквената, Енграми, 18, 2, 97-103, 1996.

16. **Павичић, Д., Петровић, В.:** Медицинска проблематика извршења мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, Енграми, 18, 3, 25-28, 1996.

17. **Rofman, E.S., Askinazi, C., Fant, E.:** The prediction of dangerous behavior in Emergency Civil Commitment, American Journal of psychiatry, 137, 9, 1061-1064, 1980.

Prof. Zoran Ćirić, M.D.

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

MEDICAL SECURITY MEASURES IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA: Forensic Psychiatry Approach

Summary

Even dominantly legal category, medical security measures, because of their close connection with psychiatry, is interdisciplinary field. This specific type of criminal sanction is related to mentally abnormal offenders, where mental disorders often were reason for their criminal behavior, and also factor of presence of potential dangerousness for repeating similar or serious offences. At the same time, application of this measures, are way of adequate and human approach of society to this category of offenders, avoiding their admitting in penal institutions. In this way, this measures realizes in medical (psychiatric) units, in which accomplish psychiatric treatment, rehabilitation and resocialisation of this persons. In this way, in important percent dangerousness for repeating offences is getting lower, and also make conditions for reintegration these persons in their social environment.

Purpose of this paper is to show actual criminal code determinations about medical security measures. According to basic aim of paper are showed types of this measures in Criminal code of Serbia, conditions for their application and realization and showed differences to earlier criminal code.

Paper also has a particular critical approach, first of all in forensic psychiatric view, psychiatric criteria for evaluation of dangerousness for repeating offences by this part of delinquent population, and some suggestions for innovation of code determinations in this field, with aim to make as better as possible medical approach to these persons, and to make as better prevention of future criminal behavior, what is basic intention of these measures.

This is, also, way to making closer criminal and forensic psychiatric standings, and to find modality to avoid misunderstanding and dilemmas in relation between layers and psychiatrists during criminal procedure and latter therapeutical proces.

Key words: *medical security measures, Forensic psychiatry, Dangerousness for society, criminal law*

*Мр Душица Миладиновић-Стефановић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу*

UDK: 343.272:343.02(497.11:4-672EU)

**ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА
- међународни стандарди и право Републике Србије -¹**

Апстракт:

Одређени облици криминалитета, посебно организованог који не познаје националне границе и не признаје државни суверенитет, попримају обележја својеврсне «привредне гране» са неслућеним могућностима зараде. Остваривање енормне економске добити, с једне, и недовољна ефикасност класичних метода кажњавања, с друге стране, довели су до преиспитивања криминално-политичке реакције. Резултат таквог критичког сагледавања представља померање фокуса са појединца и конкретног кривичног дела на организацију и елиминисање њене финансијске моћи одузимањем имовине стечене криминалом. У том циљу, на међународном плану је у последње две деценије донет читав низ конвенција, а Србија је, како је потписала и ратификовала многе од њих, преузела обавезу да у оквиру постављених стандарда успостави ефикасне законске механизме за проналажење, замрзавање, привремено или трајно одузимање имовине стечене кривичним делом као и адекватно управљање одузетом имовином. Отуда је и предмет овог истраживања колико су наведени стандарди имплементирани у домаће кривично законодавство после најновијих измена, пре свега после

¹ Чланак представља резултат рада на пројекту «Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије» под редним бројем 14043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

доношења Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

Кључне речи:

организовани криминал, привремено одузимање имовине (замрзавање и заплена), трајно одузимање имовине (конфискација)

1. Уводна разматрања

Феноменолошки посматрано, криминалитет у савремено доба одликују карактеристике попут повећања обима, све већег степена организованости који прате професионализација, специјализација криминалаца и рецидивизам, прерастање националних оквира односно интернационализација криминалних активности, као и све израженија «софистицираност» остварена кроз злоупотребу техничких знања и средстава, под чиме се не подразумева само коришћење нових начина за вршење постојећих дела, већ и појава потпуно нових облика криминалитета. Такође, одређени видови криминалитета подразумевају, *per se*, остваривање енормних износа економске добити, при чему се првенствено мисли на организовани криминал у свим његовим манифестацијама, мада не треба заборавити да сличне капацитете могу имати и кривична дела која не морају нужно носити епитет «организованих». Многе међународне организације, попут Организације уједињених нација или Светске банке, покушале су да процене висину добити коју остварују криминалне организације. Илустрације ради, према једном таквом истраживању «акционарско друштво криминалаца» само у 2003. години остварило је промет од 85 милијарди евра, док је укупна имовина његових чланова процењена на око 1000 милијарди евра. Детаљнија анализа структуре прихода потеклих из незаконитих активности показује да се на листи најплодоноснијих грана прва налази трговина опојним дрогама (26 милијарди), а да затим следе проститиција (12 милијарди), зеленаштво (9 милијарди), различити облици кријумчаре-

ња (8 милијарди), илегална имиграција (1,2 милијарде) итд.² Алармантне податке изнео је и Антонио Лаудати, познати италијански експерт за организовани криминал, по коме промет италијанске мафије чини 7 % од укупног бруто домаћег производа италијанске државе, а вредност целокупне имовине мафије довољна, да у идеалном теоријском случају њене потпуне конфискације, Италија елиминише свој јавни дуг. У истом маниру компарирања криминалне добити и финансијске моћи државе, Лаудати наводи да руска, колумбијска и италијанска мафија имају већи годишњи буџет од 186 чланица Организације уједињених нација.³ Иако се да претпоставити да наведене процене садрже извесну дозу апроксимације, тешко је избећи утисак да се ради о астрономским износима.

