

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**Тематски број
„Савремене тенденције у развоју
правног система Републике Србије“**

*– Зборник радова студената
докторских академских студија –*

LX

ЦЕНТАР ЗА
ПУБЛИКАЦИЈЕ



ПРАВНИ
ФАКУЛТЕТ
НИШ

Ниш, 2012

Зборник радова Правног факултета у Нишу
Тематски број „Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије“
– Зборник радова студената докторских академских студија –
LX

Издавач

Правни факултет у Нишу, Центар за публикације

За издавача

Проф. др Предраг Димитријевић, декан

Уредници

Проф. др Милан Петровић
Проф. др Војислав Ђурђић
Проф. др Наташа Стојановић

Рецензенти

Проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић, Проф. др Милан Петровић
Проф. др Војислав Ђурђић, Проф. др Александар Ћирић
Проф. др Драган Николић, Проф. др Предраг Димитријевић
Проф. др Драган Јовашевић, Проф. др Миомира Костић
Проф. др Наташа Стојановић, Проф. др Небојша Ранђеловић
Проф. др Видоје Спасић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Миомира Костић
Проф. др Драган Николић
Проф. др Љубица Николић
Мр Мира Симовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

Проф. др Владимир Андреицев, декан Правног факултета Универзитета Тарас Шевченко,
Кијев, Украјина
Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први
Скопље, Македонија
Проф. др Анатолий Капустин, професор Универзитета Дружба народов, Москва, Русија
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Академик Игор Г. Побирченко, председник Међународног суда трговинске арбитраже при
Привредној и индустријској комори Украјине
Проф. др Александер Воденичаров, декан Факултета права и историје Неофит
Рилски, Благоевград, Бугарска

Секретар Редакционог одбора: Доц. др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: „Пунта“ Ниш

Тираж: 100

САДРЖАЈ / CONTENTS

Дарко Димовски ЕТИОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УБИСТВА – БИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ 1 <i>Etiological Characteristics of Murder: Biological Theories</i>	
Раде Богојевић МАЛОЛЕТНИЦИ КАО УЧИНИОЦИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ..... 19 <i>Juvenile Criminal Offenders In Serbia</i>	
Вида Вилић ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА ОСУЂЕНИКА И ДРУГИХ ЛИЦА ЛИШЕНИХ СЛОБОДЕ ПРЕМА ДОКУМЕНТИМА САВЕТА ЕВРОПЕ 35 <i>The Protection of Fundamental Human Rights of Prisoners and other Detainees under the Documents adopted by the Council of Europe</i>	
Селведин Авдић ПОРОДИЦА КАО ФАКТОРМАЛОЛЕТНИЧКЕ ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ 53 <i>Family as a Factor of Juvenile Delinquency</i>	
Филип Мирлић ЗАТВОРЕНИЧКИ ДРУШТВЕНИ СИСТЕМ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАЈЕДНИЦУ МАЛОЛЕТНИХ ОСУЂЕНИКА..... 65 <i>INFORMAL INMATE SYSTEM, with Specific Reference to Juvenile Prisoners' Community</i>	
Нихад Укић ПРАВО ДА СЕ ПОЗОВУ И ИСПИТАЈУ СВЕДОЦИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ - МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ 79 <i>The Right to Call and Examine Witnesses in Criminal Procedure: International Standards</i>	
Гордана Николић ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА ... 91 <i>The Concept and Characteristics of Organized Crime</i>	

Татјана Скакавац КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊЕ НОВЦА У УПОРЕДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ 105 <i>Money Laundering In Comarpartive And National Legislation</i>	105
Мирко Живковић ФАКТОРИ И ОБЛИЦИ ИСПОЉАВАЊА МАЛОЉЕТНИЧКЕ ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ НА ПОДРУЧЈУ ОПШТИНЕ ПРЊАВОР 125 <i>Factors And Forms Of Juvenile Delinquency In The Municipality Of Prnjavor</i>	125
Горан Филипић ПОСТУПАК ЗА ДАВАЊЕ УСЛОВНОГ ОТПУСТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ 135 <i>PAROLE PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA</i>	135
Страхиња Давидов ДИВЕРЗИОНИ МОДЕЛИ УПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ 155 <i>Diversion Models In The Pre-Trial Investigation Proceedings</i>	155
Александра Илић ПОПУЊАВАЊЕ СЛОБОДНИХ РАДНИХ МЕСТА У СЛУЖБЕНИЧКОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 171 <i>Vacancy Filling In The Civil Service Of The Republic Of Serbia</i>	171
Мр Соња Спасојевић ГЕНЕРИЧНИ НАЗИВИ И ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА (случај „Parmesan“) 181 <i>Generic names and protection of geographical indications („Parmesan“ case)</i>	181
Вукан Славковић ПОКУШАЈ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ 191 <i>Attempted Crime in Criminal Legislation of The Russian Federation</i>	191
Новак Крстић УЗАСТОПНО ОТУЂЕЊЕ НЕПОКРЕТНОСТИ НА ОСНОВУ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ И ДРУГИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА ... 207 <i>Multiple Disposition Of Real Property On The Basis Of Lifetime Maintenance Agreement And Other Contracts</i>	207

Сања Савић ВАЈМАРСКИ УСТАВ..... <i>WEIMAR CONSTITUTION</i>	227
Урош Здравковић, ПРИМЕНА ПРИНЦИПА ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ КРОЗ НАЧЕЛО УЗАЈАМНОГ ПРИЗНАЊА НА ЈЕДИНСТВЕНОМ ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: УНУТРАШЊЕ ТЕХНИЧКО ЗАКОНОДАВСТВО И СЛОБОДА КРЕТАЊА РОБЕ <i>Applying the Proportionality Principle through the Principle of Mutual Recognition on the Common European Market: The Internal Technical Legislation and the Free Movement of Goods</i>	235
Жарко Димитријевић, ПРАВНИ РЕЖИМ ИНВЕСТИЦИЈА У СЕКТОРУ ЕНЕРГЕТИКЕ У СРБИЈИ..... <i>The Legal Regime Of Investments In The Energy Sector In The Republic Of Serbia</i>	251
Мр Драгана Радовановић ДЕЧИЈИ РАД – ПОЈАМ И ФАКТОРИ <i>CHILD LABOUR: The Concept and Factors</i>	271
Иван Барун РЕПРЕЗЕНТАТИВНОСТ СИНДИКАТА – МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ДОМАЋА ПРАКСА..... <i>The Representative Capacity Of Trade Unions: International Standards and National Practice</i>	287
Мр Милица Драгичевић РАСКИД ИЛИ ИЗМЈЕНА УГОВОРА ЗБОГ ПРОМИЈЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ..... <i>Termination Or Revision Of A Contract Due To Change Of Circumstances</i>	301
Мирко Р. Илић ПРИНЦИП ЈЕДНАКОСТИ БИРАЧКОГ ПРАВА У ИЗБОРНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ..... <i>The Principle Of Equality In The Electoral Right In The Serbian Election System</i>	313
Самир Манић УПОРЕДНО-ПРАВНИ ПРИКАЗ ОДГОВОРНОСТИ У ВЕЗИ СА ПРЕГОВОРИМА ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА..... <i>A Comparative Law Review Of Liability in contract negotiations</i>	331

ЕТИОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УБИСТВА – БИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ

Апстракт: Објашњавајући етиологију убистава аутор се, најпре, бавио антрополошким правцем, као првом школом у криминологији. Како је овај правац представљао основу појаве читавог спектра учења о појави криминалитета, познату под називом биолошки правац, аутор је посебну пажњу посветио биолошким објашњењима вршења убистава.

Кључне речи: убиство, антрополошка теорија, биолошке теорије.

Увод

Тежња за објашњењем криминалитета уопште и криминогених фактора вршења кривичних дела, а самим тим и убиства, као најтежег облика крвних деликата, заокупљује пажњу људске мисли. Наиме, о узроцима криминалитета водили су полемике и најзначајнији мислиоци античког света. Тако је, на пример, антички филозоф Платон, у свом делу „Номои“, пишући о кажњавању људи, који су починили крађу и убиство, на посредан начин означио и узроке ових кривичних дела. Ако је једно до ових кривичних дела почињено из слабости или незнања, учиниоца је потребно блаже казнити. Платон је, такође, сматрао да приликом кажњавања за убиство треба водити рачуна о томе да ли је оно почињено са предумишљајем или из срџбе, на окрутан начин, у гневу или из непромишљености, због унутрашњег немира или из неких других разлога.¹ Касније, у средњем веку, с јачањем цркве злочин је повезиван са грехом. Међутим, у то време нису се водиле полемике о узроцима вршења убистава. С развојем криминологије као самосталне науке крајем XIX века, чији је циљ објашњење и сузбијање криминалитета, кроз његове феноменолошке и етиолошке карактеристике, јављају се разне теорије које својим учењем теже

¹ Костић, М., *Превенција као средство политике сузбијања криминалитета (појам, развој, основна начела, поделе)*, Право на приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010. година, стр. 303.

да „открију“ узроке криминалитета. Узроци извршења убиства, као и других типова и облика криминалитета, могу се објашњавати теоријама које припадају: биолошком, психопатолошком, психолошком и социолошком правцу.²

Претеча биолошких теорија о убиству

Претечом појаве теорија, које припадају биолошком правцу сматра се антрополошка теорија, чији оснивач је чувени италијански психијатар и психолог, Ђезаре Ломброзо. Он је заступао теорију о рођеном злочинцу. Идеја за овакав његов став је настала случајним открићем низа аномалија на лобањи разбојника, по имену Вилел, који се одликовао инзванредном агилношћу, у виду трчања уз планинске стрмине, уз ношење овце на раменима. Подстакнут оваквим открићем, Ломброзо је проучавао лобање 5.907 живих и лобање 383 мртвих злочинаца, дошавши при томе до следећег закључка:

1. Криминалитет је облик атавизма, који се може схватити као појављивање телесних и друштвених особина наслеђених од далеких предака. Ове особине, иначе карактеристичне за дивљаке и животиње, нестају са развојем људске врсте. Њихово садашње појављивање представља повратак у атавистичку прошлост;

2. Човек се рађа као злочинац, што се отелотворује у одређеним физичким својствима, које доводе до његове предодређености за вршењем кривичних дела;

3. Кривично дело је плод органске дегенерације, јер су узроци криминалитета у антрополошким особинама личности.

Ломброзо је тврдио да је потребно најмање пет аномалија, који се другим именом називају стигматима дегенерације, да би се могло говорити о постојању рођеног злочинца. Што већи број аномалија постоји, то је извесније да то лице изврши кривично дело. Такође, он је установио за одређене извршиоце кривичних дела карактеристичне особине. Тако би се, на пример, силоватељ одликовао спљоштеном лобањом и носем, косим и јако приближеним очима, претерано дугом брадом и дужином ушију. Лопова би карактерисало мале и немирне очи, густе и спуштене обрве, ретка брада, мало развијена длакавост, ниско чело и велика покретљивост лица и руку.³ За нас најважнији убица има хладне и безизражајне очи, кљунаст нос, упадљиву вилицу и образе, танке усне и ретко грчење једне стране лица.⁴

Он је, касније поред рођеног злочинца, писао о постојању још четири типа злочинаца: душевно болесни злочинци, злочинци из страсти, злочинци из навике и случајни злочинци. Поред рођеног злочинца, убиство се врши најчешће од

2 Вуковић, Ш., *Крвни деликти у Србији*, „Зајечар“, „Интерпреглед“ и „Савремена администрација“, Београд, 1984. година, стр. 7.

3 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант принт, Ниш, 2009. година, стр. 269-270.

4 Kassel, C., *Physiognomy and genius*, The Popular Science Monthly, 1911., pp. 158.

стране злочинаца из страсти. Они су заступљени са 5 до 6 % међу извршиоцима кривичних дела. С обзиром на то да су преосетљива лица, неуравнотежених осећања, врло брзо се узбуђују при чему врше кривична дела убиства и телесних повреда. Ова кривична дела врше се изненада, без претходне припреме, услед снажног притиска страсти као што су љубав, мржња, гнев. Услед осећања гриже савести након извршења убиства или телесних повреда могу покушати самоубиство. Они су у потпуном контрасту са рођеним злочинцем. Наиме, њих одликују хармоничне линије тела и лепота душе.⁵

Биолошке теорије

Телесне конституције и убиства

Појава антрополошке школе утицала је на јављање читавог низа биолошких теорија која припадају биолошком правцу. Једна од првих биолошких теорија је повезивала телесну конституцију и криминалитет. Тако је немачки психијатар Ернст Кречмер,⁶ у својој књизи „Телесна грађа и карактер“ покушао да повеже телесну грађу са личним особинама и душевним болестима, испитујући узорак од 4.414 људи. У овом свом делу, он је разликовао четири конституционална типа: пикнички, лептозомни, атлетски, и диспластични. Пикнички типови касније почињу са вршењем кривичних дела уз постојање високе стопе повратништва. Они су малог раста, ускорамени су и веома су љубазни и друштвени. Највише се јављају међу извршиоцима проневера. Док лептозомни, чије су карактеристике дужина, слабост, резервисаност, фригидност и недруштвеност, припадају најчешће лоповима и варалицама, атлетски као изузетно развијене физичке конституције су са 40 до 50% заступљени међу криминалцима који врше кривична дела против личности (убиства) и сексуалне деликте. Диспластични (мешовити) се најмање јављају као извршиоци кривичних дела. Њихов удео међу криминалцима износи од 5 до 10%. Ипак, када учине кривично дело посебно се издвајају сексуални деликти. Из овога се извлачи закључак да сваки од наведених конституционалних типова има одређена кривична дела која највише врши, али не сме се искључити могућност да одређени тип врши и сасвим друга кривична

⁵ Игњатовић, Ђ., *Криминолошко наслеђе*, Полицијска академија, Београд, 2002. година, стр. 68.

⁶ Кречмер је студирао медицину и филозофију на Универзитету у Тибингену, радећи као асистент из неурологије по завршетку студија 1913. године. Већ следеће година одбранио је докторску дисертацију о манично-депресивним делузијама. Као војни лекар за време Првог светског рата проучавао је хистерију, развијајући посебан начин лечења који се састојао у томе да војници који пате од хистерије буду затворени у потпуно мрачним просторијама и лечени електричним импулсима. Након завршетка рата вратио се на Универзитет у Тибингену када је почео да повезује телесну конституцију и криминалитет. Видети: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/323447/Ernst-Kretschmer>, pristup 28.05.2011. године

дела. Стога је Кречмер истицао да криминолошке карактеристике убиства су сасвим различите с обзиром на то који га је конституционални тип извршио.⁷

Амерички антрополог Хутон, такође, припада школи која повезује телесну конституцију и криминалитет. Он је 1939. године објавио резултате дванаестогодишњег испитивања 11 хиљада затвореника упоређујући их са малим бројем обичних грађана. Његови резултати се могу видети у схватању да је вршење кривичних дела директан резултат наслеђене биолошке инфериорности. Из овога даље произилази да одређени типови злочина су повезани са одређеним типом биолошке инфериорности. За нас битно убиство се врши од стране танких људи који поред убиства врше и пљачку. Такође, високи и уједно тешки људи врше убиства са фалсификовањем и преварама. Хутон је повезивао расно порекло и националност са одређеним кривичним делима, сматрајући да је утицај друштвене средине занемарљив у поређењу са наслеђеном биолошком инфериорношћу. Друштвена средина само доприноси јављању латентних биолошких предиспозиција. Како је Хутон као контролну групу користио веома мали број људи његове тврдње су доведене у питање. Наиме, он је сматрао да амерички Италијани врше више кривичних дела убиства него што их врше рођени Италијани. Његове тврдње да одређена нација врше одређена кривична дела нису подржане вршењем других истраживања. Тако је, на пример, Садерланд дошао да сасвим другачијих података. На основу његовог истраживања стопа убиства и физичких напада је пала са 192 на 100 хиљада међу рођеним Италијанима на 24 међу америчким Италијанима.⁸

Ендокринолошка теорија и убиства

За објашњење убиства се може користити и ендокринолошка теорија у чијој је основи тежња да се утврди веза између рада жлезда са унутрашњим лучењем и криминалитета. Иако се први покушаји објашњења криминалитета, па самим тим и убиства, могу видети још код Ломброза, најзначајнији представници ове теорије су Шлап и Смит. Наиме, они су у својој књизи „Нова криминологија“ тврдили да криминалитет настаје као последица поремећаја рада жлезда са унутрашњим лучењем (тироидна-штитна жлезда, питуитарна-хипофиза, адреналне-надбубрежне жлезде и гонаде-полне жлезде) код преступника или као последица умних дефеката преступника изазваних поремећајем рада жлезда са унутрашњим лучењем код њихових мајки. Њихово везивање са Ломброзом се може видети у томе да су они одређене појединце који пате од ендокринолошких поремећаја називали типичним рођеним злочинцима.⁹ Поремећај рада жлезда

7 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., *Основи Криминологије*, Сириус, Ниш, 1992. година, стр. 79.

8 Korn, R., McCorkle, L., *Criminology and Penology*, Holt, Rinehart and Winston, New York 1959., pp. 215-217.

9 Перовић, К., *Криминологија*, ОДП Штампарија „Требиње“, Никшић, 1998. година, стр. 92.

са унутрашњим лучењем је повезивано са одређеним кривичним делима. Тако је, на пример, убиство повезивано са поремећајем хипофизе, полним жлездама и са надбубрежном жлездом, док проблеми са лучењем тироидне жлезде и хипофизе узрокује пљачке, преваре и крађе.¹⁰

Ендокринолошка истраживања су на неки начин занемарила испитивања везе између хормона и криминалитета жена. Ипак, криминолошкиња Кетрин Далтон је спроводила оваква истраживања у раним шездесетим годинама прошлог века. Она је проучавала утицај промене хормона око времена менструације и њихову повезаност са криминалитетом насиља (убиством као његовим најтежим обликом), али и са другим типовима криминалитета. Предменструални синдром (ПМС), који доводи до повећања нетолерантности, јављања нових проблема, емотивним променама, укључујући депресију и агресију, резултира антисоцијалном и насилном понашању жена. Њено истраживање је довело до резултата да од 156 скоро осуђених жена, њих 46% је починило кривично дело четири дана пре или четири дана после менструације.¹¹ Као последица овог истраживања спроведена су и друга која су потврдила резултате криминолошкиње Далтон.

Међутим, Хорни је довела у сумњу ове резултате тврдњом да извршење кривичног дела заједно са стресом због хапшења и затварања доводи до преране менструације. Она је чак користила резултате криминолошкиње Далтон како би оповргла њене тврдње. Наиме, у већини случајева из узорка Далтонове почињена су кривична дела у којима нису постојали елементи примене насиља. Како би још једном потврдила своју тврдњу о повезаности ПМС и криминалитета насиља, Далтон је заједно са Д'Орбаном проучавала педесет случајева жена са пријемног одељења у лондонском затвору, при чему су оне биле осуђене за криминалитет насиља. Истраживање је показало да 44% кривичних дела је извршено за време параменструалног периода, који је одређен као четири дана пре и после менструације. Интересантан је још један податак – да је велики број кривичних дела почињен у двадесет осмом дану менструалног циклуса. Упркос добијеним резултатима, само мали број жена се жалио на ПМС. Тачније, 4% њих се жалило на ПМС, док је 34% њих пријавило симптоме, као што су депресија и раздражљивост, који могу бити повезани са ПМС-ом. Могуће је, на пример, да оне буду резултат деловања негативног сплета околности у животу једне жене.¹² На основу поставке ове теорије и њихових резултата, адвокати широм Енглеске и Америке су почели да користи ПМС и његову повезаност

10 Einstadter, W., Henry, S., *Criminological theory: an analysis of its underlying assumptions*, Rowman & Littlefield Publishers, Oxford, 2006., pp. 88.