Опасности финансијске снаге криминалаца су очите и оне се манифестују у два правца. Прво, економска моћ генерише систематску корупцију; криминал не мора да буде толико експлицитно насилан, када се већ могу «купити» државни функционери и службеници, политички лидери или медији, што га не чини мање опасним, већ само перфиднијим, теже уочљивим и теже доказивим. Читава друштва се на такав начин могу наћи у власти криминалаца, што је погубно по остваривање демократских тековина, индивидуалних права и слобода грађана, као и функционисање слободног тржишта. Такође, трансферисање криминалне добити у легалне токове, мада је потпуну преоријентацију на законите активности тешко очекивати, пошто се криминална организација највероватније никад неће у потпуности одрећи својих базичних активности које су јој донеле првобитну акумулацију, крајње иронично криминалце претвара у инвеститоре, угледне привреднике, друштвено ангажоване појединце, хуманитарне раднике или мецене – несебичне покровитеље научних, културних и спортских дешавања.

² Истраживање је објављено у часопису «Есопому» 04.12.2003. године, наведено према С. Радовановић: *Одузимање имовине стечене организованим криминалом у светлу савременог европског и домаћег законодавства*, зборник Примена међународног кривичног права – организовани криминал, Београд, 2007. године, стр. 79.

³ А. Лаудати: *Систем за борбу против незаконитог богаћења у европском законодавству*, зборник радова са Међународне конференције о одузимању имовине стечене кривичним делима, Београд, 2007. године, стр. 3.

Економска анализа криминалне организације и анализа класичне криминално-политичке реакције наводе на закључак да се криминалној организацији (подразумева се и сваком облику криминалитета који доноси добит) може успешно стати на пут само успостављањем ефикасних механизма за одузимање незаконито стечене имовине. Учињеници да криминална организација производи богатство лежи њена виталност и моћ регенерације; високи износи добити делују превише примамљиво, па ће се организација, ослабљена хватањем и кажњавањем њених припадника, увек изнова регенерисати, «пунити» новим члановима и «избацили» на површину нове вође. Због тога је у редефинисању класичне криминално-политичке реакције нужно извршено измештање фокуса са појединца и конкретног кривичног дела на организацију и елиминисање њене финансијске моћи. У том циљу на међународном плану је у последње две деценије донет читав низ конвенција, препорука и стратегија, као што је на националном плану читав низ земаља донео је законе о одузимању имовине, успостављајући различите моделе – судски (у кривичном или парничном поступку), вансудски тј. административни као и мешовите моделе одузимања имовине.⁴

Република Србија је потписала и ратификовала читав низ међународних аката којима се предвиђа одузимање имовине стечене криминалом: Конвенција УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима,⁵ Кривичноправна конвенција о корупцији,⁶ Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма,⁷ Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом⁸ и Конвенција УН против корупције.⁹ Тако је преузета обавеза усаглашавања домаћег законодавства, а резултат тога

⁴ Више о системима одузимања имовине у Г. Илић: *Одузимање имовине стечене криминалом*, Ревизија за безбедност, бр. 5, 2008. године, стр. 8-11.

⁵ *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

⁶ *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002 и *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005.

⁷ *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/2002.

⁸ *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/2002, *Службени гласник СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005.

⁹ *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/2005.

је доношење Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела 23. октобра 2008. године.¹⁰

2. Међународни стандарди одузимања имовине

Анализа садржаја међународних докумената указује на постојање појединих правила, која се могу назвати међународним стандардима о одузимању имовине стечене криминалом. Један од таквих стандарда односи се на одређивање предмета одузимања – појма имовине односно прихода или добити стечених криминалом. Имовина тако представља, прво *ствари било које врсте*, при чему различити документи примера ради наводе да оне могу бити материјалне или нематеријалне, покретне или непокретне, ствари процењиве или непроцењиве вредности и друго, *правна документа или инструменте којима се доказује право или интерес у односу на такве ствари*. Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма наводи да у такве инструменте спадају: банкарски кредити, акције, новчане упутнице, менице, акредитиви, обвезнице, хартије од вредности, електронски, дигитални и други инструменти (чл. 1 ст. 1). Добит или приход од криминала јесте имовина проистекла или остварена директно или индиректно извршењем кривичног дела. Од посебног је значаја то што она представља предмет одузимања и када је претрпела неки облик трансформације у циљу прикривања незаконитог порекла, било да је претворена (делимично или у потпуности) у неку другу имовину, било да је помешана са легално стеченом имовином, када се наравно одузима до процењене вредности помешаних средстава од криминала. С тим у вези поједини извори предвиђају криминализацију прања добити стечене криминалом.¹¹ Такође, приходи или друге бенефиције проистекле из криминалне добити, из имовине у коју је та добит претворена или имовине са којом је помешана подлежу конфискацији на исти начин и у истом степе-

¹⁰ Службени гласник РС, бр. 97/2008.

¹¹ На пример Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (чл. 6).