11 Malmquist, C., *Homicide: a psychiatric perspective*, American Psychiatric Publishing, Arlington, 2006., pp. 76.

12 Brookman, F., *Understanding homicide*, Sage publications, London, 2005., pp. 63.

са криминалитетом као основ неурачунљивости.¹³ Тако је у Енглеској 1957. године усвојен Закон о убиствима којим се омогућава да ПМС буде признат као основ смањена кривице са убиства са предумишљајем до нехатног убиства, при чему је потребно да се жена налази у време убиства у стање тзв. великог поремећаја хормона. У овим случајевима, суд је уместо да донесе пресуду на основу које се упућује на издржавање казне затвора, може осудити на пробацију, уз услов да прима одређени третман. Такође, веома је илустративан случај конобарице Кредок из 1981. године оптужене за убиство колеге са посла. Иако је она била вишеструка повратница, њени адвокати су успели да убеди суд да је због ПМС она „била приморана да се понаша као животиња сваког месеца“, што је довело до доношења пресуде о убиству из нехата на основу смањене кривичне одговорности, без обзира што је првобитно била оптужена за убиство са предумишљајем.¹⁴ Осуђена је на условну осуду, уз третман са прогестероном.¹⁵ Ипак, не треба користити ПМС широко као основ смањена кривичне одговорности у великом обиму, јер су ретки случајеви у којима је ПМС утицао на извршење убиства.

Рад срца и убиства

Веома је занимљива теорија која је повезивала откуцаје срца са криминалитетом насиља. На основу овог схватања могуће је објашњавати и кривично дело убиства. Наиме, низак број откуцаја срца је повезиван са неустрашивошћу. На тај начин мали број откуцаја срца, посредством неустрашивости, утиче на криминалитет насиља.¹⁶ Тако према Рејну постоји повезаност између ниског броја откуцаја срца и криминалног понашања. Он је спровео пет истраживања на децом, пре него што су они исказали било какво делинквентно понашање, при чему је добио резултате да ниски број откуцаја срца представља снажан предикатор агресивног понашања у каснијем животу, тврдећи да ниски број откуцаја срца је важнији криминогени фактор од родитеља те деце који врше кривична дела. Мушкарци су као група имали мањи број откуцаја срца него жене, али су оне жене са мањим бројем откуцаја биле у већем ризику за криминалним понашањем.¹⁷

Енглески криминолог са Кембриџа, Дејвид Фарингтон, је између осталих криминогених фактора идентификовао ниски број откуцаја срца, као

13 Siegel, L., *Criminology*, Library of Congress, Wadsworth, 2009., pp. 147.

14 Видети: <http://www.aic.gov.au/publications/previous%20series/proceedings>, приступ 05.06.2011. године

15 Ferreira, E., *The premenstrual syndrome and punishment*, Criminal justice, 1995., pp. 152.

16 Raine, A., *The Psychopathology of Crime: Criminal Behavior as a Clinical Disorder*, Academic Press, San Diego, 1993., pp. 166.

17 Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., *Theories of crime*, Routledge, New York, 2006., pp. 43

биолошки фактор криминалитета насиља. С обзиром на то да је Фарингтон, поред биолошког фактора, разликовао и индивидуалне факторе, друштвене факторе и карактеристике породице, можемо га сматрати и представником мултифакторске теорије. Међутим, овде ћемо га посматрати у оквиру биолошких теорија, због специфичног биолошког криминогеног фактора.¹⁸ Резултати његовог истраживања су се огледали у томе да је два пута више дечака са ниским бројем откуцаја срца било осуђено за насилна кривична дела у односу на остатак узорка.

Дефекти неуротрансмитера и убиства

Као следећу биолошку теорију, која је објашњавала криминалитет насиља и убиства као њен најтежи облик, можемо навести схватање о повезаности дефеката неуротрансмитера¹⁹ серотонина, допамина и норадреналина са насиљем. Како серотонин утиче на смањене стопе агресивности инхибицијом бихејвиоралног одговора на емотивни стимуланс, а допамин и норадреналин, као неуротрансмитери везани за узбуђење, имају контра дејство у односу на серотонин, поремећај у њиховој равнотежи је повезиван са поремећајима у расположењу и агресивношћу од стране Фишбајна. Он је тврдио да је пронашао доказе о вези између нижег нивоа серотина и насилних кривичних дела.²⁰

Такође, Линоила са својим сарадницима је дошла до сличних резултата приликом истраживања које је спроведено у Финској 1989. године. Наиме, дисфункција серотина има значајну улогу у јављању асоцијалног понашања, као што су физички напади на друге људе.²¹ Слично истраживање је спроведено од стране Ентонија Клера и Алисон Бонда, који су тврдили је низак нови серотина у вези са непријатељским понашањем и агресивношћу. Међутим, они су овај однос нашли само код мушкараца.²²

Начин исхране и убиства

Међу криминолозима је постојала идеја која је повезивала начин исхране са криминалитетом насиља (убиством). Тако су, на пример, холестерол, недостатак

18 Видети: http://www.ehow.com/about_5141992_causes-violent-crimes.html, приступ 06.06.2011. године

19 Неуротрансмитери су синаптички трансмитери мале молекулске масе који брзо делују, при чему се синаптички трансмитери одређују као супстанце које регулишу преношење електричних сигнала између самих нервних ћелија, као и између нервних и ефекторских ћелија. Серотин, допамин и норадреналин су врсте неуротрансмитера. Видети: <http://sr.wikipedia.org/wiki/Неуротрансмитери>, приступ 06.06.2011. године

20 Brookman, F., op. cit., pp. 66.

21 Видети: <http://law.jrank.org/pages/791/Crime-Causation-Biological-Theories-Serotonin.html>, приступ 06.06.2011. године

22 Видети: <http://www.crimetimes.org/97d/w97dp4.htm>, приступ 06.06.2011. године

витамина и алергије због исхране, по неким криминолозима, као што је Мичел, утицале на јављање криминалитета насиља. Ипак, у последњим деценијама су спровођена истраживања чији је циљ био утврђивање односа између количине шећера, који се унесе у организам, и насилног понашања. Наиме, Виркунен и Хутунен су дошли до резултата да је заједничка карактеристика криминалаца, који се насилно понашају, нижи ниво шећера у крви од нормале. Међутим, у овим студијама нису генерално мерени утицаји психолошких фактора и начина исхране на ниво шећера у крви. Такође, потпуно је нејасно како периферна промена глукозе утиче на неуронски процес који води насилничком понашању, уз непостојање клинички видљивих поремаћаја у метаболизму глукозе.²³

Исти криминолози су тврдили да постоји веза између холестерола и криминалитета насиља, која се манифестовала у томе да низак степен холестерола постоји код извршиоца кривичних дела убиства, с тим да су ови криминалци били под утицајем алкохола у тренутку извршења дела. Међутим, управо конзумирање алкохола доводи у сумњу резултате овог истраживања, јер његово пијење доводи до лоше исхране, што и резултира ниским степеном холестерола. Исто тако, низак холестерол је повезиван са криминалитетом насиља у великој друштвеној кохорти у Шведској од стране Голомба, Статика и Медника.²⁴ Истраживачи, попут Мавсона и Џејкобса су проучавајући статистичке податке тражили везу између начина исхране и убиства. Земље које у исхрани својих грађана имају велики удео кукуруза, имају и велику стопу убиства.²⁵

У америчком Журналу за психијатре 2005. године објављено је истраживање о вези између начина исхране и криминалитета, чији је аутор био Мајк Адамс. Он је дошао до резултата да су деца, која су била неухрањена, како су старила постојала су све више агресивнија. Узорком су била обухваћена деца између осам и седамнаест година. Деца која су имала одређене нутритивне недостатке су са осам година показала повећање агресивности од 41%, док је повећање агресивности са седамнаест година износило 51%.²⁶

Мајка је интересовало које то хранљиве материје недостају овој деци. Дошао је до резултата да им недостаје цинк, гвожђе, Б витамини и протеини. Процењује се да 80% Американаца недовољно уноси цинк у свој организам, иако је он веома важан због спречавања јављања грипа и јављања неуролошких проблема. С обзиром на недовољно уношење цинка, многим људима металне функције на раде најбоље уз неадекватну реакцију на стрес, при чему уједно пате од брзих промена расположења. Како су два најчешћа састојка наше хране

23 Patrick, C., *Handbook of Psychopathy*, Guilford Publications, 2005., pp. 264.

24 Ibidem

25 Brookman, F., *op. cit.*, стр. 71.

26 Видети: <http://www.patrickcrusade.org/NutritionandCrime.html>, приступ 07.06.2011. године

бело брашно и шећер, ми се свакодневно суочавамо са недостатком витамина Б, јер га брашно и шећер оштећује. По тврдњи Мајка Адамса, неодговарајућа количина Б витамина у телу, доводи до агресивног понашања, нарочито међу мушкарцима. Такође, Американци троше наадекватне изворе протеина, попут говедине и црвеног меса, иако су они много здравији уколико је њихов извор нека биљка. Конвенционални лекари дају деци, која пате од одређених недостатака хранљивих материја, антидепресиве, што је потпуно погрешан начин. Због тога, Мајк сматра, да је најбољи начин за превенцију криминалитета насиља управо правилнија исхрана свих, а поготово деце.²⁷

Такође, фебруара 2010. године у часопису Агресивно понашање младих представљени су резултати експеримента о томе који додаци исхрани могу да смање насилне акте код младих осуђеника. Преко 220 осуђеника је добило плацебо или комбинацију есенцијалних масних киселина, минерала и витамина у периоду од једног до три месеца. Они осуђеници који су уз своју исхрану добијали комбинацију, показали су смањене од 34% у погледу агресивног понашања, док су они који су примали плацебо за 14% били агресивнији.

Постоји схватања да већа изложеност људи оловом (метални неуротоксин), које се налази како у околини, тако и у људској исхрани, доводи до одређених проблема у раду људског мозга, што у крајњој линији доводи до криминалитета насиља. Олово не доводи директно до вршења кривичних дела, али оно својим већим присуством од дозвољеног у људском организму утиче на способност мозга да спозна околину и реагује на дешавања у њој. Ова тврдња, позната под именом неуротоксична хипотеза, се може посматрати као теорија која је повезана са теоријом о неуротрансмитерима који доводе до агресије и ендокринолошком теоријом. Наиме, по социологу Полу Стретеском, већа количина олова мења рад неуротрансмитера и хормонског система и може довести до агресивног понашања,²⁸ које се може кретати од лаких кривичних дела до тешких кривичних дела, попут убиства. Он је проучавао количину олова у ваздуху са стопом убиства у свим 3.111 округа у Америци. Резултати су показали да у окрузима у којима је количина олова у ваздуху највећа, стопа убиства је четири пута већа од округа у којима је олова у ваздуху најмање. Стретески је рекао да спроведено истраживање не показује директну узрочну везу између високе стопе олова у ваздуху и повећане стопе убиства, али је сматрао да студија показује да изложеност људи већој количини олова доводи до стварања предиспозиција за агресију на тај начин што олово оштећујући унутрашње органе доводи до проблема са интелигенцијом и понашањем.²⁹

27 Видети: <http://www.naturalnews.com/006194.html>, приступ 07.06.2011. године

28 Видети: <http://www.jstor.org/pss/3653840>, приступ 08.06.2011. године

29 Видети: <http://www.unisci.com/stories/20012/0517014.htm>, приступ 08.06.2011. године

Такође, и раније вршена истраживања су дала исте резултате. Једно истраживање је поредило 216 малолетних осуђеника из Пенсилваније са контролном групом 201 неделниквената и средње школе из Питсбурга. Показало се да малолетни осуђеници имају далеко већу концентрацију олова у поређењу са неделниквентима. Професор педијатрије из Синсинатија, Брус Ланпхер каже да ова истраживања нам говоре да морамо да установимо одређене стандарде у погледу заштите људи од претеране изложености оловом, како би спречили вршење кривичних дела насилног карактера.³⁰ Криминолог Дено је пратио развој 987 Афро Американаца од рођења до њихове двадесет друге година и пронашао је да тровање оловом представља једну заједничку карактеристику делинквенције.³¹ Слично истраживање је спроведено 2008. године када су откривени резултати истраживања 250 особа рођених између 1974. и 1984. године у Синсинатију. Они су живели у старим зградама у којима је олово било присутно у већим количинама од нормале. Особе које су имале већу количину олова у крвотоку су били више хапшене касније у свом животу за почињена насилна кривична дела.³²

Хромозомска теорија и убиства

Следећа теорија која припада биолошком правцу, на основу које је могуће објашњавати кривично дело убиства, је хромозомска теорија која је заснована на учењу да постоје поремећаји у језгру ћелије (хромозомима) која садржи гене и носилац је наследних особина, а продукује делинквентно понашање.³³ Број хромозома код оба пола износи 46, при чему је 22 пара хромозома тзв. аутозома исти и код једних и код других, уз постојање разлике код једног пара полних хромозома, тзв. гонозома. Код мушкараца полни хромозоми се означавају са ХУ, док се женски полни хромозоми означавају са ХХ. Одређена одступања у броју полних хромозома и код мушкараца и код жена, навела је криминологе да поставе себи питање о постојању тзв. хромозома злочина. Они су сматрали да прекобројни број хромозома доводи до вршења сексуалних деликата, крађа и убиства од стране оба пола. Такође, жене са прекобројним Х хромозомом се бави проституцијом.

У одређеним случајевима убиства коришћене су тврдње ове теорије како би се извршиоци ових злочина прогласили неурачунљивим. Наиме, посебну пажњу је заокупљао случај Данијела Игона, који је одговарао због убиства

30 Видети: <http://www.webmd.com/parenting/news/20010529/lead-exposure-may-increase-violent-behavior>, приступ 08.06.2011. године

31 Regoli, R., Hewitt, J., DeLisi, M., *Delinquency in Society*, Jones and Bartlett Publishers, Ontario, London, 2010., pp. 119.

32 *Ibidem*

33 Бошковић. М., *Криминологија*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2006. година, стр. 73.

једне проститутке. Осуђен је на казну затвора од седам година. Судски вештаци су изјавили да прекобројни хромозом Y у низу хромозома XYU не чине људе „рођеним убицама“.³⁴ Исто тако, интересантан је и случај америчког убице Ричарда Speка који је лишио живота осам младих болничарки 1966. године. Он је био носилац кариотипа XYU. Иако је овај случај изазвао доста контроверзи, Ричард је осуђен на казну доживотног затвора. Умро је 1991. године.

Подстакнута овим случајем биохемичарка Телфер Мери са института Елвин је марта 1968. године објавила резултате свог истраживања о хромозомским аберацијама. Она је нашла пет високих, ментално заосталих људи са XYU хромозомима у болницама и казним установама у Пенсилванији. Четворица од њих пет је имало бубуљице на лицу уз постојање великог степена агресивности.³⁵

Теорија наслеђивања криминалних диспозиција и убиства

Неки криминолози су покушавали да објасне узроке криминалитета, а самим тим и убиства, полазивши од наслеђивања криминалних диспозиција. Из оваквог објашњења криминалитета уопште произилази потреба за проучавањем породица како би се открило да ли је раније у тим породицама постојало криминално понашање. Уколико јесте, претпостављало се да се криминално понашање наслеђивало.

Шелдон и Еленор Глук су укључили историју породице у њиховом упоређивању делинквената и неделинквената. Тврдили су да већи број делинквената потиче из породица у којима је раније постојао криминалитет, при чему су као најбољи показатељ појаве криминалитета међу децом узимали криминално понашање оца.³⁶

До сличних резултата су дошли Озборн и Вест. Они су, наиме, на основу својих истраживања тврдили да у породицама у којима постоји историја вршења кривичних дела 40% синова постане криминалац, док у породицама у којима раније нису забележени случајеви вршења кривичних дела само 13% синова се ода криминалитету. Међутим, треба узети у обзир да су они пренебрегли да спомену 60% оних синова који не врше кривична дела, уз то да трећина чињеница, које су они користили као доказ својих тврдњи, није била убедљива.³⁷

Такође, Чарлс Горинг је користио статистичке технике како би мерио степен корелације понашања чланова једне породице. Он је упоређивао браћу међу собом, али и оца и сина, користећи при томе, као основе за стварање корелације, број казне затвора на које су они осуђивани, њихове физичке особине

34 Перовић, К., *op. cit.*, стр. 95.

35 Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Richard_Speck#False_reports_that_Speck_was_XYU, приступ 29.05.2011. године

36 Reid, Titus, S., *Crime and Criminology*, Florida State University, 2003., pp. 91.

37 Видети: http://www.murderuk.com/word_files/crime_personality.doc, приступ 30.05.2011. године

и карактеристике, као и наслеђене физичке недостатке и менталне болести. На овај начин Горинг је хтео да покаже да су његове тврдње резултат наслеђивања криминалних диспозиција, а не утицаја друштвене средине. Као доказе његове тврдње користио је аргумент да дечаки, који су раније одведени из породице, постану делинквенти исто као и они који дуже остану са својим очевима.

Пример за тврдње криминолога да се криминалне диспозиције наслеђују јесте случај петнаестогодишњег дечака Гарланда Хамптона, који је био оптужен за убиство једног члана локалне банде. Дечак је и пре тога показивао велику склоност ка вршењу кривичних дела. Тако је он са десет година украо бицикл. Две године касније оптужен је за пуцњаву и рањевање члана супротне банде, док је у четрнаестој години лишен слободе због ношења оружја и поседовања кокаина. Наиме, његови претходници су вршили разна кривична дела. Тако је, на пример, његов ујак Роберт убио два полицајца, дој је његова бака лишила живота двојицу очева њене дече. Више пута је био сведок убистава које је извршила његова мајка. Са својих шест година био је сведок убиства једне жене од стране своје мајке. Када је имао девет година Хамптон је видео како његова мајка убија свога тадашњег дечка. Био је окружен насиљем, што се најбоље може видети његовом изјавом да је свугде исто, јер не може замислити место у којем не постоји насиље. Међутим, уједно овај случај се може користити као пример за потпуно супротно тврђење, јер када је Хамптон одвојен од породице и послат у казнено-поправни завод, он је показао висок степен промене у свом понашању.³⁸ Данас криминолози заступају став да јављање насиља у породици током дугог временског периода је резултат деловања више фактора – биолошких, друштвених и културних.

У оквиру теорије о наслеђивању криминалних диспозиција постоје проучавање близанаца, чији је циљ да утврди да ли се криминално понашање чешће јавља код једнојајчаних близанаца, који имају исте гене, или код двојајчаних близанаца, који имају различите гене. Научници су полазили од става да уколико је ниво криминалитета више сличнији код једнојајчаних, него код двојајчаних близанаца, то обезбеђује чврст доказ о постојању везе између наслеђивања и криминалитета. Стопа заједничког понашања између близанаца у погледу криминалитета се назива стопа сагласности. Што је већа стопа сагласности, то су близанци сличнији. Истраживања су показала веома различите и контрадикторне резултате.³⁹ Један од првих криминолога који се бавио истраживањем криминалног понашања близанаца био је немачки психијатар Ланге. Наиме, он је у својим истраживањима дошао до резултата да у 77% једнојајчаних близанаца постоји подударно криминално понашање,

38 Видети: <http://www.theshellgroup.com/CM/SentencingReports/13-Homicide-Juvenile-Transfer-G-H.pdf>, приступ 30.05.2011. године

39 Brookman, F., оп. цит., pp. 59.

док та иста подударност постоји код двојајчаних близанаца у само 12%. Он је из овога закључио да наслеђе представља значајан криминогени фактор.