ну као и сама добит од криминала. Поједини документи налажу одузимање тзв. средстава, али се тај термин неконзистентно користи, некада као синоним за имовину у горе наведеном смислу,¹² а некада у смислу предмета који су искоришћени или намењени вршењу кривичних дела.¹³

Компаративана анализа наведених међународних извора указује да они предвиђају примену различитих мера према имовини и приходима криминалног порекла. Оне се диференцирају према сврси, што имплицира разлику у времену предузимања и разлику у њиховом трајању; једне су привремене и њихов је циљ да спрече осујећење извршења трајних мера ако буду изречене, а ту спадају замрзавање (*freezing*) и заплена (*seizure*), док се у трајне убрајају конфискација (*confiscation*) тј. одузимање имовине (*forfeiture*). Замрзавање или заплена означавају заправо привремену забрану преноса, претварања и располагања или прометања имовине, односно привремено чување или контролу имовине на основу налога који издаје суд или неки други надлежни орган. Конфискација (одузимање), са друге стране, подразумева трајно лишавање права својине по налогу суда или другог надлежног органа.

Банкарска тајна може представљати озбиљну препреку за проналажење имовине и прихода стечених криминалом, па отуда не чуди што се један од стандарда управо везује за ослобођење од обавезе чувања банкарске тајне. Тако се свака држава чланица обавезује прво, да ће овластити своје судове или друге надлежне органе да траже увид у банкарску, финансијску или комерцијалну евиденцију или наложе њену заплenu ради олакшаног прикупљања доказа и извршења конфискације.¹⁴ Друго, потписнице не могу одбити пружање међународне правне помоћи позивајући се на банкарску тајну,¹⁵ мада, ако је тако прописано

¹² Као у чл. 1 ст. 1 Међународне конвенција о сузбијању тероризма.

¹³ Као у чл. 1 тач. ц Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом.

¹⁴ Чл. 12 ст. 6 Конвенције УН против транснационалног организованог криминала; чл. 23 ст. 2 и 3 Кривичноправне конвенције о корупцији; чл. 4 ст. 1 Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом; чл. 40 Конвенција УН против корупције.

¹⁵ Чл. 18 ст. 7 Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом; чл. 18 ст. 8 Конвенције УН против транснационалног организо-

домаћим правом, могу тражити да захтев за сарадњом који би укључивао укидање банкарске тајне буде одобрен или од стране суда или другог надлежног органа. У другом случају није у питању универзални стандард, како једна од анализираних конвенција предвиђа управо супротно – право на одбијање међународне правне помоћи због поштовања банкарске тајне.¹⁶ Компаративна анализа показује да сви посматрани међународни документи налажу потписницама да предвиде одговорност правних лица у домену који регулишу (кривичну, грађанску или административну, у зависности од могућности које пружају национални правни системи) и консеквентно томе одговарајуће и сразмерне санкције (кривичне или некривичне) према правним лицима.¹⁷ Изричито се конфискација као кривична санкција према правним лицима помиње у Кривичноправној конвенцији о корупцији (чл. 19 ст. 3) и Конвенцији о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом (чл. 18 ст. 8б), док остале отварају могућност за њено увођење иако је експлицитно не наводе у том контексту.

Већина конвенција у вези са конфискацијом поставља начело заштите трећих лица која су поступала *bona fide*, тако да се одредбе о конфискацији не смеју тумачити на њихову штету.¹⁸

Међу уоченим стандардима највећи искорак, посматрано у односу на класичне институте кривичног права, представља увођење законских претпоставки и пребацивање терета доказивања. Прецизније речено, међународни документи отварају простор да државе-чланице уведу у своја национална законодавста правила којима се од учиниоца кривичног дела тражи да докаже законитост порекла имовине или добити за које се претпоставља да потичу од криминала и тиме подлежу

ваног криминала; чл. 26 ст. 3 Кривичноправне конвенције о корупцији; чл. 31 ст. 7 Конвенције УН против корупције.

¹⁶ Међународна конвенција о спречавању финансирања тероризма чл. 12 ст. 2.

¹⁷ Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (чл. 10), Кривичноправна конвенција о корупцији (чл. 18), Конвенција УН против корупције (чл. 26), Међународна конвенција о спречавању финансирања тероризма (чл. 5).

¹⁸ Конвенција против транснационалног организованог криминала (чл. 12 ст. 8), Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма (чл. 8 ст. 5) и Конвенција УН против корупције (чл. 31 ст. 9).

конфискацији, али само уколико је то у складу са основним начелима њиховог унутрашњег права и природом судских и других поступака.¹⁹ Пребацивање терета несумњиво олакшава поступак одузимања имовине, али се ствара дилема да ли се таквим решењем кроз форсирање ефикасности истовремено не крше људска права гарантована Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама,²⁰ пре свега право на правично суђење које подразумева постојање претпоставке невиности (чл. 6 ст. 2). Европски суд за људска права је већ било у прилици да одлучује по том питању и у неколико наврата је донео одлуке из којих проистиче да се претпоставкама и пребацивањем терета код конфискације не вређа претпоставка невиности. Тако је у случају *Phillips* против Уједињеног Краљевства, заузет став да «... када се оптужени огласи кривим члан 6 став 2 престаје да важи у поступку извођења доказа ради одмеравања казне ...»,²¹ односно у случају *Salabiaku* против Француске да су «... правне претпоставке у начелу сагласне са чланом 6».²²

Увођење специјалних истражних техника представља, такође, један од стандарда. Конвенције углавном само уопштено предвиђају предузимање законодавних и других неопходних мера којима би се омогућила њихова употреба у складу са националним законодавством, у циљу олакшаног прикупљања доказа, идентификовања, улажења у траг, замрзавања и заплене имовине и прихода од криминала. Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији наводи да специјалне технике могу обухватити: налоге за праћење, осматрање, прислушкивање телекомуникација, приступ компјутерским системима и налоге за израду одређених докумената (чл. 4 ст. 2).

¹⁹ Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (чл. 12 ст. 7), Конвенција УН против корупције (чл. 31 ст. 8).

²⁰ Наша земља је потписала и ратификовала Европску конвенцију *Службени гласник СЦГ*, бр. 9/2003.

²¹ Ж. Дитертр: *Извод из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Београд, 2006. године, стр. 202.

²² *Op. cit.*, стр. 204.

3. Стање у кривичном законодавству Србије пре доношења Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела

Пре доношења Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела нормативни амбијент у Србији, посматрано у датом контексту, чиниле су следеће имовинске санкције и мере: новчана казна, мера безбедности одузимање предмета, одузимање имовинске користи стечене кривичним делом као специфична мера *sui generis*, и привремено одузимање предмета и имовинске користи за дела организованог криминала. Питање које се неминовно намеће јесте питање капацитета наведених инструмената за успешно решавање постављеног проблема; треба утврдити да ли су они за то довољни или је ипак неопходна допуна система неким новим инструментима у циљу отклањања и премошћавања њихових недостатака и лимитирајућих фактора.

Када се говори о новчаној казни треба поменути да је Кривични законик Републике Србије (у даљем тексту КЗРС)²³ поред система фиксних износа предвидео, пратећи тенденције у савременим кривичним законодавствима европских земаља, и систем дани-новчана казна, чија је основна предност у омогућавању индивидуализације тј. адекватнијег прилагођавања економској снази учиниоца кривичног дела. За кривична дела учињена из користољубља новчана казна као споредна може се изрећи и када није прописана законом или када је законом прописано да ће се учинилац казнити казном затвора или новчаном казном а суд као главну изрекне казну затвора. Број дневних износа не може бити мањи од 10 нити већи од 360 (чл. 49 КЗРС). Дневни износ не може бити мањи од 500 нити већи од 50.000 динара. Када се ово доведе у везу са бројем дана новчане казне следи да по овом систему укупан износ новчане казне може да се креће у распону од 5.000 динара до 18.000.000 динара. У циљу утврђивања висине дневног износа суд може да захтева податке од банака и других финансијских организација, државних органа и правних лица који се не могу позивати на заштиту пословне или друге тајне. Уколико се не могу прибавити веродостојни

²³ Службени гласник Републике Србије, бр. 85/2005, 88/2005 и 107/2005.

подаци о приходима и расходима учиниоца кривичног дела, или уколико он не остварује никакав приход, али је власник имовине или носилац имовинских права суд ће на основу расположивих података по слободној оцени утврдити висину једног дневног износа. Ако није могуће утврдити висину дневног износа ни на основу слободне процене суда или би прибављање таквих података знатно продужило трајање кривичног поступка суд ће изрећи новчану казну у одређеном износу у оквиру прописане најмање и највеће мере. Новчана казна не може бити мања од 10.000 динара ни већа од 1.000.000 динара, а за кривична дела учињена из користољубља не може бити већа од 10.000.000 динара (чл. 50 КЗРС).

Одузимање предмета (чл. 87 КЗРС), једина мера безбедности стварног карактера у домаћем законодавству, омогућава одузимање средстава за извршење кривичног дела (тзв. *instrumenta sceleris*) било да су они заиста били употребљени за извршење дела или су само томе били намењени, као и одузимање предмета насталих извршењем дела (тзв. *producta sceleris*). Услов за примену мере јесте да се наведени предмети налазе у својини учиниоца, а ако то није случај (тј. ако се налазе у својини неког другог лица) примена је изузетна и ограничена само на оне ситуације када то захтевају интереси опште безбедности или када и даље постоји опасност да ће бити употребљени за извршење дела.²⁴ Одузимање је, како се да види на основу језичког тумачења, у начелу факултативно, уз остављену могућност предвиђања и случајева обавезног одузимања, што је искоришћено у посебном делу Законика код појединих кривичних дела (на пример код фалсификовања или код дела у вези са опојним дрогама).

Изразећи из домена нормативног постављања института у домен његове примене, требало би поменути став судске праксе по питању одузимања непокретности. Формално посматрано, Законик се не изјашњава о врсти ствари које могу бити предмет одузимања; да ли оне могу бити и непокретне нигде није изричито наведено нити је пак из-

²⁴ Иначе, раније кривично законодавство је одузимање предмета омогућавало и ако то захтевају разлози морала, што је доводило до одузимања предмета порнографске садржине, али је доношењем новог законика овај разлог избрисан.

ричито забрањено. Упркос томе, тешко је анализом судске праксе пронаћи пример одузимања непокретности. Један од ретких покушаја забележен је у првостепеном поступку против М. Зарубице када је одузета фабричка хала (иначе у својини мајке осуђеног) која је пуне три године служила искључиво за производњу амфетамина, мада је у другостепеном поступку управо овај део пресуде укинут. Очигледно је да домаћи судови прибегавају рестриктивном тумачењу појма предмета, тако да би можда требало размотрити идеју да се Закоником посебно предвиди и регулише одузимање непокретности.

Посебна кривично-правна мера одузимања имовинске користи стечене кривичним делом (чл. 91-93 КЗРС) омогућава одузимање новца, предмета од вредности као и сваке друге имовинске користи прибављене кривичним делом. Услов за примену мере јесте постојање директне (непосредне) везе између извршеног кривичног дела и (имовине) имовинске користи која представља предмет одузимања, што није увек могуће учинити несумњивим.