Накнадно спровођења истраживања су потврдила Лангеове закључке, али не у том обиму.⁴⁰ Истраживања, која су спровели Кристиансен, Далгард и Кринглен, су дала резултате да 48% једнојајчаних близанаца се криминално понашају, док се 20% двојајчаних близанаца криминално понаша.⁴¹ Иако резултати ових истраживања делују веома убедљиво, треба бити крајње опрезан, јер, како сматрају одређени криминолози, једнојајчани близанци су због своје сличности подвргнути јачем утицају истих друштвених фактора, који доводе до криминалног понашања, него што су двојајчани близанци.⁴²

Међутим, нису сва истраживања потврдила ове резултате. Тако су, на пример, Ри и Валдман закључили да иако генетска основа може представљати значајан фактор (криминалног) понашања, не треба занемарити и утицај друштвене средине, који у одређеним ситуацијама може бити и доминирајући фактор.⁴³

Генерално постоје неколико разлога за критику једног оваквог схватања. Наиме, први разлог за критику се огледа у малом броју узорака. Криминолози други разлог виде у томе да је диференцијација једнојајчаних од двојајчаних близанаца ствар спољашњег посматрања. Није могуће са довољном гаранцијом утврдити да близанци сличног изгледа потичу од једнојајчане ћелије. Следећим разлогом се сматра то да су једнојајчани близанци изложени утицају сличне друштвене средине. Полазећи од овога, може се закључити да већа сличност друштвене средине код једнојајчаних близанаца знатно утиче на свеукупне резултате истраживања.⁴⁴

Ипак, најбоље резултате о томе колико генетски фактор утиче на криминално понашање уопште, па и на вршење кривичног дела убиства, могу дати студије о томе колико усвојена деца врше кривична дела у односу на своје биолошке родитеље. Другим речима, усвајањем деце у њиховим раним годинама омогућава да видимо да ли се они касније у својим животима понашају као њихови биолошки родитељи, што нас доводи до закључка о преваленцији

40 Видети: <http://www.customessaysmeister.com/customessays/Criminology/8067.htm>, приступ 01.06.2011. године

41 Видети: http://www.murderuk.com/word_files/crime_personality.doc, приступ 01.06.2011. године

42 Montagu, A., *The biologist looks at crime*, Readings in Criminology and Penology, Columbia University Press, New York and London, pp. 262.

43 Morley, K., Hall, W., *Is There a Genetic Susceptibility to Engage in Criminal Acts?*, Trends and issues in crime and criminal justice, Australian Institute of Criminology, N. 263., pp. 4.

44 Korn, R., McCorkle, op. cit., pp. 200.

наследних криминалних диспозиција, или се они понашају као њихови усвојитељи, што значи да фактор друштвене средине има већи утицај.⁴⁵

Тако су Медник, Габриели и Хатчинг проучавали преко 14 хиљада случајева усвојења у Данској у периоду од 1924. до 1947. године. Резултати су показали да 13% усвојеника има криминални досије, при чему његов биолошки родитељ, односно усвојитељ нема такав досије. Уколико је усвојитељ криминалац, 14,7% усвојеника врши кривична дела. Близу 20% усвојеника постане делинквентно када је њихов биолошки отац криминалац. Највећи број усвојеника (24,5%) врши кривична дела ако њихов усвојитељ има кривични досије. Ови резултати омогућавају њихово тумачење на различите начине. Неки криминолози сматрају да су они потврда значајне улоге генетског материјала на јављање криминалитета код деце-усвојеника, док други тврде супротно, полазећи од тога да највећи број усвојеника постане делинквентно када је њихов усвојитељ криминалац.⁴⁶

Такође, веома слично истраживање спровео је и Бохман, који је анализирао преко 1750 случајева усвојења из Шведске. Његове тврдње су се заснивале да гени имају значајнију улогу код девојчица. Наиме, Бохман је проучавао само малолетничку делинквенцију код које у његовом узорку доминирају девојчице. Он је закључио да наслеђивање криминалних диспозиција има криминогени потенцијал, али да је интеракција између наследног материјала и средине веома значајна. Овај став је поткрепио резултатом свог истраживања да ће дете имати шансу од 40% да постане криминалац уколико су биолошки родитељи и усвојитељи криминалци.⁴⁷

Веома је занимљиво истраживање спроведено од стране Рајне. Она је упоређивала резултате о криминалитету близанаца и криминалитету усвојеника, дошавши при томе до резултата да је наследни фактор значајан за ненасилна кривична дела, док је његов утицај на криминалитет насиља много мањи.⁴⁸

Постоји процена од стране ФБИ да међу 500 серијских убица у историји Америке, њих 16% су били усвојени док су били веома мали, иако број усвојене деце у односу на целокупну популацију износи 2 до 3%. Истраживања никада нису вршена у циљу утврђивања утицаја процеса усвојења на криминалитет усвојеника.⁴⁹ Такође, као критика оваквим студијама могу се употребити подаци да су веома ретки случајеви да усвојена деца убијају своје усвојенике за разлику

45 Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., op. cit., pp. 37.

46 Gottfredson, M., Hirschi, T., *A general theory of crime*, Stanford University Press, 1990., pp. 55.

47 Brookman, F., loc. cit.

48 Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., loc. cit.

49 Видети: <http://www.crimemagazine.com/adoption-forensics-connection-between-adoption-and-murder>, приступ 02.06.2011. године

од случајева да деца лишавaju живота своје биолошке родитеље.⁵⁰ Из овога се може извући закључак да непосредно окружење може имати велики утицај у спречавању криминалног понашања деце, јер наследни криминални потенцијал може бити повећан или смањен у зависности од друштвене средине.

Закључак

Проучавање етиологије убистава показује деловање разлитих кримино-гених фактора. Све анализиране теорије су једностране у томе што искључују деловање неболошких криминогених фактора, попут психолошких, психопатолошких и социолошких. Међутим, једностраност биолошких теорија се огледа и у томе што свака од ових учења, која припадају овом правцу, указују на деловање само једног специфичног биолошког фактора. Због тога је потребно наставити са даљим истраживањима убистава, како би се увидело који од (биолошких) фактора има доминантан утицај на вршење овог кривичног дела, у циљу изградње ефикасних мера превенције.

Литература

Домаћи извори

Бошковић. М., *Криминологија*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2006. година

Вуковић, Ш., *Крени деликти у Србији*, „Зајечар“, „Интерпреглед“ и „Савремена администрација“, Београд, 1984. година,

Игњатовић, Ђ., *Криминолошко наслеђе*, Полицијска академија, Београд, 2002. година

Констанитновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант принт, Ниш, 2009. година

Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., *Основи Криминологије*, Сириус, Ниш, 1992. година

Перовић, К., *Криминологија*, ОДП Штампарија „Требиње“, Никшић, 1998. година

Страни извори

Brookman, F., *Understanding homicide*, Sage publications, London, 2005.

Einstadter, W., Henry, S., *Criminological theory: an analysis of its underlying assumptions*, Rowman & Littlefield Publishers, Oxford, 2006.

⁵⁰ Videti: <http://www.ncjrs.gov/App/publications/Abstract.aspx?id=175538>, приступ 02.06.2011. године

Ferreira, E., *The premenstrual syndrome and punishment*, Criminal justice, 1995.,

Gottfredson, M., Hirschi, T., *A general theory of crime*, Stanford University Press, 1990.

Kassel, C., *Physiognomy and genius*, The Popular Science Monthly, 1911.

Korn, R., McCorkle, L., *Criminology and Penology*, Holt, Rinehart and Winston, New York 1959.

Malmquist, C., *Homicide: a psychiatric perspective*, American Psychiatric Publishing, Arlington, 2006.

Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., *Theories of crime*, Routledge, New York, 2006.

Montagu, A., *The biologist looks at crime*, Readings in Criminology and Penology, Columbia University Press, New York and London

Morley, K., Hall, W., *Is There a Genetic Susceptibility to Engage in Criminal Acts?*, Trends and issues in crime and criminal justice, Australian Institute of Criminology, N. 263.

Patrick, C., *Handbook of Psychopathy*, Guilford Publications, 2005.

Raine, A., *The Psychopathology of Crime: Criminal Behavior as a Clinical Disorder*, Academic Press, San Diego, 1993.

Regoli, R., Hewitt, J., DeLisi, M., *Delinquency in Society*, Jones and Bartlett Publishers, Ontario, London, 2010.

Reid, Titus, S., *Crime and Criminology*, Florida State University, 2003.

Siegel, L., *Criminology*, Library of Congress, Wadsworth, 2009.

Интернет адресе

http://en.wikipedia.org/wiki/Richard_Speck#False_reports_that_Speck_was_XYY

http://law.jrank.org/pages/791/Crime-Causation-Biological-Theories-Serotonin.html

http://sr.wikipedia.org/wiki/Неуротрансмитери

http://www.aic.gov.au/publications/previous%20series/proceedings

http://www.britannica.com/EBchecked/topic/323447/Ernst-Kretschmer

http://www.crimemagazine.com/adoption-forensics-connection-between-adoption-and-murder

http://www.crimetimes.org/97d/w97dp4.htm

http://www.customessaymeister.com/customessays/Criminology/8067.htm

http://www.ehow.com/about_5141992_causes-violent-crimes.html

http://www.jstor.org/pss/3653840

http://www.murderuk.com/word_files/crime_personality.doc
http://www.murderuk.com/word_files/crime_personality.doc
<http://www.naturalnews.com/006194.html>
<http://www.ncjrs.gov/App/publications/Abstract.aspx?id=175538>
<http://www.patrickcrusade.org/NutritionandCrime.html>
<http://www.theshegroup.com/CM/SentencingReports/13-Homicide-Juvenile-Transfer-G-H.pdf>
<http://www.unisci.com/stories/20012/0517014.htm>
<http://www.webmd.com/parenting/news/20010529/lead-exposure-may-increase-violent-behavior>

Darko Dimovski, LL.B.

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

**ETIOLOGICAL CHARACTERISTICS OF MURDER:
*Biological Theories***

Summary

In this paper, the author explains the etiology of murder by focusing on the anthropological criminology, which was the first school of thought in criminology. Given the fact that the anthropological theory served as the cornerstone for a broad spectrum of criminal law theories which are generally known as biological theories, the author particularly focuses on the biological interpretations on the criminal act of murder.

The research into the etiology of murder points to the activity of different criminogenous factors. All the analyzed biological theories are one-sided because they exclude the impact of other non-biological factors, such as psychological, psychopathological and social factors. Each of these biological theories points to the activity of one specific biological factor. For this reason, it is necessary to carry on the research on murder, not only for the purpose of examining which of these (biological) factors has a dominant impact on the commission of the criminal act of murder but also for the purpose of developing efficient prevention measures.

Key words: *murder, anthropological theory, biological theories*

МАЛОЛЕТНИЦИ КАО УЧИНИОЦИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Доношењем Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично правној заштити малолетних лица,² који уједно представља један од основних извора кривичног права у Републици Србији, створена је заокружена, аутономна целина која садржи низ специфичних решења, која добијају карактер самосталног права, али и правне науке. Дакле, то је скуп прописа којима се одређује кривично правни положај малолетних лица као учинилаца кривичних дела, односно као жртва кривичних дела.

Малолетни учиниоци кривичних дела одавно имају посебан статус. Разлог за то треба тражити у старосном добу у коме се налазе ова лица, које је испуњено многобројним и непрестаним променама, добу које је прожето њиховим биолошким и психолошким, односно социјалним сазревањем.³

Кључне речи: малолетници, малолетничка делинквенција, малолетни учиниоци кривичних дела, репресивни модел кривичног права.

Уводна разматрања

У нашем кривичном праву Законом о изменама и допунама Кривичног законика ФНР Југославије из 1959. године издвојене су одредбе о кажњавању малолетних учинилаца кривичних дела у посебно поглавље. Такође, у Законнику о кривичном поступку су биле предвиђене посебне одредбе о поступку према малолетницима (чл.464-504. ЗКП), док је Закон о извршењу кривичних санкција предвиђао поступак, начин и услове извршења изречених малолетничких кривичних санкција.⁴

1 Полицијски саветник, дипломирани правник-мастер, студент докторских академских студија права, бр. инд. 15/10.

2 „Службени гласник Републике Србије” број 85/2005.

3 Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр. 283 и 284.

4 Д. Јовашевић, *op. cit.* стр. 284.

Првобитни репресивни модел кривичноправног положаја малолетника се истицао по томе да је малолетник третиран као «делинквент у минијатури», а његов правни положај је карактерисало блаже кажњавање зависно од узраста и нешто повољнији режим издржавања изречене казне који је дуго времена оспораван и подвргаван снажној критици, посебно у 20. веку, те је постепено потискиван да бих коначно педесетих година 20. века био замењен заштитничким моделом. Но, уз овај модел је крајем 20. века почео све више да се примењује и нови «правосудни модел или модел правичности» према коме малолетник и његове потребе нису више оно што је примарно и о чему треба искључиво да се води рачуна, већ се у први план истиче жртва кривичног дела и интереси самог друштва чиме се истиче систем ресторативне правде.⁵

Заштитнички модел у први план истиче личност малолетника, стање и потребе такве личности. Он полази од тога да је кривично дело само повод за покретање кривичног поступка према малолетнику, а да су личност и интереси малолетника од пресудног значаја за судску одлуку. Жртва или оштећени се налази у другом плану. Кривичне санкције у овом моделу су неодређеног трајања, а њихово ефективно трајање зависи од постигнутих резултата у преваспитању уз присутну могућност замене или обуставе изречених васпитних мера што знатно подиже активну улогу суда.⁶

Малолетничка делинквенција је веома стара друштвена појава чије се форме називају још у првобитним облицима људског друштва. Првобитни облици малолетничке делинквенције су одраз простора и времена у коме су се појављивали.

Пракса располаже само са елементарним објашњењима о «узроцима малолетничког криминалитета», сврстаним у неколико група које по свом саставу и природи елемената који их сачињавају нису довољно успешно одређене, тако да је веома тешко проучавати и пратити каузалне везе и односе у овој области.⁷

Појам и врсте малолетника

Развој људске индивидуе је специфичан, јер током живота човек учи и усваја друштвено искуство на активан начин, према сопственим способностима и адекватно својој личности. Психолошки појам детињства и младости познаје

⁵ М. Шкулић, И. Стевановић, Малолетни делинквенти у Србији, Београд, 1999. године, стр. 13.

⁶ Д. Јовашевић, *op. cit.* стр. 293.

⁷ О. Крстић, Малолетничка делинквенција, Бања Лука, 2009. године, стр. 17.

више елемената: 1) новорођенче,⁸ 2) одојче,⁹ 3) рано детињство,¹⁰ 4) предшколско дете,¹¹ 5) средње детињство,¹² 6) предадолесценција,¹³ и 7) адолесценција.¹⁴

Према члану 1. Конвенције о правима детета, дете је свако људско биће које није навршило осамнаест година, уколико се по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније. Наше малолетничко кривично право, утврђује кривично правни положај малолетних лица. Тако се, као малолетник сматра лице које је у време извршења кривичног дела навршило четрнаест, а није навршило осамнаест година живота.

Лица у узрасту до четрнаест година живота се називају деца и према њима се не могу применити кривичне санкције, нити друге кривично правне мере. То значи, да ова лица не могу да буду активни субјект кривичног дела.

Малолетници се као учиниоци кривичних дела, према узрасту, деле на две категорије: а) млађи малолетници и б) старији малолетници. Млађи малолетници су лица узраста од навршених четрнаест до навршених шеснаест година живота, док су старији малолетници лица која су навршила шеснаест, али нису навршила осамнаест година живота. Дакле, млађа малолетна лица се налазе на граници између деце (према којима се не примењују никакве кривичне санкције) и старијих малолетника. Степен њихове психичке и социјалне зрелости је такав да према њима не би било оправдано применити неке теже мере, осим васпитних мера.

8 Рођење представља промену средине која се огледа у прелазу са паразитског начина живота у мајчиној утроби на адаптацију у спољној средини. За ову прву развојну фазу је пресудан први сат живота, јер се пресецањем пупчане врпце новорођенче мора нагло прилагођавати спољној средини.

9 Дете у периоду развоја од две недеље до краја прве године живота. Овај период одликују велике промене у дечијем организму.

10 Развој детета од прве до шесте године се дели на два периода: од прве до треће и од треће до шесте, односно седме године живота. Телесни развој детета зависи од: наслеђа, средине и активности.

11 Дете у овом раздобљу се и даље физички развија. Овај период одликује и нагли моторички развој. Социјална опажања деце у овом узрасту су све боља. Социјална перцепција се брже развија и сл.

12 Обухвата период од првог до четвртог разреда основне школе и најчешће се означава као «период мирног развоја дечије личности». У овом периоду деца постају све више физички снажнија.

13 Период који обухвата раздобље виших разреда основне школе или узраст од једанаест до четрнаест година живота. Мањи број деце у овом узрасту доживљава пубертетске промене.

14 По правилу, јавља се у свим друштвима у просеку у тринаестој години живота. То је време физичког развоја, време када односи са вршњацима постају веома важни, период наглог интелектуалног развоја детета, период даљег стицања и процењивања вредности и сл.

Степен душевне развијености старијих малолетника је знатно виши и он се приближава душевној развијености пунолетних лица. Због тога се према овим лицима може изрећи и казна малолетничког затвора.¹⁵

Неки правни системи утврђују само горњу границу за малолетнике. Савремена кривична законодавства, као и наше законодавство, углавном прихватају и садрже горњу и доњу старосну границу за малолетнике. Тако, у законодавствима је могуће да постоје:

- земље које доњу старосну границу не утврђују,
- земље које се при утврђивању доње старосне границе руководе степеном био-психичке зрелости,
- земље у којима доња старосна граница варира у распону од 7 до 16 година¹⁶ и
- земље у којима горња старосна граница варира у распону од 15 до 21 године¹⁷, а посебне одредбе за младе варирају и до 25 година.

Карактеристике криминалитета малолетника

Криминалитет је најтежи облик малолетничког преступништва. Значајан је по томе што је знатно заступљен у целокупном криминалитету, али и по обимности у појединим његовим облицима. У савременим кретањима ове друштвене појаве уочљиве су тенденције повећања процента заступљености малолетничког криминалитета у криминалитету уопште, у делима с елементом насиља нарочито, као и неким новим организованим и колективним облицима криминалитета. Удео малолетничке делинквенције у криминалитету у опште разликује се од земље до земље. Претежно се креће од 20-25%, али има и земаља у којима је та заступљеност скоро до половине укупне појаве.

Малолетници најчешће врше имовинске деликте (највише дела крађе) и тај проценат у укупном малолетничком криминалитету креће се око 50%, а у неким земљама чак и до 80%. Криминалитет ове врсте је још израженији код малолетница и креће се у нашој земљи око 93,82% извршених кривичних дела, а највише је кривичних дела крађе и ситне крађе. Друга појава по заступљености су саобраћајни деликти малолетника. Они су, делом, узроковани и факторима неискуства, али и посебне психоструктуре. Трећа карактеристика, а у новије

15 Д. Јовашевић, *op. cit.* стр. 288.

16 Белгија и Литванија 16 година (Литванија за убиство 14 година), Скандинавија, Пољска, Чешка и Словачка 15 година, Аустрија, Немачка, Италија, Шпанија, Словенија 14 година, Француска и Грчка 13 година, Холандија и Португалија 12 година, Енглеска и Велс 10 година, Кипар 10 година, Малта 9 година Ирска и Швајцарска 7 година.

17 Португалија 16 година, Данска има посебне одредбе за младе до 23 године, а Швајцарска до 25 година.

време у порасту, група малолетничког криминалитета, јесу сексуални деликти, посебно кривична дела силовања.