Када одузимање није могуће учинилац се обавезује да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. Такође, имовинска корист се одузима и од лица на која је пренесена без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара стварној вредности, као и у случају да је прибављена за другог.

Поступак за одузимање имовинске користи је регулисан главом XIXа (посебне одредбе о поступку за дела организованог криминала) и главом XXX Законика о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП).²⁵ Нови Законик о кривичном поступку²⁶ није донео веће веће измене у овој области, већ је само проширио примену посебних одредаба и на дела која нису резултат организованог криминала. Законик (чл. 513 ст. 2) поставља обавезу суду да утврди имовинску корист, а она је проширена и на друге органе пред којима се води кривични поступак. Овим се практично успоставља обавеза полиције и тужилаштва да прикупљају доказе и да извиђају околности које су од важности за утврђивање

²⁵ Службени лист СРЈ, бр. 70/2001, 68/2002, Службени гласник РС, бр. 58/2005, 85/2005, и 115/2005.

²⁶ Службени гласник РС, бр. 46/2006.

имовинске користи, али се у пракси ова обавеза своди само на судеће веће и изводи се евентуално у току главног претреса. Често у пракси полиција, тужилаштво и истражни судија не раде на прикупљању таквих доказа нити тужилаштва постављају такве захтеве, што је недопустиво посебно у делима орагнизованог криминала. Поставља се и питање да ли су они кадровски оспособљени за вођење таквих извиђања и истрага. У предметима организованог криминала било би неопходно већ у фази истраге утврдити стање имовине (непокретности, аутомобили, банковни рачуни, хартије од вредности и сл), јер чл. 504к даје могућност тужиоцу да захтева од надлежних органа, банака и других финансијских организација да обаве контролу пословања, доставе документацију и податке који могу послужити као доказ о кривичном делу или прибављеној имовини, као и обавештења о сумњивим трансакцијама у смислу Конвенције о прању, тражењу и заплени и конфискацији прихода стечених криминалом. Кад предмет већ дође до главног претреса може бити касно за такве извиђаје. У складу са чланом 515 суд може износ имовинске користи утврдити по слободној оцени, уколико би њено утврђивање изазвало несразмерне тешкоће или знатно одуговлачење поступка. Ова одредба би требало да буде значајна за судску праксу јер се њоме избегава често дуготрајно утврђивање прецизног износа нелегално стечене имовине. Према чл. 517 одузимање имовинске користи суд може изрећи у пресуди којом се оптужени оглашава кривим и другим наведеним одлукама (решење о кажњавању без главног претреса, решење о судској опомени, решење о примени васпитне мере, решење којим се изричу мере безбедности обавезног психијатријског лечења).

Мера привременог одузимања предмета и имовинске користи за дела организованог криминала има изузетан значај, с обзиром на чињеницу да се на њу односи готово трећина одредаба о поступку за дела организованог криминала (глава XXIXа ЗКП-а). Предвиђајући посебна правила законодавац је уважио потребу да одузимање треба олакшати и учинити ефикаснијим, како је јасно да се централна битка против овог облика криминалитета одвија управо на финансијском плану. Циљ мере је, заправо, омогућавање извршења тј. спречавање осујећења ових мера уколико оне касније буду изречене у пресуди.

Поступак привременог одузимања покреће се на захтев државног тужиоца, и он обавезно мора да садржи: податке о кривичном делу (чињенични опис и правну квалификацију); опис предмета односно имовинске користи; податке о лицу које их поседује; разлоге за сумњу да су предмети односно имовинска корист проистекли из кривичног дела и разлоге за вероватноћу да ће до краја кривичног поступка бити знатно отежано или онемогућено одузимање предмета односно имовинске користи који су стечени извршењем кривичног дела организованог криминала (чл. 504с ст. 2 и 3 ЗКП-а). Поједини аутори истичу да је начињен пропуст приликом прописивања садржине захтева који би требало да обухвати и основе сумње или основану сумњу да је извршено дело организованог криминала, како се без тога ова мера и не може изрећи (видети чл. 504п ст. 1 ЗКП-а).²⁷ Такође, законодавац не прецизира о ком се степену сумње односно вероватноће ради, што може створити проблеме у тумачењу.²⁸ Са друге стране, има мишљења да у тумачењу «... важан путоказ даје устаљена судска пракса ...»,²⁹ али остаје питање колико се може рачунати на постојање такве праксе.

Одлуку о привременом одузимању доноси суд тј. истражни судија или веће пред којим се држи главни претрес (чл. 504с ст. 1 ЗКП-а). И овај сегмент Законика носи са собом извесне недоумице, како није експлицитно наведено ко одлучује о привременом одузимању у преткривичном поступку као ни у периоду од подизања оптужнице до почетка главног претреса. По неким тумачењима, у првој ситуацији надлежан је истражни судија, а у другој председник већа.³⁰ Дискутабилна је и садржина решења о привременом одузимању. Јасно је да решење мора да садржи врсту предмета односно имовинске користи, њихову вредност и време на које се одузимају (чл. 504т ст. 1 ЗКП-а), али се не

²⁷ Ђ. Лазин: *Привремено одузимање предмета и имовинске користи у поступку за дела организованог криминала*, Правни живот, бр. 7-8, 2004. године, стр. 186. и М. Шкулић: *Организовани криминалитет – појам и кривичнопроцесни аспекти*, Београд, 2003. године, стр. 411.

²⁸ Ђ. Лазин: *op.cit.*, стр. 187.

²⁹ М. Шкулић: *op. cit.*, стр. 410.