Међутим, у неким облицима криминалитета малолетници скоро и да не учествују, нарочито када је у питању политички криминалитет, дела против службене дужности и кривична дела привредног криминалитета.¹⁸

Малолетничка делинквенција у садржајном и методолошком смислу представља педагошко усклађен процес узрочног објашњења преступничког и деликвентног понашања младих, његове видове и појавне облике, организационо-оперативне методе и поступке у циљу спречавања и сузбијања, као и превентивно-васпитне мере и радње у пеналном и постпеналном поступку са овом специфичном категоријом малолетника.¹⁹

У последње време већина земаља акценат ставља на спречавање малолетничке делинквенције. Међу најчешће узроке за неуспех у овој борби, убрајају се:

- недостатак законских и специјалних прописа за малолетнике,
- недостатак специјалиста и установа за ову област криминалитета,
- недовољна кординација надлежних служби и институција,
- одсуство контроле и евалуације постигнутог успеха спроведених превентивних програма,
- површна анализа радова из етиологије малолетничке делинквенције, где се најчешће квалитет «узрока» приписује ономе што је само један «фактор» појаве,
- у неким радовима се не разграничава «узрок» од «последнице» и сл.

Савремени свет не прихвата патријархалну улогу породице и незамењиву улогу родитеља у процесу васпитања деце. Шта више, поставља се питање, да ли је оваква породица у опште потребна друштву. Савремена схватања малолетничке делинквенције подразумевају и анализу општих светских феноменолошких процеса, дешавања и рефлексије на нашу децу и омладину сходно простору и времену у коме сазревају с обзиром на:

- микросредину у којој живе,
- развојне фазе кроз које пролазе,
- утицај идеја и идеологије омладинских покрета,
- друштвено политичко деловање и идејне ставове,
- социо-културни статус,
- материјално економски статус и
- остале феноменолошке процесе и дешавања.²⁰

18 М. Бошковић, Криминологија, Нови Сад, 2007. године, стр. 479.

19 О. Крстић, *op. cit.* стр. 21.

20 О. Крстић, *op. cit.* стр. 51.

Извршиоци кривичних дела (па тако и малолетни извршиоци) имају своју тактику и технику, па отуда Проф. др Владо Водинелић с правом констатује: «под криминалном делинквентском тактиком и техником схватамо разне методе и средства које примењују извршиоци при припремању, извршењу (појавни облици) и прикривању кривичних дела».²¹

У нашем законодавству постоје општа правила о кривичним санкцијама које се могу изрећи малолетницима. Према кривичноправним одредбама о малолетницима, садржаним у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, малолетницима се за учињена кривична дела могу изрећи: васпитне мере (мере упозорења и усмерења, мере појачаног надзора и заводске мере), казна малолетничког затвора и мере безбедности, осим забране вршења позива, делатности или дужности. Такође, мере безбедности: обавезног лечења алкохоличара и обавезног лечења наркомана не могу се изрећи уз мере упозорења и усмеравања.²² Супсидијарно, и то само изузетно када су испуњени законом предвиђени услови и када суд дође до уверења да се сврха малолетничких кривичних санкција не може остварити применом васпитних мера, суд може изрећи посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Но, ова се казна може изрећи само старијем малолетнику као учиниоцу тешког кривичног дела. Значи, казна малолетничког затвора се никад не изриче обавезно, не може се изрећи сваком малолетном лицу и не може се изрећи за свако учињено кривично дело (већ само теже).²³

На крају, приликом прикупљања обавештења и података за оцену целисходности покретања кривичног поступка против малолетних учинилаца кривичних дела, треба доследно поштовати начело хитности поступка, како би јавни тужилац за малолетнике што пре донео своју одлуку.²⁴

Анализа стања криминалитета малолетника у Републици Србији у периоду од 2004. до 2009. године.

Табеле са подацима су преузете са интернет сајта,²⁵ а подаци су прикупљени на основу индивидуалних статистичких упитника које попуњавају надлежна јавна тужилаштва и надлежни редовни судови. Подаци се обрађују годишње за календарску годину.

21 В. Водинелић, Криминалистика, Београд, 1984. године, стр. 5.

22 С. Константиновић Вилић, М. Костић, Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији, Ниш, 2011. године, стр. 146.

23 Д. Јовашевић, Примена васпитних мера у новом кривичном праву Републике Србије, Тематски научни скуп, Малољетничка деликвенција као облик друштвено неприхватљивог понашања, Бања Лука, 2008. године, стр. 190.

24 В. Ђурђић, Начело опортунитета у поступку према малолетницима, Тематски научни скуп, Малољетничка деликвенција као облик друштвено неприхватљивог понашања, Бања Лука, 2008. године, стр. 247.

25 <http://webrzs.stat.gov.rs>, Приступ 3.3.2011. године.

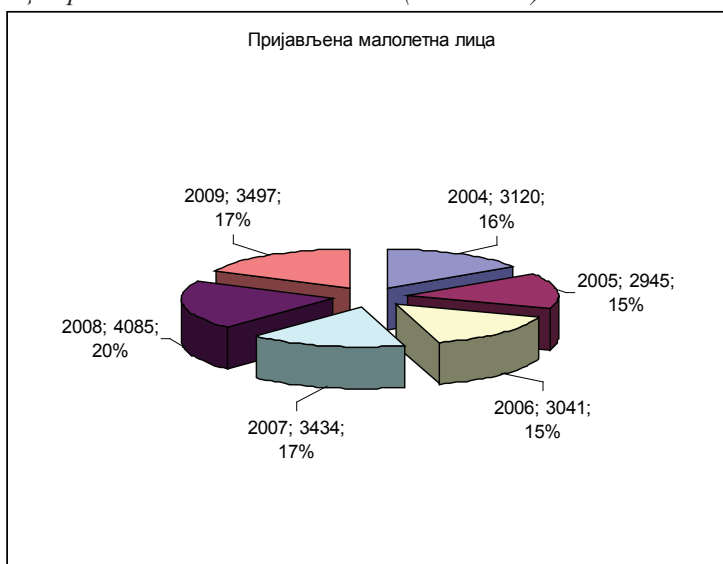
Табела 1 – Пријављена малолетна лица учиниоци кривичних дела, 2004-2009. година

	2004-2006					
	2004		2005		2006	
	број	%	број	%	број	%
УКУПНО свега	3120	100	2945	100	3041	100
жене	148	4,7	149	5,1	227	7,5
мушкарци	2972	95,3	2796	94,9	2814	92,5

	2007-2009				
	2007		2008		2009
	%	број	%	број	%
УКУПНО свега	100	4085	100	3497	100
жене	6,0	301	7,4	249	7,1
мушкарци	94,0	3784	92,6	3248	92,9

Поред видљивих бројчаних и процентуалних показатеља у табели бр. 1, можемо закључити, да су у посматраном периоду од **2004.** до **2009.** године укупно пријављена 20.122 малолетна лица као учиниоци кривичних дела. Од овог броја 1.280 (или 6,4%) су малолетнице, а 18.842 (или 93,6%) су малолетници. Такође, видимо да су **малолетнице** као извршиоци кривичних дела највише пријављиване 2006. године, и то у 227 случајева (или 7,5% у односу на укупан број пријављених малолетника те године).

Графикон 1 – Упоредни подаци броја пријављених малолетних лица као учинилаца кривичних дела по годинама (2004-2009)



Анализом графика бр.1, можемо закључити:

- **2008.** године пријављен је **највећи број** малолетних лица као учинилаца кривичних дела, и то 4.085 (или 20,0% од укупног броја пријављених малолетних лица у посматраном периоду).

- **2005.** године пријављен је **најмањи број** малолетних лица као учинилаца кривичних дела, и то 2.945 (или 15,0%).

- **2004.** године пријављено је 3.120 (или 16,0%) малолетних лица као учинилаца кривичних дела.

- **2006.** године пријављено је 3.041 (или 15,0%) малолетних лица као учинилаца кривичних дела.

- **2007.** године пријављено је 3.434 (или 17,0%) малолетних лица као учинилаца кривичних дела.

- **2009.** године пријављено је 3.497 (или 17,0%) малолетних лица као учинилаца кривичних дела.

Дакле, посматрано у периоду од 2004. до 2009. године, број пријављених малолетних учинилаца кривичних дела нема неку значајнију динамику (осцилације до 2% разлике), осим у 2008. години.

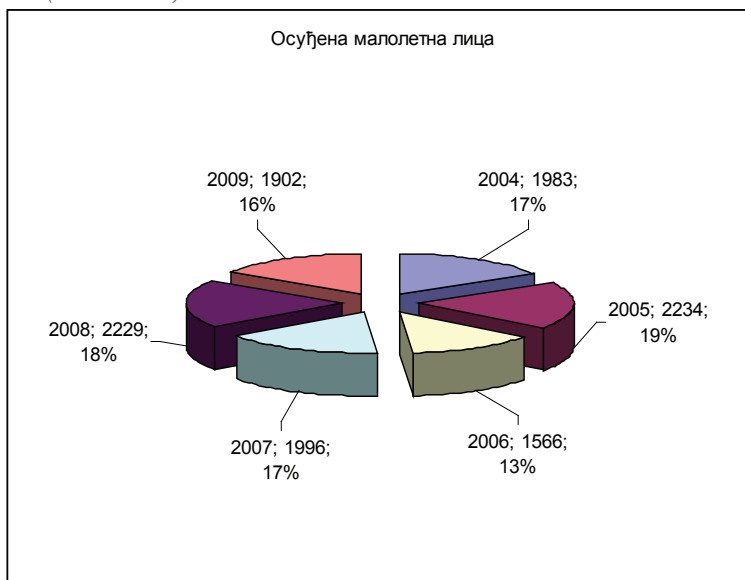
Табела 2 - Осуђена малолетна лица, 2004-2009. година

	2004		2005		2006	
	број	%	број	%	број	%
УКУПНО свега	1983	100	2234	100	1566	100
жене	92	4,6	106	4,7	71	4,5
мушкарци	1891	95,4	2128	95,3	1495	95,5

	2007		2008		2009	
	број	%	број	%	број	%
УКУПНО свега	1996	100	2229	100	1902	100
жене	95	4,8	109	4,9	94	4,9
мушкарци	1901	95,2	2120	95,1	1808	95,1

Поред видљивих бројчаних и процентуалних показатеља у Табели бр. 2, можемо закључити да је у посматраном периоду од (2004-2009) укупно осуђено 11910 малолетних лица, од чега 567 (или 4,8%) малолетница и 11343 (или 95,2%) малолетника. Такође, видимо да ни једне године посматраног периода, осуђиваност малолетница не прелази 4,9% од укупног броја у опште осуђених малолетника.

Графикон 2 – Упоредни подаци броја осуђених малолетних лица по годинама (2004-2009)



Анализом графикона бр. 2, можемо закључити:

- **2005.** године осуђен је **највећи број** малолетних лица, и то 2234 (или 19,0% од укупног броја осуђених малолетних лица у посматраном периоду).
- **2006.** године осуђен је **најмањи број** малолетних лица, и то 1566 (или 13,0%).
- **2004.** године осуђено је 1.983 (или 17,0%) малолетних лица.
- **2007.** године осуђено је 1.996 (или 17,0%) малолетних лица.
- **2008.** године осуђено је 2.229 (или 18,0%) малолетних лица.
- **2009.** године осуђено је 1.902 (или 16,0%) малолетних лица.

Дакле, посматрано у периоду од 2004. до 2009. године, број осуђених малолетних учинилаца кривичних дела нема неку значајнију динамику (осцилације до 2% разлике), осим у 2005. години.

Табела 3 - Осуђена малолетна лица према изреченим кривичним санкцијама, 2004-2009. година

	2004		2005		2006	
	број	%	број	%	број	%
УКУПНО	1983	100	2234	100	1566	100
Млађи малолетници	688	34,7	763	34,2	490	31,3
Дисциплинске мере	368	53,5	360	47,2	204	41,6
Мере појач. надзора	298	43,3	377	49,4	255	52,0
Заводске мере	22	3,2	26	3,4	31	6,3
Старији малолетници	1295	65,3	1471	65,8	1076	68,7
Малолетнички затвори	10	0,8	7	0,5	17	1,6
Дисциплинске мере	568	43,9	617	41,9	383	35,6
Мере појач. надзора	659	50,9	793	53,9	605	56,2
Заводске мере	58	3,7	54	3,7	71	8,1

	2007		2008		2009	
	број	%	број	%	број	%
УКУПНО	1996	100	2229	100	1902	100
Млађи малолетници	830	41,6	992	44,5	791	41,6
Дисциплинске мере	405	48,8	468	47,2	363	19,1
Мере појач. надзора	385	46,4	460	46,4	387	20,3
Заводске мере	40	4,8	64	6,5	41	2,2
Старији малолетници	1166	58,4	1237	55,5	1111	58,4
Малолетнички затвори	30	2,6	17	1,4	19	1
Дисциплинске мере	481	41,3	479	38,7	471	24,8
Мере појач. надзора	614	52,7	684	55,3	573	30,1
Заводске мере	41	3,5	57	4,6	48	2,5

У 2009. години, према малолетним учиниоцима кривичних дела примењени су **васпитни налози**: јавни тужилац за малолетнике је у 72 случаја применио васпитни налог, а у 38 случајева судија за малолетнике.

Упоређујући податке из табеле, можемо извући још неке закључке, као што су:

- **2004.** године изречено је укупно 936 дисциплинских мера, од чега 368 (или 39,3%) млађим малолетницима. Затим, изречено је укупно 957 мера појачаног надзора, од чега 298 (или 31,1%) млађим малолетницима. Такође, изречено је укупно 80 заводских мера, од чега 22 (или 27,5%) млађим малолетницима. На крају, старијим малолетницима је у 10 случајева изречена казна малолетничког затвора.

- **2005.** године изречено је укупно 977 дисциплинских мера, од чега 360 (или 36,8%) млађим малолетницима. Затим, изречено је укупно 1170 мера појачаног надзора, од чега 377 (или 32,2%) млађим малолетницима. Такође, изречено је укупно 80 заводских мера, од чега 26 (или 32,5%) млађим малолетницима. На крају, старијим малолетницима је у 7 случајева изречена казна малолетничког затвора.

- **2006.** године изречено је укупно 587 дисциплинских мера, од чега 204 (или 34,7%) млађим малолетницима. Затим, изречено је укупно 860 мера појачаног надзора, од чега 255 (или 29,6%) млађим малолетницима. Такође, изречено је укупно 102 заводске мере, од чега 31 (или 30,3%) млађим малолетницима. На крају, старијим малолетницима је у 17 случајева изречена казна малолетничког затвора.

- **2007.** године изречено је укупно 886 дисциплинских мера, од чега 405 (или 45,7%) млађим малолетницима. Затим, изречено је укупно 999 мера појачаног надзора, од чега 385 (или 38,5%) млађим малолетницима. Такође, изречено је укупно 81 заводска мера, од чега 40 (или 49,3%) млађим малолетницима. На крају, старијим малолетницима је у 30 случајева изречена казна малолетничког затвора.

- **2008.** године изречено је укупно 947 дисциплинских мера, од чега 468 (или 49,4%) млађим малолетницима. Затим, изречено је укупно 1144 мере појачаног надзора, од чега 460 (или 40,2%) млађим малолетницима. Такође, изречено је укупно 121 заводска мера, од чега 64 (или 52,8%) млађим малолетницима. На крају, старијим малолетницима је у 17 случајева изречена казна малолетничког затвора.

- **2009.** године изречено је укупно 834 дисциплинске мере, од чега 363 (или 43,5%) млађим малолетницима. Затим, изречено је укупно 960 мера појачаног надзора, од чега 387 (или 40,3%) млађим малолетницима. Такође, изречено је укупно 89 заводских мера, од чега 41 (или 46,1%) млађим малолетницима. На крају, старијим малолетницима је у 19 случајева изречена казна малолетничког затвора.

Такође, можемо закључити, да је у посматраном периоду (2004-2009) изречено укупно 11910 кривичних санкција малолетним лицима, и то:

- **5167 дисциплинских мера**, од чега 2168 (или 41,9 %) млађим малолетницима. Највише дисциплинских мера је изречено 2005. године 977 (или 18,9% од укупног броја изречених дисциплинских мера у посматраном периоду). Најмањи број изречених дисциплинских мера је забележен 2006. године 587 (или 11,3%).

- **6090 мера појачаног надзора**, од чега 2162 (или 35,5%) млађим малолетницима. Највише мера појачаног надзора је изречено 2005. године 1170 (или 19,2% од укупног броја изречених мера појачаног надзора у посматраном периоду). Најмањи број изречених мера појачаног надзора је забележен 2006. године 860 (или 12,1%).

- **553 заводских мера**, од чега 224 (или 40,5%) млађим малолетницима. Највише заводских мера је изречено 2008. године 121 (или 21,8% од укупног броја изречених заводских мера у посматраном периоду). Најмањи број изречених заводских мера је забележен 2005. године 80 (или 14,4%).

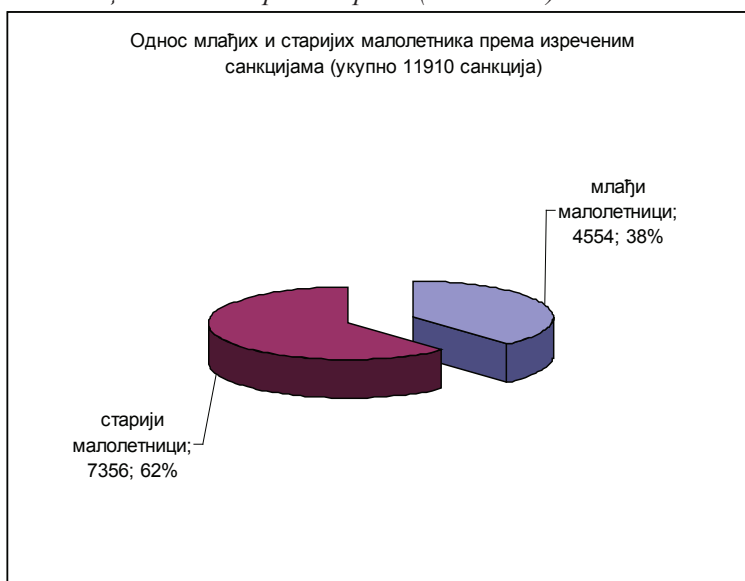
- **100 казни малолетничког затвора** (или 0,84% од укупног броја изречених кривичних санкција за посматрани период) старијим малолетницима. Највише казни малолетничког затвора је изречено 2007. године 30 (или 30,0% од укупног броја изречених казни малолетничког затвора у посматраном периоду). Најмањи број изречених казни малолетничког затвора је забележен 2005. године 7 (или 7,0%).

Графикон 3 – Упоредни подаци по врсти кривичних санкција за посматрани период (2004-2009)



Анализом графика бр. 3, можемо закључити да је у посматраном периоду (2004-2009) изречено највише мера појачаног надзора 6090 (или 51,0%), затим, дисциплинских мера 5167 (или 43,0%), потом, заводских мера 553 (или 5,0%). Најмањи број чини казна малолетничког затвора 100 (или 1,0%).

Графикон 4 – Упоредни подаци броја осуђених млађих и старијих малолетних лица за посматрани период (2004-2009)



Када погледамо графикон бр. 4, можемо закључити да је у посматраном периоду (2004-2009) према старијим малолетницима изречено 7356 санкција (или 62% од укупног броја изречених санкција према малолетницима), док су према млађим малолетницима изречене 4554 санкције (или 38%). Дакле, старијим малолетницима је изречено више 2802 санкције (или 61,9%).

Закључна разматрања

Ограничени садржај, од једног ауторског табака, није омогућио да се на нивоу детаља разраде сва кључна питања покренута у овом раду. Ипак, надамо се да су ова питања обрађена у мери у којој читалац може да добије јасну слику о разматраној теми, њеној озбиљности и сложености, као и о њеном општем друштвеном значају у погледу могућности разрешавања.