³⁰ Т. Васиљевић, М. Грубач: *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2003. године, стр. 908.

помиње образложење тј. навођење основа и разлога одузимања. Систематско тумачење ипак указује да је образложење неопходно, из неколико разлога: од државног тужиоца се тражи да у свом захтеву наведе разлоге за одузимање, па је логично да се о тим разлозима изјасни суд када решава по том захтеву; чл. 504т ст. 4 помиње достављање «образложеног решења»; и како је дозвољена жалба на решење о привременом одузимању питање је како би орган који одлучује о жалби могао да донесе одлуку да нема наведених разлога.

Иначе, за доношење решења у првом степену није прописана нека посебна процедура. Када се говори о одлучивању, може се поставити питање везаности суда захтевом јавног тужиоца. Да ли суд мора да поштује врсту и вредност предмета односно користи? *Argumentum a maiore ad minus* говори у прилог томе да се може одузети мање од онога што је тужилац тражио, али да ли је изводљиво обрнуто? Чак и ако се прихвати да је то теоријски могуће, практично је неизводљиво, јер суд не располаже подацима на основу којих би могао да досуди више од оног што је навео тужилац.

У вези са доношењем одлуке о привременом одузимању појавила се дилема да ли је могуће одбити захтев јавног тужиоца. Док једни истичу да чим се предвиђа да суд о неком питању одлучује то логично значи да може донети било позитивну било негативну одлуку,³¹ док други сматрају да се ради о правној празнини.³²

Законик регулише и питање трајања привременог одузимања (чл. 504у ЗКП-а), доводећи га у везу са фазом поступка, тако да након његовог покретања она може трајати најдуже до окончања кривичног поступка пред првостепеним судом, а у преткривичном поступку најдуже три месеца од доношења решења којим је одређена. Иако би се *de lege ferenda* могло инсистирати на о томе да се почетак рока рачуна од наступања правноснажности решења, много је важније изменити правило о трајању мере, предвиђајући да она траје до окончања кривичног поступка. Да није у питању пука формалност најбоље се уочава када се

³¹ Ђ. Лазин: *op. cit.*, стр. 190.

³² М. Шкулић: *op. cit.*, стр. 416.

претпостави да је на првостепену пресуду уложена жалба. Тада настаје непријатан празан простор идеалан за предузимање активности ради осујећења одузимања, јер је привремено одузимање престало, док се изречена мера безбедности одузимања предмета или одузимање имовинске користи не могу извршити како жалба одлаже извршење судске пресуде.

У настојању да се привремено одузимање учини ефикасним, законодавац је у појединим решењима отишао превише далеко. Тако се предвиђа да «суд може одредити да се мера не односи на предмете или имовинску корист које треба изузети применом правила о заштити савесних стицалаца» (чл. 504т ст. 2 ЗКП-а). Језичко и логичко тумачење цитиране одредбе наводе на закључак да суд може али није у обавези да изузме савесно стечену имовину, што није у складу са начелом заштите савесних стицалаца.

Против решења о привременом одузимању дозвољена је жалба, али није изричито наведено која лица имају право да је изјаве. Том кругу, по мишљењу неких теоретичара, припадају: лице од којег је предмет или корист одузета, његов пуномоћник, окривљени и његов бранилац (који би за предузимање такве радње морао имати посебно пуномоћје),³³ али и државни тужилац.³⁴

Пре него што донесе одлуку другостепени орган мора да закаже рочиште, у року од 30 дана од подношења жалбе, на које се позивају лице на које се решење односи, његов бранилац и јавни тужилац (чл. 504ђ ст. 1 и 2). Законик не предвиђа одлуке које виши суд може да донесе сем одлуке о обавезном укидању мере привременог одузимања, за чије је доношење неопходно кумулативно испуњење следећих услова: ако је веродостојним исправама доказана законитост порекла предмета и ако се учини вероватним да предмети или имовинска корист не потичу из дела организованог криминала нити да су прибављени прикривањем порекла и основа стицања (чл. 504ђ ст. 3). Како није вероватно да ће државни тужилац тражити укидање мере чије изрицање је сам захтевао,

³³ М. Шкулић: *op.cit.*, стр. 412.

³⁴ Т. Васиљевић, М. Грубач: *op.cit.*, стр. 909.

следи да ће то тражити лице на које се мера односи и његов бранилац. Последица тога је пребацивање терета доказивања да предмет или имовинска корист не потичу из кривичног дела, на лице од кога се одузимају, што је у домаћој теорији наишло на оштру критику због кршења претпоставке невиности.³⁵ Мера се може укинути у току свог трајања због протекла рока (тј. ако поступак за дело организованог криминала не буде покренут у року од три месеца од доношења решења о одређивању ове мере чл. 504у ст. 2 ЗКП-а) или ако се покаже да мера није потребна или оправдана с обзиром на тежину дела, имовинске прилике лица на које се односи или прилике лица које је по закону дужно да издржава и околности случаја које показују да одузимање предмета или имовинске користи неће бити онемогућено или знатно отежано до завршетка кривичног поступка (чл. 504у ст. 3).

4. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела уређује услове, поступак и органе надлежне за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичних дела. Примена Закона ограничена је прво, на одређене групе кривичних дела: дела организованог криминала, поједина кривична дела против привреде, јавног реда и мира, службене дужности, човечности и других добара заштићених међународним правом, као и на неовлашћену производњу, држање и стављање у промет опојних дрога, приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију (чл. 2 ст. 1), и друго, вишином остварене користи, како се код већине наведених дела тражи да она премашује износ од милион и петсто хиљада динара (чл. 2 ст. 2).