Потребно је напоменути, да се ранији репресивни модел кривичноправног положаја малолетника истицао по томе да је малолетник третиран као «делинквент у минијатури», а његов правни положај је карактерисало блаже кажњавање зависно од узраста и нешто повољнији режим издржавања изречене казне који је дуго времена оспораван и подвргаван снажној критици, док новији, тзв. «заштитнички модел» у први план истиче личност малолетника, стање и потребе такве личности. Он полази од тога да је кривично дело само повод за покретање кривичног поступка према малолетнику, а да су личност и интереси малолетника од пресудног значаја за судску одлуку. Жртва или оштећени се налази у другом плану

Код нас малолетници најчешће врше имовинске деликте и тај проценат у укупном малолетничком криминалитету креће се око 50%. На крају, треба напоменути да у нашем законодавству постоје општа правила о кривичним санкцијама које се могу изрећи малолетницима.

Литература:

1. Бошковић М., Криминологија, Нови Сад, 2007.
2. Водинелић В., Криминалистика, Београд, 1984.
3. Ђурђић В., Начело опортунитета у поступку према малолетницима, Тематски научни скуп, Малољетничка деликвенција као облик друштвено неприхватљивог понашања, Бања Лука, 2008.
4. Јовашевић Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
5. Јовашевић Д., Примена васпитних мера у новом кривичном праву Републике Србије, Тематски научни скуп, Малољетничка деликвенција као облик друштвено неприхватљивог понашања, Бања Лука, 2008.
6. Константиновић Вилић С., Костић М., Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији, Ниш, 2011. године, стр. 146.
7. Костић И., Нововић С., Психологија за саобраћајне полицајце, Психологија оперативног рада, Београд, 1998.
8. Крстић О., Малољетничка деликвенција, Бања Лука, 2009.
9. Шкулић М., Стевановић И., Малолетни деликвенти у Србији, Београд, 1999.
10. Интернет сајт: <http://webrzs.stat.gov.rs>, 3.3.2011. године.

Rade Bogojević, LL.M.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

JUVENILE CRIMINAL OFFENDERS IN SERBIA

Summary

The Juvenile Offenders Act (the Act on the Juvenile Criminal Offenders and Criminal Law Protection of Juveniles) is one of the basis sources of criminal law in the Republic of Serbia. By adopting this Act, the legislator has provided a comprehensive and self-sufficient instrument which contains a series of specific legal solutions that may be regarded both as a body of self-sustainable legislation and as an independent area of legal science. It is, therefore, a set of rules which determine the status of juveniles in criminal law, both as criminal offenders and as victims of crimes.

Juvenile criminal offenders have had a special status in criminal legislation for a long time. The reason for such a position should be sought in their age, which is characterized by numerous and constant changes resulting from their biological, psychological and social growth and maturity.

Key words: *juveniles, juvenile delinquency, juvenile offenders, repressive model of criminal law*

ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА ОСУЂЕНИКА И ДРУГИХ ЛИЦА ЛИШЕНИХ СЛОБОДЕ ПРЕМА ДОКУМЕНТИМА САВЕТА ЕВРОПЕ

***Апстракт:** У домену заштите основних људских права осуђеника и других лица лишених слободе запажено је настојање да се на међународном нивоу регулише и контролише поступање надлежних државних органа у оквиру појединих држава. Државе које се налазе у процесу економске транзиције, као чланице Савета Европе, у обавези су да предузму законске промене и реформе система кажњавања ради заштите основних људских права лица лишених слободе. Због тога је веома важно упознати се са најважнијим међународним стандардима и механизмима контроле поштовања људских права лица лишених слободе. За Републику Србију су посебно значајни међународни документи донети на нивоу Савета Европе и делатност Европског суда за људска права. Због тога је у раду анализиран садржај најважнијих међународних докумената о заштити људских права лица лишених слободе и указано је на неколико најзначајнијих пресуда из праксе Европског суда за људска права које су донете у случајевима кршења људских права и слободе лица лишених слободе.*

***Кључне речи:** људска права, осуђеници, међународни документи, Савет Европе, судска пракса Европског суда за људска права.*

Увод

Људска права поседујемо од момента рођења без обзира на пол, порекло или држављанство. Према тексту Опште повеље о људским правима (чл.1) „сви људи рођени су слободни, са једнаким достојанством и правима“. Људска права су загарантована сваком човеку на основу његовог постојања као човека, универзална су и неотуђива и не могу бити ограничавана од стране државе. Концепт људских права потиче из школе природног права, која се развијала под утицајем просветитељских филозофа 18. века. Поједине дефиниције људских

права указују на то да су људска права универзалне правне гаранције које штите појединце и групе против акција влада које спречавају остваривање фундаменталних слобода и људског достојанства.¹

Питање заштите људских права поставило се после Другог светског рата, пре свега због масовног кршења људских права у протеклом периоду и непостојања наднационалне супервизије. Прве гаранције поштовања људских права биле су прописане Међународном повељом људских права, која се састојала од Универзалне декларације о правима човека, Међународне конвенције о економским, социјалним и културним правима и Међународне конвенције о грађанским и политичким правима са Факултативним протоколима. Тако је на међународном нивоу почео да се изграђује систем заштите који обавезује државе потписнице међународних докумената на поштовање утврђених стандарда у овој области.

Људска права припадају и осуђеним лицима и другим лицима лишеним слободe. Сврха лишења слободe је, поред осталог, заштита друштва од криминалитета, а не нехумано поступање према лицима лишеним слободe. Лица лишена слободe, која се налазе на издржавању казне затвора или су у притвору не смеју бити лишена свог људског достојанства и права на хумано поступање са њима и поред тога што су им кроз законито изречену казну, односно због тога што су у притвору, ускраћена нека права и слободe. Због тога се сматра да је начин на који држава поступа са осуђеницима и другим лицима лишеним слободe симболично показује хуманост тог друштва и спремност да се поштују основна људска права.²

Најважније документе, који су на међународном плану установили и регулисали стандарде за хумано поступање са осуђеним лицима, донеле су Уједињене нације и Савет Европе.

Савет Европе је донео:

а) Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода³;

1 Високи Комесар за људска права, Приручник о мониторингу људских права, неслужбени превод, поглавље I одељак Б, <http://www.goranmiletic.com/resources/MONITORING%20%20KOMPLET%20SRPSKI.doc>, приступ 28.09.2011.године

2 Наташа Мрвић Петровић: Криза затвора, Војноиздавачки завод, Београд, 2007., стр. 353.

3 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободe који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, Службени лист

б) Европску конвенцију о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака из 1987. године⁴;

в) Европска затворска правила из 1987. године, ревидирана 2006. године⁵.

Уз наведене међународне документе, велики је број извештаја међународних и невладиних организација који детаљно указују на кршења људских права у затворима широм света као и на механизме за побољшање положаја осуђених лица у њима. Свакако најзначајнији за развој европског пенитенцијарног права и праксе су Општи извештаји које саставља и објављује Европски комитет за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, после периодичних посета установама у којима се налазе лица лишена слободе. Значајна је и пракса Европског суда за људска права, која кроз појединачне решене случајеве показује да се морају поштовати основна људска права осуђеника.

1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода представља основни правни акт у оквиру Савета Европе којим се обезбеђује заштита људских права и основних слобода лица која се налазе у затвору или су по неком другом основу лишена слободе.

Конвенција је донета 1950. године, ступила је на снагу 1953. године а употребљена је са седам додатних протокола. Након измене у складу са Протоколом бр. 11 (Рим, 4.11.1950.)⁶ чланом 3 Конвенције, који говори о забрани

СЦГ – Међународни уговори бр. 9/2003 http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/163_ekljp_-_tekst_konvencije.pdf, приступ дана 29.09.2011.год.

4 Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних поступака и кажњавања, измењен и допуњен Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, донет је 26.12.2003.године, „Службени лист СЦГ“, Међународни уговори бр. 9/2003

5 <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/EPR/EPRserbian.pdf>, приступ 30.09.2011. године

6 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 9/2003 http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/163_ekljp_-_tekst_konvencije.pdf, приступ дана 29.09.2011.год.

мучења, предвиђа се да “Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању”.

Конвенција је увела до сада најпотпунији систем заштите људских права кроз оснивање Европског суда за људска права. На овај начин се могућност обраћања суду, која је до тада била резервисана само за државе потписнице, проширила и на појединце, уз услов да је појединац претходно употребио сва расположива правна средства заштите пред националним судовима и да се суду обратио у року од 6 месеци од дана доношења последње правноснажне одлуке.

У пракси Европског суда за људска права најчешће је обраћање управо због непоштовања члана 3 Конвенције. Позивањем на овај члан, осуђено лице захтева да му се пружи заштита, ако су током поступка лишења слободе по законитом основу установљена кршења људских права, јер се нечовечно или понижавајуће поступање везује се за затворске услове живота. Радње мучења, нехуманог и понижавајућег поступања могу се степеновати по суровости којима се изазивају психо-физичка патња жртве, а представљају радње чињења, али и радње пропуштања затворске управе да реално процени утицај одређене мере или услова на личност лица лишеног слободе.

Често обраћање осуђених лица Суду довело до тога да се развију стандарди за тумачење израза попут »мучење« или »окрутно и нечовечно поступање или кажњавање«. Према ставу Суда за људска права, мучење представља свако намерно наношење велике физичке или психичке патње од стране сваке службене или овлашћене особе, према особи, појединцу кога држи у власти, односно особи која је лишена слободе, на краћи или дужи рок и која је подвргнута физичком или психичком насиљу. Мучењем се не сматра бол и патња која је уобичајена или је праћена легалном санкцијом.⁷

Још један битан принцип гарантован Конвенцијом је принцип забране лишења слободе и поштовање безбедности личности. Члан 5 Конвенције гарантује право на слободу и безбедност личности, при чему је наглашено да нико не може бити лишен слободе уколико нису испуњени одређени услови и уколико није спроведен законом прописан поступак. Услови за које Конвенција прописује у чл.5 ст.1 да обавезно морају да буду испуњени су следећи:

- да се ради о законитом лишењу слободе на основу пресуде надлежног суда;
- у случају законитог хапшења или лишења слободе због неизвршења законите судске одлуке или ради обезбешења испуњења неке законом прописане обавезе;
- у случају законитог хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је

⁷ Велинка Гроздановић., Аленка Шелих.:»Жене и казна затвора», Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2001, стр. 57, наведено код Константиновић-Вилић, С.; Костић, М.: „Пенологија“, Свен, Ниш, 2006., стр. 36

извршило кривично дело или кад се то оправдано сматра потребно ради спречавања извршења кривичног дела или бегства након његовог извршења;

- у случају лишења слободе малолетног лица на основу законите одлуке у циљу васпитног надзора или законитог лишења слободе ради привођења надлежном органу;
- у случају законитог лишења слободе лица ради спречавања ширења заразних болести, као и законито лишење слободе душевно поремећених лица, алкохолочара, наркомана и скитница;
- у случају законитог хапшења или лишења слободе лица у циљу спречавања његовог уласка у земљу или против лица у поступку екстрадиције или депотрације.

Конвенцијом је предвиђен и принцип да се лицу које је ухапшено објасни разлог хапшења и подизања оптужнице на језику који разуме, да ће без задржавања и одлагања бити изведен пред судију или друго службено лице, да ће му се судити у разумном року и право лица неоправдано лишеног слободе да има право на накнаду штете.

2. Европска конвенција о спречавању мучења, нехуманих или понижавајућих казни и поступака

Европска конвенција о спречавању мучења, нехуманих или понижавајућих казни и поступака донета је 1987. године, ступила је на снагу 1989. године а наша земља је ратификована 2003. године. Ова Конвенција се разликује од Европске конвенције УН о људским правима јер детаљно уређује посебан механизам заштите затворенима од тортуре, нехуманог или понижавајућег поступања и кажњавања, па се може рећи да је у целости управљена као лицима која су лишена слободе.

Конвенцијом је установљен Европски комитет за спречавање мучења (ЦПТ) чији се стандарди односе на сва лица лишена слободе, која су у притвору, издржавају казну или се према њима примењују мере безбедности. Чланови Комитета имају право неограниченог приступа свим местима у којима се налазе лица лишена слободе, право да се слободно крећу унутар тих места и право да разговарају са особама лишеним слободе без присуства других лица. Ова права су наведена у члановима 2 и 8 Конвенције. Једина обавеза Комитета према земљи потписници је да обавести о посети коју намерава да учини. Свака држава чланица мора да пружи потребна обавештења Комитету и не сме да онемогућава рад Комитета.

После посете, Комитет саставља извештај о стању које је утврђено приликом приступа свим местима у којима се налазе лица лишена слободе. Једном годишње, извештај о стању затвора у Европи се подноси Комитету

министара и јавно се објављује. На овај начин, утиче се на затворску праксу у европским земљама ради побољшања услова живота и третмана у затворима и ради поштовања људских права затвореника.

Конвенција установљава још једно важно правило: гарантује се поверљивост информација. Члан 11 прописује да су „информације, које Комитет прикупи приликом посете, извештаји и консултације са страном уговорницом, поверљиве природе“. Никакви лични подаци не смеју да се објаве без изричитог пристанка особе о којој је реч. Комитет може, ако се са тим сагласи две трећине чланова, да да изјаву за јавност која се односи на неко питање које је постављано.

Већина стандарда које успоставља Комитет, упркос правној необавезности, има велики фактички значај у правној пракси европских држава. Овај сет стандарда се стално допуњује стварањем нових препорука, чиме се државе потписнице индиректно обавезују да континуирано разматрају нове законодавне и практичне могућности реформи.

3. Општи извештаји Европског комитета за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака (СРТ)⁸

Стандарди Европског комитета за спречавање мучења су детаљнији у односу на оне који су садржани у међународним актима ОУН и Савета Европе. Ови стандарди су формиulisани у облику смерница које се односе на полицијски притвор, затвор, обуку особља за спровођење закона, пружање здравствених услуга у затворима, стране држављане лишене слободе према законима о странцима, присилни смештај у психијатријске установе, малолетнике и жене лишене слободе.

У Другом Општем извештају (1992. година) прецизирају се и одређене одредбе које се односе на затвор и третман затвореника у самој институцији. Наиме, трајно се инсистира на изградњи конструктивних односа између затвореника и особља, у циљу мањег степена насилних инцидената и злостављања које може да се појави. Предложено је да се уведе правилна едукација особља и стручно оспособљавање за вршење дужности у складу са захтевима поштовања основних људских права осуђених лица чиме је задовољена гаранција против злостављања.

У циљу смањења могућих конфликта, инсистира се и на садржајнијем програму активности затвореника, било да је реч о образовним програмима или спортским активностима, које мора да буде предвиђено у трајању од најмање сат времена свакодневно и да се примењује на све осуђенике. Контакт са спољним светом је препоручљив у циљу одржања породичних и пријатељских односа затвореника са особама које су им драге.

⁸ СРТ/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010, <http://www.cpt.coe.int/lang/srp/srp-standards.pdf>, приступ 30.09.2011.

Прописује се и обавезно обезбеђење минимума основних услова за живот, где се најпре наводи стварање основних хигијенских услова и могућност коришћења купатила.

Примена силе према затвореницима је изузетак и стручне службе треба да поштују стандарде којима се спречава злостављање, а обавезне су и сталне едукације особља које долази у контакт са осуђеним лицима. Интервенција затворског особља у случају међусобног малтретирања осуђеника мора да буде умерена на правремено уочавање и спречавање.

Овај Извештај заправо позива државне власти да посредују у интегрисању суштине људских права у практичну обуку, у сврху контролисања ситуација са високим ризиком.⁹

Здравствена заштита и здравствене услуге у затворима предмет су *Трећег Општег извештаја из 1993. године*, у коме су прописани принципи, као на пример: доступан приступ лекару, право на једнакост неге, поштовање пацијентовог пристанка и поверљивости и сл.

Седми Општи извештај из 1997. године бави се одредбама које се односе на стране држављане лишене слободе као и на смештајне услове и живот осуђених лица у оквиру установе где издржавају казну. Критикује се пренасељеност затвора, смештајни недостаци, немогућност одржавања хигијене, недоступност природне светлости и свежег ваздуха у собама у којима су смештена осуђена лица, примена непотребних мера којима се осуђеници понижавају (присиљавање осуђеника да стоје лицем окренути према зиду, погнуте главе, руку склопљених на леђима и сл.).

Начин присилног смештаја у психијатријске установе лица лишених слободе којима је неопходан лекарски третман и нега садржан је у *Осмом Општем извештају из 1998. године*.

Девети Општи извештај из 1999. године указује на низ гаранција које се односе на малолетна лица лишена слободе и на услове који треба да се примењују у поправним домовима за малолетне извршиоце кривичних дела. Комитет је као приоритет поставио утврђивање чињенице да ли се малолетници намерно подвргавају злостављању и, као превенцију ове појаве, одвојен смештај малолетних од одраслих извршилаца кривичних дела. Такође, Комитет је указао на неопходну доступност образовних садржаја, спортских активности професионалне обуке, рекреације и других корисних активности, које се реализују под надзором едукованог особља.

Десети Општи извештај из 2000. године посвећен је регулисању издржавања казне жена које су лишене слободе. Затворенице представљају релативно малу групу у популацији особа лишених слободе, па постоји бојазан да се самим тим мало пажње посвећује њиховим условима живота и третману који

⁹ Слободанка Константиновић Вилић, Миомира Костић: „Пенологија“, Свен, Ниш, 2006., стр. 44

добијају у институцији у којој се налазе. Комитет препоручује да затворенице морају да буду смештене у за њих сигурно и пристојно затворско окружење. Посебно је важан и однос који према затвореницама има особље установе у којој се налазе, јер је, по извештајима Комитета, управо ова релација најопаснија да до злостављања и/или да настане опасност по телесни и психички интегритет затвореница. Интересантно је да овај Извештај регулише и питање боравка затвореница са децом у установи у којој издржавају казну. Предложено је да се питање дужине времена које ће беба боравити са мајком после порођаја цени у зависности од интереса сваког детета понаособ, уз напомену да третман које дете добија у затвору мора да буде једнак третману који би му био пружен да се не налази у затвору крај мајке.

Однос између особља и затвореника, насиље које се испољава међу затвореницима, попуњеност и условност затвора, регулисање одељења високе безбедности и третман осуђених на доживотну робију предмет су регулисања *Једанаестог Општег извештаја из 2001. године*. Препоручено је да се у одељењима максималне безбедности примењује посебан режим и примена одређених ограничења према осуђеницима, због ризика од нечовечног поступања захтева стално преиспитивање одлуке о распоређивању. Затварање осуђеника у самицу предвиђено је као изузетак, јер се и овакво затварање, под одређеним условима, може квалификовати као нечовечно или понижавајуће поступање.

У *Дванаестом Општем извештају из 2002. године* разрађују одредбе о притвору. Ове одредбе се односе на начин испитивања осумњичених, обавезу поштовања сигурности и безбедности лица које се налази у притвору, обавезу да се лице упорза са својим правима на језику јоји разуме, али и да је дужност полиције да на минимум сведе могућност ризика од застрашивања и физичког злостављања.

4. Европска затворска правила

Европска затворска правила представљају детаљан систем правила за заштиту лица лишених слободе у европским земљама, упркос чињеници да немају легислативни карактер, већ је њихова примена гарантована кроз активност Европског комитета за сарадњу у области извршења казне затвора. Иако непоштовање Правила не представља кршење чл.3 Европске конвенције о људским правима, њихова имплементација у националним законодавствима држава потписница и практична примена доказују да државе потписнице поштују правила о људским правима која произилазе из Европске конвенције.¹⁰

Правила су усвојена 1987. године, а ревидирана 2006. године, а циљ доношења био је да се успоставе заједнички принцип кривичне стратегије међу државама – чланицама Савета Европе у вези са затворским третманом и управом затворских установа.

¹⁰ Слободанка Константиновић Вилић, Миомира Костић., *op.cit.* стр. 39.

Ревидирана Европска затворска правила садрже следећих девет целина који се односе на основне принципе, прописивање услова за затварање, очување здравља осуђеника, одржавање реда у установи, управу и затворско особље, инспекцију и надзор, притворенике, циљ режима за затворенике и допуну правила.

У оквиру „Општих принципа“ (у првом делу *Правила*) наведено је девет основних принципа:

- Поштовање људских права осуђеника;
- Лица лишена слободе задржавају сва права која им нису законито одузета;
- Ограничења права су минимална и у оквиру потребног, а сразмерна су легитимном циљу који се жели постићи;
- Затворски услови којима се угрожавају људска права не могу се оправдати недостатком материјалних средстава;
- Живот у затвору треба да буде што је могуће приближнији позитивним аспектима живота у заједници;
- Сви затвори треба да буду тако уређени да омогућавају реинтерграцију у слободно друштво лица која су била лишена слободе;
- Треба подстицати сарадњу са службама социјалне заштите и учешће цивилног друштва у животу затвора;

Особље затвора врши важну јавну функцију и њихов одабир, обука и услови рада треба да им обезбеде одржавање високих стандарда у бризи о затвореницима;

Над свим затворима се врши редовна инспекција од стране државе и надзор од стране независног тела.

Сви наведени принципи односе се на лица којима је одговарајући правосудни орган одредио притвор, на лица која су на основу осуђујуће пресуде лишена слободе, као и на лица која се у привору или затвору налазе из било којих других разлога. Предвиђено је и одвојено издржавање изречене казне затвора за малолетнике као и за лица која пате од психичких обољења и чије здравствено стање не дозвољава боравак у затвору.

Други део Правила односи се на услове издржавања казне затвора, а као основно правило наводи да ни једна особа неће бити примљена у затвор или држана у затвору без правноснажне пресуде донете у складу са домаћим законодавством. Смештај затвореника треба да буде што ближи њиховом месту становања, у циљу социјалне рехабилитације, уколико је то изводљиво и у складу са принципом сигурности, а у циљу премештања у други затвор/установу неопходно је прибавити и сагласност осуђеног лица. Овај део *Правила* такође посвећује пажњу и минимуму стандарда затворских услова (хигијена затвореника, одевање, исхрана, давање правних савета, контакту са спољним

светом, радом у затворској установи, образовању, спортским активностима, слободи мишљења и религије, праву на информисаност и сл.)

Прописују се и права странаца, којима се, уколико се нађу у затвору, поред комуникације на језику који разумеју, мора обезбедити комуникација са дипломатским или конзуларним представницима своје земље. Уколико се догоди да осуђено лице нема дипломатско или конзуларно представништво у земљи у којој је ухапшено, или је реч о лицима која имају статус избеглица или апатрида, мора им се омогућити контакт са дипломатским или конзуларним представништвом државе која води рачуна о њиховим интересима или са међународном организацијом чији је задатак да служи интересима оваквих категорија лица.

Здравствена заштита лица лишених слободe обухваћена је *Трећим делом Правила*, при чему је основни принцип да ће затвореници имати приступ здравственим установама (здравствене, психијатријске, хируршке) које су на располагању, без дискриминације на основу свог правног статуса. У сваком затвору неопходно је да постоји најмање један лекар опште праксе, стоматолог и офтамолог, као и особље које је адекватно обучено за пружање здравствене заштите.

Једно од веома битних питања јесте и одржавање реда у затвору (*Четврти део Правила*) где треба водити рачуна о условима одржавања реда, сигурности и дисциплине, а затвореницима се треба осигурати животни услови у којима ће се поштовати људско достојанство. Интересантно је да се у овом одељку Правила управо инсистира на комуникацији између затвореника и затворских службеника о начинима боље организације одржавања реда у самом затвору. Мере сигурности које се предузимају према затвореницима како би се спречило њихово евентуално бекство су на минималном могућем степену: осигурање које се обезбеђује физичким препрекама и другим техничким средствима биће праћено и динамичним особљем које те затворенике познаје и држи под својим надзором.

Прописане су такође дисциплинске процедуре и механизми који се примењују у крајњој нужди, док је управа затвора дужна да, уколико је то могуће, користи механизме ресторативне правде и медијације у циљу решавања спорова са и међу затвореницима.

Затворско особље је дужно да се уздржава од примене силе, осим ако није реч о самоодбрани, случају покушаја бекства, пружању активног или пасивног отпора прописаном реду у установи. У наведеним случајевима, иако је реч о примени силе, не смеју се примењивати лисице и окови. У циљу максималног непримењивања сила, затворско особље не сме да носи оружје у затворском кругу.

Пети део Правила односи се на управљање затвором и на затворско особље. Затворима ће се управљати у етичком контексту којим се признаје

обавеза људског поступања са свим затвореницима, уз поштовање људских права сваког затвореника. У циљу остваривања овог начела, надлежни органи ће, приликом избора нових службеника, ставити нагласак на интегритет, човечност, професионални капацитет и могућност извршавања комплексних задатака из којих се њихова дужност састоји. Управа затвора је дужна да особљу обезбеди усавршавање знања и професионалних капацитета, кроз одговарајућу обуку.

У оквиру инспекције и вршења надзора (*Шести део Правила*) предвиђено је да ће услове боравка у затвору и начин поступања са затвореницима пратити независни органи, који ће своје закључке и препоруке учинити доступним јавности.

Седми део Правила односи се на лица која се налазе у притвору. Притвореници су, у смислу Правила, особе којима је одлуком суда одређен притвор пре судског поступка, пре доношења осуђујуће пресуде или пре изрицања казне. Правила детаљније прописују какав приступ према притвореницима треба да буде, смештај притвореника, радно ангажовање и контакт са спољним светом.

Циљ режима за затворенике (*Осми део Правила*) има за циљ да им се омогући да по изласку из затвора живе одговорно и без криминалног понашања, као и припрему за отпуст и саму процедуру отпуштања из затвора.

5. Заштита права осуђених лица кроз праксу Европског суда за људска права¹¹

Пракса подношења тужби и пружања заштите од стране Европског суда за људска права функционише од 1.11.1998. године. Право на подношење тужбе овом суду имају осуђена лица која претходно нису добила задовољавајућу судску заштиту у својој држави. Одлука суда обавезује државу потписницу и могуће је да она буде материјално обавезана.

Пракса Европског суда везује се најчешће за повреду следећих права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима: права на живот (чл. 2), на забрану мучења, нехуманог и понижавајућег поступања (чл. 3), права на приватност, посебно у погледу цензуре преписке и одржавања породичних односа (чл. 8) и права на правно средство (чл. 13).

а) Заштита права на живот притворених и осуђених лица

Одговорност државе постоји када је притвореник лишен живота због бруталног поступања државних органа (*случај Великова против Бугарске, 2000.*¹²)

¹¹ За више видети: Жил Дитертр: „Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права“, ЈП Службени гласник, Београд, 2006., стр. 55 – 74.

¹² Пресуда Европског суда за људска права, случај *Velikova v. Bulgaria*, представка бр. 41488/98, <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Velikova%20v%20Bulgaria.pdf>, приступ 30.09.2011.године

и када притворенику није пружена одговарајућа правовремена медицинска нега услед чега је дошло до смрти (*Ангелова против Бугарске, 2002.*¹³)

Држава је одговорна у случајевима када смрт притвореника наступи под непознатим околностима када не може да пружи убедљива објашњења и конкретне доказе да је све учињено како би се предупредила смрт притвореника који се налази под њеном бригом (*Танли против Турске, 2001*¹⁴.)

У случају *Пол и Одри Едвардс против Уједињеног Краљевства (2002.)*¹⁵ суд је државу прогласио одговорном због тога што је притвореника сместила у исту ћелију да душевно болесним, изразито агресивним, насилним лицем које је убило притвореника. Затворске власти су морале да знају за могућност напада и биле су дужне да га спрече.

У случају да је лице када је одведено у полицијски притвор било здраво, а установи се да је при отпуштању из притвора повређено или је умрло у притвору, дужност државе је да пружи веродостојно обавештење како су настале повреде односно како је поступано према лицу које је умрло у притвору. Држава је одговорна уколико не пружи уверљива објашњења (случај *Салман против Турске, 2000*)¹⁶.

б) Забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања

Случај *Ђермановић против Србије*¹⁷: Душан Ђермановић је у представи навео да је лечење које му је пружено током боравка у притвору било неадекватно као и да је дужина трајања притвора у преткривичном поступку била прекомерна. За време боравка у притвору, имао је озбиљне здравствене проблеме (хепатитис Ц), опште погоршање здравственог стања због дужине боравка у притвору и због штрајка глађу који је отпочео. Пошто је након пребацивања у затворску болницу одбио да буде подвргнут испитивањима, Суд је закључио да до повреде чл.3 Конвенције није дошло. Што се тиче повреде чл. 5 Конвенције који се односи на дужину трајања поступка, Суд је утврдио да је до повреде дошло, зато што је

13 Пресуда Европског суда за људска права, случај *Anguelova v Bulgaria*, представка бр.38361/97, пресуда од 13.06.2002, <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Anguelova%20v.%20Bulgaria.pdf>, приступ 30.09.2011.године

14 Пресуда Европског суда за људска права, случај *Ttanli v. Turkey*, представка бр. 26129/95, пресуда од 10.4.2001 [одељак III], http://www.rechtsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Resumes/95_026129.html, приступ 30.09.2011.године

15 Пресуда Европског суда за људска права, случај *Paul and Audrey Edwards v United Kingdom*, представка бр. 4647/99), http://www.lcor.com/1315/?form_1155.replyids=504, приступ 30.09.2011.године

16 Пресуда Европског суда за људска права, случај *Salman v. Turkey*, представка бр. 21986/93, пресуда од 27.06. 2000., <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/644>, приступ 30.09.2011.године

17 Пресуда Европског суда за људска права од 23.2.2010., http://www.cedem.me/fajlovi/editor_fajlovi/projekti/Odabrani_slucajevi_iz_prakse_ES_za_LJP.pdf, приступ 30.09.2011.године

национално законодавство терет доказивања пребацило на притвореника који је морао да доказује да постоје услови за пуштање на слободу (укупно трајање притвора у преткривичном поступку и након поништења донетих пресуда износио је две године и два месеца).

Случај *Иванчук против Пољске*¹⁸: Понижавајуће поступање припадника обезбеђења према притворенику без ранијег криминалног досијеа и доброг понашања, који је изразио жељу да гласа. Одобрење за гласање било је условљено његовим пристанком на лични претрес, при чему су га исмевали, вербално понижавали, тражили да се скине го, па када је то одбио, враћен је у ћелију и није му било дозвољено да гласа.

Случај *Пантеа против Румуније (2003.)*¹⁹: Осуђеник је смештен у ћелију са повратницима, која је названа “ћелија са опасним затвореницима”; они су га везали и тукли, а затворски чувар му није одмах притекао у помоћ. Касније му је наложено да се врати у исту ћелију, а лекарски преглед је показао постојање великог броја повреда

Случај *Бензан против Хрватске (2002.)*²⁰ завршио се поравнањем у коме се хрватска влада обавезала да реновира крило “Б” затвора у Лепоглави, исплати накнаду од 12.000 евра на име претрпљене штете и трошкова поступка. Подносилац представке се жалио на услове живота у затвору: ћелија димензија 3,5x1,6 м, без санитарних уређаја, са лошом изолацијом, slabим осветљењем на таваници, крвавим мадрацем; у затвору је била лоша храна; у ћелији је био још један осуђеник; није добијао медицинску помоћ, затворски службеници су лоше поступали и није могао да контактира са социјалним радницима.

У случају *Калашњиков против Русије (2002.)*²¹ подносилац представке жалио се на услове у притвору и затвору: у ћелију од 17 м² са 8 кревета била су смештена 24 притвореника; морали су да спавају на смену; ћелија је била претопла или прехладна; светло је стално горело; а особу која користи тоалет могли су сви да виде. Сто на који су стављали храну био је један метар удаљен

18 Пресуда Европског суда за људска права, случај IWANCZUK V. POLAND, пресуда од 15.11.2001., <http://www.cartercenter.org/des-search/des/Cases/Right%20to%20Security%20of%20the%20Person/Iwanczuk%20v.%20Poland.pdf>, приступ 30.09.2011.године

19 Пресуда Европског суда за људска права, случај Pantea v. Romania, представка бр. 33343/96, пресуда од 03.06.2003, http://www.pict-pcti.org/news_archive/03/03jun/ECHR_060303.htm, приступ 30.09.2011.године

20 Пресуда Европског суда за људска права, донета 8.11.2002., представка бр. 62912/00, <http://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/Praksa/F4F81EA8B0B84406C125736800345CE4?OpenDocument>, приступ 30.09.2011.године, http://www.cedem.me/fajlovi/editor_fajlovi/projekti/Odabrani_slucajevi_iz_prakse_ES_za_LJP.pdf, приступ 30.09.2011.године

21 Пресуда Европског суда за људска права, представка бр. 47095/99), пресуда од 15. јула 2002., http://www.bgcentar.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=734%3AAlanjnikov-protiv-rusije-&catid=83&Itemid=137, приступ 30.09.2011.године

од ВЦ шоље, у ћелији је било доста гамади. Суд је стао на становиште да су услови у затвору неприхватљиви и да постоји повреда чл. 3 Конвенције.

Европски суд за људска права се у пресуди у случају *Кудла против Пољске* (26.10.2000.)²² изјаснио да држава мора повести рачуна о томе да услови у којима борави затворено лице буду у сагласности са његовим људским достојанством. Такође, треба водити рачуна да га начин и методе мера које се предузимају не излажу болу или тегоби која по интензитету прелази неизбежни ниво патње коју подразумева лишавање слободе. У условима који су карактеристични за затвор, здравље и добробит осуђеника треба да буду адекватно заштићени тако што ће му се, између осталог, обезбедити неопходна медицинска помоћ.

У случају *Доугоз против Грчке*²³, предлагач који је осуђен због коришћења дроге, пуштен је из казнене установе и задржан је у притвору. Он се жалио на услове у притвору: прљава и претрпана ћелија, без санитариија и кревета, готово без топле воде, свежег ваздуха и дневног светла, такође без дворишта. Због пренатрпаности ћелије није могао да чита. Суд се изјаснио да услови у притвору (пренатрпаност, неадекватно грејање, лоши санитарни услови, недовољан број лежајева, неадекватна исхрана, немогућност за рекреацију и остваривање контакта са спољним светом) могу да доведу до нечовечног и понижавајућег поступања, што се у овом случају и догодило.

У случају *Муисел против Француске* (2001.)²⁴ подносилац представке је лечен од хроничне лимфатичне леукемије хемотерапијом и на путу до болнице и у току давања терапије везиван је ланцима и лисицама за кревет, због чега је самоиницијативно прекинуо лечење. Суд је закључио да постоји одговорност државе јер ограничења која су практикована приликом његовог транспорта нису била сразмерна опасности коју је он као осуђено лице представљао. Нечовечно поступање је постојало због пропуста државе да поштује достојанство болесника.

У случају *Хенаф против Француске* (2003.)²⁵ суд је установио да подносилац представке који је због операције превезен у болницу, није представљао посебну опасност и да нису биле неопходне мере везивања лисицама или у

22 Пресуда Европског суда за људска права, случај KUDLA v. POLAND, представка бр. 30210/96, пресуда од 26.10. 2000., http://www.law.syr.edu/media/documents/2009/3/Kudla_v_Poland.pdf, приступ 30.09.2011.године

23 Пресуда Европског суда за људска права, случај Dougoz v. Greece, представка бр. 40907/98, пресуда од 06.03.2001., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3deb8d884.html>, приступ 30.09.2011.године

24 Пресуда Европског суда за људска права, случај MOUISEL v. FRANCE, представка бр. 67263/01, пресуда од 14.11.2002., http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_2003_mouisel_vs_france.doc, приступ 30.09.2011.године

25 Пресуда Европског суда за људска права, случај HéNAF v. FRANCE, представка бр. 65436/01, пресуда од 27.11.2003., <http://eu.vlex.com/vid/case-of-henaf-v-france-26822303>, приступ 30.09.2011.године

болници везивања за болнички кревет, с обзиром на његове године и раније понашање током издржавања казне. Суд је закључио да су примењене мере биле неоправдане и да треба ставити ван закона праксу везивања затвореника за болнички кревет.

Повреда чл. 3 Конвенције постоји и у случају *Прајс против Уједињеног Краљевства (2001.)*²⁶. Осуђена, тешко хендикепирана особа (рођена без удова) и са тешким обољењем бубрега, због непоштовања суда била је осуђена на казну затвора од седам дана. Њена се болест погоршала у условима боравка у хладној ћелији, а због неадекватних услова, била је принуђена да физиолошке потребе обавља уз помоћ мушких чувара који су је стављали на WC шољу, што је она доживела као понижење, иако није било намере да се понизи. Суд је у овом случају закључио да постоји повреда чл. 3 Конвенције због пропуста надлежних власти (судске и затворске) да се испитају могућности извршења казне. Повреда наведеног члана постоји и због непостојања адекватних услова за смештај и негу физички хендикепиране особе у затворским условима.

Поставља се питање да ли би принудно храњење осуђених лица која штрајкују глађу могло да представља повреду чл. 3 Конвенције. Један став је да ако је принудно храњење предузето да би се спасио живот, нема повреда чл. 3 јер се поступа оправдано са циљем заштите приоритетног права на живот, док се други став заснива на дужности затворских власти која се своди само на обавези да осигурају храну и воду, али не више од тога. Принудно храњење осуђеника који штрајкују глађу не сме се предузети самоиницијативно, већ само на основу наредбе управника установе по претходно добијеном извештају лекара који налаже примену ове мере као неопходне за спасавање живота осуђеног лица.

в) Повреде приватности и других права

Право на поштовање приватности кореспонденције (пошта, телефонски разговори, позивани телефонски бројеви, телепринтерска комуникација) односи се углавном на контакте затвореника са адвокатима и прислушкивање. Примери судских одлука где је суд установио кршење тих права односе се на цензурисање поште коју су затвореници слали медијским личностима, цензуру писма које је адвокат послао клијенту, спречавање преписке, читање писама са поверљивим информацијама и сл.

Прва пресуда у којој је Србија оглашена одговорном због кршења људских права осуђених лица донета је због повреде претпоставке невиности у судском поступку (чл. 6 ст. 2 Европске конвенције, случај Матијашевић против Србије,

²⁶ Пресуда Европског суда за људска права, случај *Price v. UK*, пресуда од 10.07.2001., <http://www.minorityrights.org/2680/minority-rights-jurisprudence/price-v-uk.html>, приступ 30.09.2011. године

2006.)²⁷ иако се подносилац представке позивао на више основа (услови у затвору, понижења којима је био изложен, повреда тајности преписке и сл.).

Закључак

Институција за заштиту људских права су врло брзо оправдале своје постојање, а неке од њих су временом развиле одређени степен аутономије у односу на национално право, гарантујући остварење индивидуалних права на наднационалном нивоу.

Значај примене међународних стандарда за извршење кривичних санкција је велики и несумњив. Ови стандарди морају бити поштовани како од стране државних органа који прописују и извршавају кривичне санкције, тако и од стране осуђених лица, како би се остварили циљеви прописивања и изрицања кривичних санкција.

Ратификацијом међународних докумената који се примењују на заштиту људских права, па и права лица лишених слободe, осавремењено је и хуманизовано домаће право области извршења кривичних санкција. Овакав третман има за циљ да лица која су лишена слободe до изласка на слободу схвате штетне последице свог дела, да поправе своје понашање, да се прилагоде условима живота са другим људима као и да науче да поштују прописана правила како би се поново интегрисали у друштво и постали корисни чланови друштвене заједнице.

Литература

Жил Дитерт: „Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права“, ЈП Службени гласник, Београд, 2006., стр. 55 – 74.