Појам имовине Закон дефинише према међународним стандардима, тако да она обухвата добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, проценљиво или непроценљиво велике вредности, и исправе у било којој форми којима се доказује право или интерес у односу на такво добро, као и приход или другу корист

³⁵ Ђ. Лазин: *op.cit*, стр. 196. и М. Шкулић: *op.cit*, стр. 414.

остварену непосредно или посредно из кривичног дела односно добро у које је она претворена или са којим је помешана (чл. 3 ст. 1). Имовином проистеклом из кривичног дела сматра се имовина окривљеног, сведока сарадника или оставиоца, која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима (чл. 3 ст. 2). Најодлучнији искорак у правцу ефикасног одузимања учињен је увођењем појма оставиоца тј. лица против кога услед смрти кривични поступак није покренут или је обустављен, чија имовина подлеже одузимању, под условом да је у кривичном поступку који се води против других лица утврђено да је оставилац заједно са њима учинио кривично дело. Имовина се, дакле, може одузети од правних следбеника тј. наследника, али и од физичких или правних лица на која је пренета на други начин, неким правним послом *inter vivos*.

Уважавајући међународне стандарде Закон предвиђа мере привременог (чл. 21-27) и трајног одузимања имовине (чл. 28-36). Привремено одузимање врши се на захтев јавног тужиоца када постоји основана сумња да имовина проистиче из кривичног дела и опасност да би касније одузимање било отежано или онемогућено, а одлуку о томе, у зависности од фазе поступка, доноси истражни судија, председник већа, односно веће пред којим се држи главни претрес. Међутим, ако постоји опасност да ће власник располагати имовином пре него што суд одлучи о захтеву за привремено одузимање, јавни тужилац може наредити забрану располагања и привремено одузимање покретне имовине. Ову меру извршава Јединица за финансијске истраге, а она траје до доношења одлуке суда по захтеву јавног тужиоца. У року од пет дана од подношења захтева суд заказује рочиште за привремено одузимање (које мора бити довршено без прекидања) на које се позивају власник, његов бранилац односно пуномоћник ако га има и јавни тужилац. Јавни тужилац је у обавези да изнесе доказе о имовини коју власник поседује, околностима које поткрепљују постојање основане сумње да имовина проистиче из кривичног дела и околностима које указују на опасност да би њено касније одузимање било отежано или онемогућено. Власник и његов бранилац, односно пуномоћник оспоравају наводе јавног тужиоца. По окончању рочишта суд доноси решење којим усваја

или одбија захтев за привремено одузимање. Против решења је дозвољена жалба, али она, разумљиво, нема суспензивно дејство.

Трајно одузимање имовине се, такође, врши на захтев јавног тужиоца, који може бити поднет након ступања оптужнице на правну снагу, а најкасније у року од годину дана од правноснажног окончања кривичног поступка. Захтев треба садржи: податке о окривљеном, односно сведоку сараднику; опис и законски назив кривичног дела; означавање имовине коју треба одузети; доказе о имовини коју окривљени односно сведок сарадник поседује и законитим приходима; околности које указују на постојање очигледне несразмере између имовине и прихода и разлоге који оправдавају потребу за трајним одузимањем. Захтев против правног следбеника треба да садржи доказе да је наследио имовину простеклу из кривичног дела, а захтев против трећег лица доказе да је имовина проистекла из кривичног дела пренета без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности у циљу осујећења одузимања. Ако је захтев поднет у току првостепеног поступка суд позива власника да се на главном претресу изјасни да ли ће оспоравати захтев. Уколико се уредно позвани власник не појави на главном претресу или се не изјасни о захтеву или се изјасни да не оспорава захтев, одлука о захтеву се доноси у пресуди, а у супротном, ако оспорава захтев, у посебном поступку. Посебан поступак се покреће и када је захтев тужиоца поднет након правноснажног окончања кривичног поступка, тако да се као услов *sine qua non* за вођење поступка јавља постојање правноснажне осуђујуће пресуде. Закон предвиђа одржавање припремног рочишта (у року од 30 дана од правноснажности осуђујуће пресуде или од дана подношења захтева јавног тужиоца) на којем странке предлажу доказе који ће бити изведени пред судом. У року од 3 месеца од одржавања припремног рочишта суд заказује главно рочиште, мада се његово одржавање може одложити за најдуже за још 3 месеца, ако се неки доказ не може прибавити у првом поменутом року односно ако је у питању доказ који треба прибавити из иностранства. На главном рочишту се сучељавају аргументи странака; на тужиоцу је да пружи доказе о имовини осуђеног или сведока сарадника, његовим законитим приходима и постојању очигледне несразмере између њих, односно да пружи

доказе о томе да је правни следбеник наследио имовину проистеклу из кривичног дела или да је имовина пренета на треће лице без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара стварној вредности, у циљу осујећења одузимања. Супротна страна након тога добија прилику да оспори наводе јавног тужиоца. По окончању главног рочишта суд доноси решење којим усваја или одбија захтев за трајно одузимање имовине. Против решења се може изјавити жалба у року од 8 дана, а о њој одлучује виши суд. Жалба не одлаже извршење решења, које се доставља Дирекцији ради хитног предузимања мера за чување и одржавање одузете имовине.