Европска затворска правила, Савет Европе, Препорука бр. (2006) 2 Комитета Министара земљама чланицама у вези са затворским правилима, усвојена на седници одржаној 11. јануара 2006. године <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/EPR/EPRserbian.pdf>

Слободанка Константиновић Вилић., Миомира Костић.: „Пенологија“, Свен, Ниш, 2006., стр. 31- 46.

Комитет за људска права, Општи коментар 7, (Шеснаеста сесија , 1982.) Збирка Општих коментара и општих препорука у адаптацији Комисија за међународне конвенције о људским правима, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 pri. 7(1994). <http://www.goranmiletic.com/resources/MONITORING%20%20KOM-PLET%20SRPSKI.doc>

²⁷ Пресуда Европског суда за људска права, представка бр. 23037/04, приступ 30.09.2011. године <http://www.crnps.org.rs/xdoc/arhivavesti/bgcljp21092006.htm>

Комитет за људска права, Општи коментар 21, (Четрдесетчетврта сесија, 1992.) Збирка Општих коментара и општих препорука, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 prі 33(1994).

Наташа Мрвић-Петровић: „Криза затвора“, Војноиздарвачки завод, Београд, 2007., стр. 353-391.

Међународни стандарди за заштиту људских права осуђеника, <http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>

Снежана Соковић.: „Извршење кривичних санкција“, Правни факултет Крагујевац, Службени гласник Београд, 2008., стр. 18 – 28.

Vida Vilić, LL.B.

Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

***The Protection of Fundamental Human Rights of Prisoners and other Detainees
under the Documents adopted by the Council of Europe***

Summary

In this paper, the author deals with the most significant international standards and control mechanisms governing the observance of human rights of prisoners and other persons deprived of their liberty. The author analyses the contents of the most significant international documents adopted by the Council of Europe and within the jurisdiction of the European Court of Human Rights, pointing out to some of the most important judgments from the jurisprudence of the European Court of Human Rights in cases pertaining to the violation of human rights and liberties of prisoners and other detainees.

*Human rights are universal legal guarantees which protect individuals and groups against the government actions hindering or preventing the exercise of the fundamental human rights, freedoms and dignity. After the Second World War, it was necessary to establish relevant human rights protection mechanisms, primarily due to their extensive violation in labour relations and a lack of supranational supervision. The first guarantees were prescribed in the International Covenant on Human Rights. The most significant international documents that established and regulated the standards for the human treatment of prisoners were established by the United Nations and the Council of Europe. The European Prison Rules were adopted as a result of the activity of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. This document comprises a comprehensive body of rules governing the protection of imprisoned persons in the European countries but it is not a legislative document of a binding nature. Pursuant to these rules, any convicted person is entitled to lodge an application (complaint) with the European Court of Human Rights, provided that the applicant has not received satisfactory protection and has exhausted the legal remedies available in the person's own country. The practice of filing complaints and seeking judicial protection before the European Court of Human Rights has been available since 1st November 1998. The ECHR decisions are final and binding on the signatory states. The case *Matijašević vs. Serbia* (2006) was the first ECHR judgment where Serbia was found liable for the violation of human rights of convicted offenders.*

Key words: *human rights, prisoners, international documents, Council of Europe, ECHR case law*

ПОРОДИЦА КАО ФАКТОР МАЛОЛЕТНИЧКЕ ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ

***Апстракт:** У овом раду објашњен је утицај породичне структуре на малолетничку делинквенцију. У првом делу рада приказане су основне карактеристике деце, њихов процес социјализације, као и на појаве у друштву „проблематичне деце“. Затим, одређен је појам малолетничке делинквенције. Други део рада указује на функције породице у васпитању и социјализацији малолетника, приказује негативне последице које могу настати у породичном окружењу и њихов криминогени утицај на малолетнике. На крају, наведена су етиолошка објашњења породице, анализирајући утицај дефицијентне и деградиране породице на појаву малолетничке делинквенције.*

***Кључне речи:** малолетничка делинквенција, породица, дефицијентна, деградирана.*

1. Уводна излагања

Људи праве током свог живота различите грешке, али оне које направе у улози родитеља имају најдалекосежније последице. Добар однос родитеља и деце током одрастања деце, може знатно смањити вероватноћу да деца изаберу погрешан начин живота.

Дете се рађа као најнезаштићеније биће међу свим живим бићима. Оно је физички инфериорно у односу на своје окружење и лишено је било ког начина да само одабере своје могућности у процесу наслеђивања и стицања особина, као ни у погледу средине која ће га окруживати.¹

Типично дете не постоји, јер његово телесно, психолошко и социјално sazревање специфично је за различите друштвене и историјске околности. Раст и развој људске јединке је сталан и динамичан процес који се одвија од зачећа до зрелости.

¹ М. Костић, *Дете као жртва криминалитета*, Магистарска теза, Универзитет у Нишу – Правни факултет, Ниш, 1995. година, стр. 12.

Најчешће се у друштву јављају деца која су добра, социјализована, као и деца која прихватају правила друштвеног живота. У остваривању ових претпоставки важну улогу имају социјални фактори, међу којима, породица заузима најзначајније место.

Социјални развој и сазревање младих који се одвија у оквиру процеса социјализације није једносмерно и једноставно уклапање појединца у друштвену заједницу. Конфликти који могу настати нису само последица развојних тешкоћа и промена код појединца, већ и социјалних односа, утицаја и акција од којих зависи место појединца у друштву. Нарочито у току адолесценције, између детињства и одраслости, млади се налазе у амбивалентном положају. На једној страни, они су заштићени, повлашћени, издржавани и обезбеђени, а на другој, налазе се у запостављеном положају јер нису оспособљени за животне улоге, нису сазрели и равноправни са одраслим.²

Социјализација деце у породици подразумева двосмерни процес: утицај родитеља и других чланова породице на дете, али и утицај детета на родитеље. То значи да дете није објект који пасивно прима утицаје одређених агенаса социјализације, већ дете кроз интеракцију са другима активно утиче на исход сопствене социјализације.³

Међутим, у пракси поред доброг и социјализованог детета, може се јавити и „проблем дете“, „васпитно запуштено дете“, као и дете које не прихвата правила друштвеног живота.

Проблем дете је колективни назив који се користи за означавање понашања деце која одступају од очекиваних и уобичајних норми социјалне заједнице. То су: непослушност, бежање од куће и школе, крађе, малолетничка делинквенција и сл. Заједничко за сва ова понашања је да су усмерена против прокламованих обичајних и законских норми.

2. Одређења малолетничке делинквенције

О појму малолетничке делинквенције постоје различита и бројна схватања. Овај појам се различито одређује у криминолошкој, правној, социолошкој и другој литератури. Томе је, пре свега, допринела сложеност самог феномена и његово различито правно регулисање у појединим земљама.

Малолетничка делинквенција социолошко-криминолошки се издваја као посебна категорија у оквиру општег криминалитета, због специфичности везаних за: биолошке, психо-социјалне, криминално-политичке факторе, као и

2 С. Ивановић, *Социологија образовања*, Београд, 2008. година, стр. 274.

3 Н. Милошевић, *Утицај сарадње породице и школе на социјално понашање и школско постигнуће ученика*, Институт за педагошка истраживања, Београд, 2002. година, стр. 196.

због посебног места које малолетна лица имају у правном систему.⁴ У области кривичног права, гледано историјски, веома рано је одређен старосни узраст извршилаца кривичних дела, као критеријум њиховог правног третирања.

Не зна се тачно од када датира израз „делинквенција“, али се претпоставља да није старија од једног века. Сигурно је, међутим, да је његова првобитна употреба везана за малолетне извршиоце кривичних дела. Измењен, и у многоме другачији кривичноправни статус малолетника у односу на пунолетне извршиоце кривичних дела, наметнуо је, наиме, потребу да се та разлика појмовно и терминолошки изрази.

Сматра се да је прво такво разликовање, и уопште прво нормативно-правно одвајање малолетничке делинквенције од криминалитета пунолетних лица, остварено у посебном малолетничком закону државе *Илиноис* у САД, донетом 1899. године. У члану 1 закона малолетни делинквент је дефинисан као „свако дете испод 16 година које је прекршило било који закон државе или било коју градску или месну уредбу“. Овом одредбом је делинквентно понашање малолетника шире схваћено од криминалитета и обухвата свако кршење било ког закона и било које локалне уредбе.⁵

У литератури се под малолетничком делинквенцијом подразумева велики број разноврсних понашања малолетника – од неприлагођеног до криминалног. При томе, у употреби су различити називи за означавање ове појаве, као на пример, преступништво малолетника, васпитна запуштеност, друштвена неприлагођеност, асоцијалност, беспризорност, морална посрнулоост, хулиганства и сл.⁶

Оријентација на проширивање обима појма, односно појмовних облика малолетничке делинквенције и на понашања која нису криминалитет у случају пунолетних извршилаца, дошла је до изражаја и у осталим земљама и једнако је захватила законодавства и теоретичаре. То је посебно случај у англосаксонским земљама.

Хетерогеност у законском и теоријском одређивању малолетничке делинквенције послужила је као повод да се о појму малолетничке делинквенције расправља и на неколико конгреса Уједињених нација, као и на низу међународних скупова. Међутим, на тим скуповима су заузимани различити ставови и усвојене су различите препоруке. Као што постоје различити називи за означавање малолетничке делинквенције, постоје и различити приступи објашњењу ове појаве. Већи број аутора, сва схватања о појму малолетничке делинквенције дели на шира и ужа схватања.

4 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *Криминологија*, Ниш, 2009. година, стр. 222

5 Ж. Јашовић, *Криминологија малолетничке делинквенције*, Београд, 1983. година, стр. 49

6 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, loc.cit.

Према ширем схватању, малолетничку делинквенцију чине сви облици девијантног понашања, од предделинквентних понашања до оних инкриминисаних у законодавству. Поред кршења кривичних и других норми, делинквенција или преступништво малолетника обухвата и понашања супротна моралним нормама у једном друштву. Шире схватање има више варијанти, а разлике се јављају у модалитетима теоријске обраде. Тако, према једној варијанти овог схватања, није довољно дефинисати делинквенцију као „оно што је кажњиво према кривичном праву“, већ је потребно размотрити однос између легалних норми и моралног кодекса. Појам малолетничке делинквенције у ширем смислу обухвата „сваку активност малолетних лица или малолетних група која представља знатније кршење било које друштвене норме“.⁷ Малолетничка делинквенција у ширем смислу се чешће означава као преступништво младих, тј. друштвено неприхватљиво, односно противдруштвено понашање младих.

Уже схватање појма малолетничке делинквенције заступа већина теоретичара европских земаља. По овом схватању, појам малолетничке делинквенције обухвата сва она понашања малолетника која су, као и за пунолетна лица, инкриминисана у кривичним законима као кривична дела. Ово схватање издваја вршење кривичних дела, као друштвено најопаснији облик понашања малолетника.

Ширем и ужем приступу у дефинисању појма малолетничке делинквенције дају се одређене предности, али и упућују критике. Широј дефиницији се замера да је непрецизна, дифузна, да су приликом њене примене могуће одређене злоупотребе са практичним последицама, а њено постојање оправдава могућностима ширег превентивног деловања против свих облика непожељног понашања младих. Предност уже дефиниције је у прецизности и већој одређености у односу на ширу дефиницију, док је недостатак у претераној правној лимитираности и формализму.⁸ Због тога приликом изучавања малолетничке делинквенције треба прихватити ужу дефиницију појма малолетничке делинквенције, као одређеније и прецизније.

Према савременим схватањима, малолетничка делинквенција јесте свако понашање појединца или групе младих које је противдруштвено, односно друштвено неприхватљиво, тј. када се крше правне или моралне норме неког друштва и које када је видљиво изазива спонтано или организовано друштвено реаговање у намери да се заштите друштвена добра и вредности, а и сами актери таквог понашања.⁹

Малолетничка делинквенција представља све већи проблем у друштву, и то не само због пораста броја кривичних дела која малолетници врше, односно у

7 Ibidem

8 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op. cit.*, стр. 223

9 Ж. Јашовић, *Криминологија малолетничке делинквенције*, Београд, 1983. година, *op.cit.* стр. 61

чијем извршењу учествују, већ и због повећаног степена агресивности испољене при извршењу кривичних дела, као и због све учесталијег вршења тешких кривичних дела. Адекватно решавање проблема малолетничке делинквенције захтева изналажење одговарајућих превентивних мера, али и обезбеђење права малолетника који дођу у сукоб са законом.¹⁰

3. Етиолошка објашњења о утицају породице на малолетничку делинквенцију

Етиологија малолетничке делинквенције сагледава се у оквиру етиологије криминалитета – макро и микро узрочности криминалитета уопште. Међутим, с обзиром на то да се ради о делинквентима који се биолошки, психолошки и социјално разликују од пунолетних лица, потребно је указати на неке специфичности у деловању појединих криминогених фактора. Етиологију малолетничке делинквенције, као и етиологију криминалитета, могуће је објаснити повезаним деловањем фактора социјалне средине (егзогени фактор) и фактора везаних за личност (ендогени фактор).¹¹

У стручној литератури највећа се важност у процесу социјализације редовно придаје породици. Она се по правилу и најдетаљније приказује међу агенсима социјализације.¹² Породица представља најважнију друштвену снагу правилног васпитања и животног усмеравања детета. Свако друштво ствара себи неки идеал човека какав треба да буде у интелектуалном, физичком и моралном погледу и који ће се успешно уклопити у сва културно наслеђена правила понашања.¹³

Породица као основна друштвена ћелија представља заједницу људи различите старосне доби, базирана је на био-репродуктивним и социо-економским везама мужа и жене и њихове рођене или усвојене деце.¹⁴ Најчешће се породица сматра синонимом за сигурност, пажњу, љубав, топлину и разумевање. Топлина породичног живота и здрава атмосфера у њој, испуњена љубављу, резултираће правилним развојом и здравом личношћу са позитивним потенцијалима за самосталан живот појединца.

10 С. Пановић-Ђурић, *Стандарди Уједињених Нација везани за малолетничку делинквенцију*, Социјална мисао, 1995. година, бр. 5-6, стр. 64.

11 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op.cit.* стр. 222

12 Н. Рот, *Основи социјалне психологије*, Београд, 2008. година, стр. 122

13 М. Костић, Утицај мера неформалне друштвене контроле на неприлагођено понашање деце, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, XL-XLI, 2000/2001. година, стр. 153

14 Ј. Локшић, Разлике у интелектуалном, емоционалном и социјалном развоју адолесцената из потпуних и непотпуних породица, *Годишњак за психологију*, 2004. година, бр. 3. стр. 39.

Такође, породица као друштвена заједница има многоструке обавезе и функције када су у питању деца, њихов развој и формирање. Поред обезбеђивања материјалних и других објективних услова за живот малолетника, породица се јавља и као једна од примарних друштвених група у којој се одвија процес васпитавања и социјализације малолетника.¹⁵ Истовремено, породица је неминовна средина, коју појединац не може бирати, већ је рођењем затиче као такву.

Најзначајнији утицај породица врши према својим најмлађим члановима. Дете у породици гради свој морални лик, упознаје се са основним друштвеним вредностима и идеалима, стиче љубав и представу о самом себи и другима. Међу члановима породице постоји узајамна интеракција и зависност. Породица са својим функцијама има првенствено позитивну улогу у формирању личности младих чланова породице.¹⁶ Својим усклађеним и хармоничним животом породица још увек представља најделотворнији фактор усмеравања и позитивног структурирања младих личности. Насупрот томе, породице у којима долазе до изражаја различити елементи и облици структуралне разорености и функционалне дезорганизације, постаје центар девијантног притиска, који се манифестује и преко преступничког понашања младих чланова.¹⁷

Већина савремених криминолога са правом истиче да се објашњење делинквентног понашања младих не може ни замислити без сагледавања негативних утицаја којим су они изложени у својој породици. Међутим, дошло се до извесне једностраности и претеривања, настојање да се породица и њен криминогени утицај посматрају изоловано, изван деловања и других фактора који утичу на појаву малолетничке делинквенције.

Породица учи децу да контролишу неприхватљиво понашање, као и да поштују права других. Међутим, породица такође може и да научи децу да буду агресивна, асоцијална и насилна у понашању. Структура породице може да укаже на структуру делинквенције.¹⁸ Породични односи, обавезе, одговорности и привилегије, као и контрола над децом играју важну улогу у формирању карактера и понашања малолетника. Породица у кризи највероватније ће утицати на понашање малолетника. Било који озбиљан поремећај у једном или оба родитеља може произвести негативно разарајући утицај на малолетника.

Током прошлог века, значајне промене су се догодиле у породици. Модерна породична структура варира и укључује велики број породица са

15 Ж. Јашовић, Криминологија малолетничке делинквенције, Београд, 1983. година, *op.cit.* стр. 236

16 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op.cit.* стр. 369

17 Ж. Јашовић, *op.cit.* стр. 237

18 Anika Doggett, Juvenile Delinquency and Family Structure, <http://facstaff.elon.edu/ajones5/Anika's%20paper.htm>, приступ 12.12.2011. године.

једним родитељом. Различите породичне структуре могу директно утицати на стабилност породице и функционисање малолетника.¹⁹

У савременом друштву све више су присутне породице које су деградирани и дефицијентне у којима се породични односи не одвијају усклађено и хармонично.

Непотпуна (дефицијентна) породица може настати различитим узроцима и имати различите облике. Зависно од узрока настанка непотпуне породице, последице су такође различите. Разореност породице чији је узрок ван моћи породице, као што је смрт неког од родитеља, имају изражено слабије негативно дејство. Међутим, породица чија је структура промењена претежно субјективним слабостима родитеља, као што су развод, ванбрачност и други разлози раздвојености родитеља имају неупоредиво теже последице по децу и њихов развој. Самохрани родитељ најчешће може и даље у породичном окружењу припремити децу за породичне улоге, али је мање ефикасан у припремању деце за поштовање норми друштвене заједнице. Мајка се често сматра немоћном да обезбеди подршку и правилну социјализацију деце. Такође, одсуство оца, лишава мушку децу да имају узора у одраслом мушкарцу.²⁰ Окрњеност породичног састава може изазвати озбиљне недостатке у функционисању породице.²¹

С обзиром на различите резултате истраживања и различита теоријска схватања, чини се прихватљивом констатација да непотпуна породица, без сагледавања целокупне атмосфере и односа у породици није одлучујући фактор криминалитета. Свакако да недостатак једног родитеља доприноси појављивању емоционалне несигурности и нестабилности код деце, онемогућава позитивну идентификацију са родитељима, доводи до осећања одбачености и усамљености, што све може да представља криминогени фактор.²²

Породица са лошим породичним односима (деградирани, разорена породица) у криминолошкој литератури се истиче као значајнији фактор криминалитета од непотпуне породице. Како породица често „није пристаниште

19 Jimmy Williams, Randall T. Selek, *Juvenile Delinquency and Family Structure*, <http://graduate.ua.edu/mcnair/journals/2006/CrystalMurry.pdf>, приступ 14.12.2011. године

20 Joseph A. Wickliffe, *Why Juveniles Commit Crimes*, <http://www.yale.edu/ynhti/curriculum/units/2000/2/00.02.07.x.html>, приступ 16.12.2011. године.

21 У прилог схватању о угрожености непотпуне породице, са становишта основних функција које треба да врши, наводе се следећи разлози: 1) за формирање личности детета потребна су оба родитеља, будући да се тзв. „его-идеал“ изграђује на основу модела личности оба родитеља и њихових међусобних односа; 2) за складан емоционални развој детета и за успостављање емоционално стабилне породице, потребно је да се породица састоји из два пара веза које чине муж – жена/родитељи – деца. Међутим, окрњен породични састав не имплицира само потенцијалну дисфункционалност са становишта основне улоге породице, него често угрожава материјалне основе егзистенције. Љ. Мијановић, *Демографска слика Београда, Социјална мисао*, 1995. године, бр. 5-6, стр. 23.