У Закон о одузимању имовине је уграђен и стандард о банкарској тајни. Јавни тужилац може наредити банкарској или другој финансијској институцији да достави податке о стању пословних и личних рачуна и сефова власника, односно одобри Јединици за финансијске истраге да врши аутоматску обраду података о стању пословних и личних рачуна и сефова власника (чл. 20). Такође, увид или достава података, докумената или других предмета који могу да послуже као доказ не могу се ускратити позивањем на обавезу чувања пословне, службене, државне односно војне тајне (чл. 19).

Закон предвиђа и оснивање посебних органа за откривање, одузимање и управљање одузетом имовином – Јединице надлежне за финансијске истраге и Дирекције за управљање одузетом имовином (чл. 5). Јединица за финансијску истрагу је специјализована организациона јединица Министарства унутрашњих послова која открива имовину проистеклу из кривичног дела и врши друге послове у складу са Законом (чл. 6). Дирекција за управљање одузетом имовином, као орган у саставу Министарства правде, оснива се ради обављања послова: управљања имовином, процене вредности одузете имовине, складиштења, чувања, продаје и располагања тако добијеним средствима, вођења евиденције о одузетој имовини и судским поступцима у којима је одузета, учествовања у пружању међународне правне помоћи, учествовања у обуци припадника државних органа који врше послове у вези са одузимањем и др (чл. 9).

5. Закључак

Ранија регулатива, како је показано у претходним излагањима, не би се могла оценити као задовољавајућа нити би се таква констатација могла везати за њену примену, како нису у довољној мери препознати и коришћени њени постојећи капацитети. Доношењем Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела отклоњени су на легислативном плану извесни недостаци и тиме учињен значајан помак у борби против организованог криминала, корупције и свих оних облика криминалитета који подразумевају стицање имовинске користи. Од-узимање имовине, поред несумњивог кривично-правног и криминално-политичког значаја има и политичку конотацију, јер представља корак даље у хармонизацији домаћег права са правом Европске уније и интегративним процесима. Изражена потреба да се на међународном, наднационалном плану воде и координирају акције против тешких облика криминала може се остварити само уз пуну међусобну сарадњу између држава, а у том процесу Србија кроз доношење нових прописа и ефикаснију примену старих сигурно може да пружи свој значајан допринос. У супротном, без постојања оваквог закона, свака земља, па и Србија, постаје оаза која даје недвосмислен сигнал и подстицај организованом криминалу да у њој борави и складишти своју криминалним делатностима стечену имовину.

Оправдано је очекивати да ће примену Закона пратити многи проблеми. Прво, вероватно је да ће се извесне тешкоће јавити из унутрашњих недостатака проистеклих из самог Закона. Друго, не може остати непримећено да је остављен изузетно кратак временски период од дана ступања на снагу до почетка његове примене (тј. од 12.11.2008. до 01.03.2009. године). Питање је да ли је тих неколико месеци довољно за извршење опсежних припрема, тим пре што се ради о акту који уводи потпуно нова решења у домаћи правни систем. Потребно је у тако кратком периоду извршити усаглашавање других прописа, донети низ подзаконских аката, формирати нове органе (Јединицу за финансијске истраге и Дирекцију за управљање одузетом имовином), и све то у стању евидентног недостатка материјалних средстава (буџет за 2009. годи-

ну), а вероватно и недостатка посебно обучених стручних кадрова за обављање нових задатака. Треће, проналажење података о имовини у циљу утврђивања очигледне несразере између постојеће имовине и законитих прихода представљаће централни проблем чије ће решавање бити отежано чињеницом да многи државни органи и организације немају централне регистре тј. јединствене базе података за читаву земљу (а да то и није тако тешко поправити показало је Удружење банака Србије формирањем кредитног бироа у који се сливају подаци о новчаним обавезама и њиховом измиривању од стране физичких и правних лица). Четврто, успешна борба против наведених облика криминала изискује добру координацију између великог броја државних органа (министарства унутрашњих послова, тужилаштва, судова, републичке управе јавних прихода, управе царина, различитих инспекцијских служби и др.) тако да ће њихова компетентност, спремност на сарадњу, благовремено реаговање бити на великом испиту, од чијег ће резултата у многоме зависити успех примене овог Закона.

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

**CONFISCATION OF PROPERTY ARISING FROM
THE COMMISSION OF A CRIMINAL OFFENCE:
*The International Standards and the Legislation of the Republic of Serbia***

Summary

Certain forms of criminal activities, particularly the organized crime which does not recognize either national boundaries or state sovereignty, have been assuming the characteristics of “an industry” with extraordinary profit-making opportunities. The huge financial gains, on the one hand, and the inefficiency of the traditional methods of punishment, on the other hand, have given rise to the necessity to re-examine the criminal and political reaction to this social problem. The result of such a critical reconsideration is a shift of focus from the individual perpetrator and the specific criminal act onto the criminal organization and eliminating its financial power by taking possession of the property originating from the commission of a criminal act. In the past few decades, the international community has adopted a series of conventions on this matter, many of which were signed and ratified by the Republic of Serbia. In compliance with the standards set in these conventions, Serbia has assumed the obligation to establish efficient legal mechanisms for tracing, “freezing” and temporarily or permanently confiscating the property gained by the commission of criminal acts, as well as the legal mechanisms for the appropriate administration of the confiscated property. Hence, the subject matter of this paper is the implementation of these standards in the national criminal legislation after the latest legislative changes, primarily after adopting the Act on the Confiscation of Property arising from the commission of a criminal act.

Key words: organized crime, temporary freezing and confiscation of property, permanent confiscation of property