22 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op.cit.* стр. 371

у коме се одмарају дух и тело, већ легло немира у коме цветају сукоби и емоционалне напетости“ асоцијално и антисоцијално понашање може да настане услед породичних криза.²³ Лоша породична атмосфера најчешће се исказује применом насиља у породици. Овакве појаве између родитеља не само да разбија хармоничан породични живот, већ деградирају и њихов ауторите према деци.

Односи између родитеља и деце значајно утичу на породичну атмосферу. Они зависе од строгости и попустљивости родитеља, постојање контроле и дисциплине, примена награда и казни у процесу васпитања, а највише од емоционалне повезаности родитеља и деце. Истраживања су показала да лоши међусобни односи родитеља и деце, равнодушност, одбацивање, претерана строгост, недостатак поверења, сарадње и привржености, недоследност у васпитању делује као криминогени фактор.²⁴

Од низа неповољних елемената породичне атмосфере, који могу својим деловањем допринети настајању делинквенције младих, најтеже последице, остварују *лоши међусобни односи родитеља*, лош и педагошки неоправдан однос родитеља према деци, као и њихов негативни однос према друштвеним вредностима и прописима који те вредности штите, што се изражава преко криминалитета и других социјално – патолошких облика понашања родитеља (негативни пример понашања родитеља).

Осим тога, утицај породичне атмосфере непосредно се одражава на емотивну страну младе личности, која је на том узрасту изоштрана и лако рањива.²⁵ Најмлађи чланови породице се идентификују и имитацијом опонашају старије, а истовремено родитељи са девијацијама у понашању губе ауторитет и контролу над децом. Значајан криминогени утицај на малолетне чланове породице остварује породица у којој су и сами родитељи делинквентни.

Комуникација такође има значајну улогу у породичном функционисању. Важност позитивне комуникације за оптимално функционисање породице има велике импликације на понашање малолетних делинквената. Истраживања су показала да је комуникација између чланова породице заиста у вези са делинквентним понашањем.

Лоши породични односи могу настати и услед материјално – статусних обележја породице. Повољни материјални услови олакшавају васпитно функционисање породице, док породице у којима су родитељи забринути тешким материјалним приликама, нису у стању да посвете довољно пажње васпитању деце. У неким случајевима сиромаштво и нарочита оскудица материјалних добара могу остварити пресудно – узрочни утицај на малолетничку делинквенцију. Али, сиромаштво и оскудица не постижу увек такав ефекат.

23 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op.cit.* стр. 372.

24 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op.cit.* стр. 373.

25 Ж. Јашовић, *op.cit.* стр. 244.

Стабилна и морално чврста породица, у којој је међусобни однос хармоничан, врло често одолева притиску сиромаштва, остајући достојанствена у њему. Материјално богатство породице није сигурна гаранција да у понашању њених чланова неће доћи до девијација.

Запосленост родитеља има економски значај за породицу и њено функционисање. Незапосленост оба родитеља се негативно одражава на стандард, нарочито градске породице и тиме изазива друге негативне последице, па се доводи и у везу са делинквенцијом малолетника. Али, и запосленост оба родитеља, у условима недовољне развијености одговарајућих друштвених институција, може имати неповољне последице по младе. Деца из таквих породица, често су у време док су родитељи на послу, препуштени сами себи или у најбољем случају, старијим рођацима, који сигурно нису адекватна замена за родитеље.²⁶

Криминогени утицај породице, колико год да извире из ње као социјалне групе, нису нити могу бити искључиво ствар породице. Неки од њих су резултат ширих услова у којима се породица и њени одрасли чланови налазе, па је она немоћна да их сама савлада.²⁷ Ако се зна да материјално обезбеђена, здрава и хармонична породица представља најбољу гаранцију успешног васпитања и друштвеног обликовања младих, спречавајући утицај девијантног понашања малолетника изван породице. Друштвена заједница требало би да предузме смишљене и квалитетне напоре у правцу оспособљавања породице за њену васпитну функцију.

4. Закључак

Из свега наведеног, може се закључити да, још увек, породица спада међу кључне друштвене институције задужене за правилну социјализацију деце. Она је по правилу најважнија у процесу правилног васпитања и животног усмеравања детета. Међутим, временом су се догодиле значајне промене у функционисању и структури саме породице. Модерна породична структура варира и укључује велики број породица са једним родитељем. Такође, у друштву све је више присутних породица које су деградирани у којима се породични односи не одвијају усклађено и хармонично. Све промене које су се догодиле у породици, негативно утичу на правилну социјализацију деце, па се са правом истиче, да се не може ни замислити објашњење делинквентног понашања младих без сагледавања утицаја којим су они изложени у својој породици. Несумњиво је да лоши породични односи могу да буду узрок агресивности, асоцијалности и насилности у понашању деце. На крају, криминогени утицај породице, колико

²⁶ Ж. Јашовић, *op.cit.* стр. 243.

²⁷ Ж. Јашовић, *op.cit.* стр. 246.

год да извире из ње као социјалне групе, није нити може бити искључива ствар породице. Велики број породица није у стању да савлада ни тешкоће које извиру из њене саме структуре и односа, те јој је и у том погледу неопходна друштвена помоћ, како би се што боље оспособила за правилну социјализацију и васпитање деце. На крају, друштво би морало да разради политику превенције малолетничке делинквенције, чији би циљ био спречавање примарне делинквенције, као и спречавање рецидивизма код малолетника.

ЛИТЕРАТУРА

Ж. Јашовић, *Криминологија малолетничке делинквенције*, Научна књига, Београд, 1983. година

Ј. Јокшић, *Разлике у интелектуалном, емоционалном и социјалном развоју адолесцената из потпуних и непотпуних породица*, Годишњак за психологију, 2004. година, бр. 3. стр. 39-50.

Љ. Мијановић, *Демографска слика Београда*, Социјална мисао, 1995. година, бр. 5-6, стр. 7-26.

М. Костић, *Дете као жртва криминалитета*, Магистарска теза, Универзитет у Нишу – Правни факултет, Ниш, 1995. године

М. Костић, *Утицај мера неформалне друштвене контроле на неприлагођено понашање деце*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2000/2001. година, XL-XLI, стр. 153-169.

Н. Рот, *Основи социјалне психологије*, Завод за уџбенике, Београд, 2008. година

Н. Милошевић, *Утицај сарадње породице и школе на социјално понашање и школско постигнуће ученика*, Институт за педагошка истраживања, Београд, 34 (2002), стр. 193-212.

С. Константиновић-Илић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *Криминологија*, Пеликан принт, Ниш, 2009. година

С. Ивановић, *Социологија образовања*, Београд, 2008. година

С. Пановић-Ђурић, *Стандарди Уједињених нација везани за малолетничку делинквенцију*, Социјална мисао, 1995. година, бр. 5-6, стр. 64-73.

Интернет извори

Anika Doggett, Elon University, *Juvenile Delinquency and Family Structure* <http://facstaff.elon.edu/ajones5/Anika's%20paper.htm> приступио 12.1.2011. год.

Joseph A. Wickliffe, *Why Juveniles Commit Crimes* <http://www.yale.edu/ynhti/curriculum/units/2000/2/00.02.07.x.html> приступио 26.12.2010. год.

Jimmy Williams, Randall T. Salekin, *Juvenile Delinquency and Family Structure* <http://graduate.ua.edu/mcnair/journals/2006/CrystalMurry.pdf> 21.11.2010. год.

Selvedin Avdić, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

FAMILY AS A FACTOR OF JUVENILE DELINQUENCY

Summary

In this paper, the author discusses the influence of the family unit on juvenile delinquency. In the first part of this article, the author points to the basic characteristics of children, their socialization process and the social phenomenon of “problem children”. Then, the author defines and elaborates on the concept of juvenile delinquency. In the second part of this article, the author focuses on the function of the family unit in the education and socialization of minors, pointing out to the negative effects that may arise from the family environment and have a substantial impact on juveniles and their delinquent behaviour. In the final part of this article, the author provides etiological explanations on the family unit and analyzes the impact of the deficient and degraded family on juvenile delinquency.

Key words: *juvenile delinquency, family, deficient and degraded family*

ЗАТВОРЕНИЧКИ ДРУШТВЕНИ СИСТЕМ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАЈЕДНИЦУ МАЛОЛЕТНИХ ОСУЂЕНИКА

***Апстракт:** Овај рад има за циљ да потпуније прикаже функционисање затвореничког друштвеног система, као битног чиниоца у процесу ресоцијализације и остваривања циљева третмана који се примењује према лицима лишених слободе. У средишту затвореничког друштвеног система је заједница осуђеника, па ће највећа пажња бити посвећена управо проучавању овог феномена. Најпре се појмовно дефинише осуђеничка заједница са њеним основним карактеристикама. У раду је посебна пажња посвећена карактеристикама заједнице малолетних осуђеника имајући у виду све специфичности које адолесценција, као развојно доба носи са собом. У завршном делу рада аутор износи нека своја размишљања о функционисању и значају заједнице осуђеника за функционисање пенитенцијарних установа.*

***Кључне речи:** осуђеници, затворенички друштвени систем, малолетни осуђеници.*

1. О ЗАТВОРЕНИЧКОМ ДРУШТВЕНОМ СИСТЕМУ

1.1. Појам и основне карактеристике затвореничког друштвеног система

Затворенички друштвени систем је врло специфичан и захтева дубље проучавање из више разлога. Пре свега, за разлику од других облика удруживања људи на слободи, он настаје принудно јер представља скуп људи на издржавању казне затвора. На формирање неформалних осуђеничких група, утиче врло често поред територијалног принципа, дужина казне која треба да се изврши, као и врста почињеног кривичног дела. Осим тога, он настаје као реакција на бројне депривације којима су осуђеници изложени током издржавања казне.

Нажалост, ретрибутивни концепт издржавања казне затвора, који је још увек преовлађујући у савременим пенитенцијарним условима, доводи до тога да се код многих осуђеника током издржавања казне испоље најдеструктивније људске особине, што се посредно одражава и на цео затворенички друштвени систем што може у великој мери да отежа процес рехабилитације и ресоцијализације осуђеника. Због свега реченог, осуђеничком друштвеном систему и његовом функционисању треба посветити пажњу. Без обира на то, интензивније проучавање затворског друштвеног система започиње 1958. године појавом студије Сајкса „Затвореничко друштво“ (G.Sykes „The Society of Captives“). Међутим, научни радови из ове области нису бројни ни у свету ни код нас с обзиром на значај осуђеничке заједнице, како за односе између самих осуђеника међусобно и представника формалног система у затворима, тако и за успешност пенитенцијарног третмана у целини.

Када се говори о затвореничком друштвеном систему, обично се мисли на затворску заједницу. Она се дефинише као специфичан, вештачки и принудно установљен заједнички живот и систем односа утицаја и међусобног повезивања осуђеника, који се налазе у затворској установи на издржавању казне затвора са одређеним трајањем. Постоји и дефиниција „затвореничког друштвеног система“, под којим се подразумевају „свеукупни односи између осуђеника у казнено поправним установама које карактерише постојање посебних циљева, вредности и норми понашања супростављених заједничким циљевима затвора, као организације нормама особља и друштва уопште, те постојање мање или више изражене социјалне организације базиране на разликовању неформалних улога и групних статуса“.¹

Важно је истаћи да је овакав облик заједнице створен као начин реаговања државе и друштва на криминалитет, састављен од особа истог пола, различитих, жеља, навика, менталитета, не постоји на добровољној основи и не јавља се на слободи. Осуђена лица су смештена у установу присилним путем, а њихова заједница се одржава принудом коју спроводи формални затворски систем (режим и особље установе), али и нормама и мерама саме осуђеничке заједнице.

Из ове карактеристике заједнице осуђеника произилази и следећа да је формални систем тај који одређује опште и посебне услове живота осуђеника, правила понашања, облачења и свих других активности. Осуђеници, су дакле, спутани у својим свакодневним активностима и немају никакву могућност избора. Управо због ограничења формалног система осуђеничка заједница ствара свој посебан друштвени систем, норме понашања и што је можда најважније са аспекта могућности ресоцијализације, свој вредносни систем који је у многоме различит од конвенционалног вредносног система и норми понашања које намеће формални систем у затворима.

¹ Добривоје Радовановић, *Човек и затвор*, студија интегрисаности у затворенички друштвени систем, Прометеј, Београд, 1992, стр.114.

Приликом објашњавања настанка и садржаја осуђеничког друштвеног система, постоје два главна теоријска приступа. Први приступ представља „хипотезу о учењу“ Матхајзена (Matheisen) или “негативна селекција“ Вилера и Мориса (Wheeler, Moris) који полази од тога да је затвор врло погодна средина за учење делинквентног понашања, кроз дружење, када се прихватају криминални обрасци понашања и одбацују некриминални. На тај начин затвор постаје својеврсна „школа за криминалце“ у којој се једноставно одбацују некриминалне вредности оличене у формалном затворском систему.

Други приступ се назива „функционална хипотеза“ (Matheisen) јер полази од претпоставке о функцији затворске културе (G.Sykes). Затвор представља институцију која изазива низ тешкоћа и фрустрација код осуђеника и они природно формирају своју заједницу да би те тешкоће ублажили. Природа затворске културе је да реши проблеме које ствара затворска ситуација². Овај приступ је у теорији прихватљивији од првог.

Систем односа, ставова норми и вредности који стварају осуђена лица у осуђеничкој заједници мотивисан настојањем да се супростави формалном систему назива се „неформални систем“. Он је од великог значаја за функционисање затвора у целини. Издвајају се битна обележја затворског неформалног система: 1) солидарност са осуђеницима; 2) отпор особљу; 3) отпор третману; 4) одбацивање друштва; 5) забрана или прихватање експлоатације међу осуђеницима; 6) забрана или прихватање насиља у односу са осуђеницима; 7) оријентација на затворске материјалне вредности; 8) забрана одавања информација особљу; 9) очување реда и мира; 10) очување личности.³

Састав осуђеничке заједнице је хетероген. Њени чланови се разликују по врсти извршеног дела и дужини казне, али и по карактеристикама личности, социјалним и културним обележјима. Осуђеничку заједницу такође карактерише динамичност и флукуација: једни излазе, а други улазе у њу. Осим тога она је веома нестабилна и несигурна, јер се њен састав стално мења. Као и у свакој другој заједници, и овде се односи формирају на бази хијерархијске надређености и подређености, формирају се социјалне улоге и изграђује се извештан број релативно стабилних шаблона понашања који су обавезни за све чланове друштва. Формирају се осуђеничке групе које својим притиском делују на понашање осуђеника. У осуђеничкој заједници паралелно делују формални систем својом строгом дисциплином и хијерархијском структуром и неформални систем својом нетолерантношћу и ауторитетом који је изграђен на сасвим другачији начин.

Стабилност осуђеничке заједнице је нарушена бројним међуљудским конфликтима. Осуђенци настоје да се изборе за свој статус у заједници без

2 Јелена Шпадијер-Џинић, *Затвореничко друштво*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1973. стр.62,63.

3 Добривоје Радовановић, *op.cit.*, стр. 482.

обзира на сва наметнута ограничења. Лишени статуса слободног човека, они се труде да прибаве бар неке од симбола тог статуса, да задрже стечене позиције и дођу до нових. У таквој ситуацији неминовно долази до конфликта међу самим осуђеницима.

Као једна од карактеристика осуђеничке заједнице често се наводи „екстремни ауторитаризам“⁴. Борећи се за позиције и престиж осуђеници често долазе у такве конфликте који неретко добијају и екстремне облике испољавања. На тој основи долази до стварања и јачања једног посебног ауторитета неформалног система који је често јачи од оног који намеће формални систем. Кажњавање од стране представника формалног система понекад доприноси стицању угледа и побољшању статуса међу осуђеницима. То је и разумљиво јер осуђенике много јаче повезује статус него везе са службеницима установе.

Када се говори о конфликтима у осуђеничкој заједници, треба посебну пажњу обратити на конфликте између осуђеника и представника формалног система. Обично су то чешћи сукоби у установама затвореног типа с максималним степеном обезбеђења, строгог режима и нетолерантног надзорног и стражарског особља, а нарочито при случајевима тешког друготрајног рада и нехуманог односа затворских службеника, самовлашћа и игнорисања социјалних услова живота.⁵

Осуђеничка заједница представља један вештачки створен друштвени миље у коме делују бројни фактори који отежавају, а често и онемогућавају бољу организацију активности и спровођење процеса преваспитавања. Упркос томе, она може бити врло важан фактор у процесу ресоцијализације, ако терапеутско особље успе да осуђеничке групе активира у позитивном смеру. Предуслов за то је добро познавање настанка, структуре и функционисања заједнице осуђеника.

1.2. Начини прилагођавања осуђеника на затворску средину и њихова интегрисаност у затворски систем

Током издржавања казне затвора осуђеници су изложени многобројним притисцима због којих долази до појаве фрустрација и депривација. Интегрисаност осуђеника у осуђеничку заједницу зависи пре свега од врсте извршеног кривичног дела, дужине изречене казне, времена проведеног у затвору, особина личности осуђеника, њиховог узраста, степена социјализације и др. У теорији се говори о различитим облицима адаптације осуђених лица. На основу Мертонове класификације постоје две типологије начина адаптације осуђеника.⁶

4 Слично схватање заступа и познати професор Милан Милутиновић. Видети: Милан Милутиновић, *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1981, стр.199

5 Миленко Радоман, *Пенологија и систем извршења кривичних санкција*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2003, стр. 243

6 Јелена Шпадијер-Џинић, *op.cit.* стр.97-103

Према једној од типологија (Sykes) постоји четири начина прилагођавања:

- физичко бекство представља прву врсту адаптације на боравак у затвору. Код неких осуђеника идеја бекства је присутна од момента доласка у затвор без обзира на степен обезбеђења институције у којој се налазе. Они стално разрађују планове за бекство што временом ствара посебне психолошке механизме одбране и прилагођавања на све фрустрације које неминовно боравак у затвору доноси са собом;
- психолошко повлачење – пошто не могу да задовоље своје потребе осуђеници се повлаче у себе или беже у фантазију, одбацујући притом своје циљеве и потребе;
- побуне представљају покушај да се „преузме власт“ у затвору и тако побегне од фрустрација. Значај побуна је у томе што могу да привуку пажњу јавности и тако доведу до побољшања услова живота у затворима. Пример за то су и побуне у српским затворима које су се десиле 2000. године. Зоран Стевановић у чланку „Узроци немира“ описујући узроке побуна у српским затворима сликовито наводи „кад се затворски механизми формалног (државног) система уруше настаје анархија, а затворска администрација губи основне полуге помоћу којих контролише осуђенике и успоставља ред. У таквим околностима неформални систем односа толико ојача да формалне структуре постају немоћне у контроли опште безбедности.“⁷
- иновацијама се настоји да се мирним путем промене услови живота. У ову групу прилагођавања спадају писма, молбе, жалбе које осуђеници упућују управи.

Морис прихвата Мертонову поделу и трима већ постојећим облицима адаптације (иновација, побуна, повлачење) додаје нова три облика: конформизам, ритуализам и манипулацију:

- конформизам- осуђеник прихвата одговорност за учињено кривично дело и пенолошки третман, верујући да је све што чине представници формалног система за његово добро. Овај тип прилагођавања је редак у пракси;
- ритуализам-осуђеници који користе овај начин прилагођавања у суштини одбацују општеприхваћене друштвене вредности, али се формално придржавају институционалних норми. Постоје два облика ритуализма: „ритуалитам идентификације“ (осуђеници се идентификују са затворским особљем покушавајући да преузму њихову функцију) и „ритуализам зависности“ (осуђеници су се толико привикли на живот у затвору да једино могу у њему да функционишу);

⁷ Зоран Стевановић, *Узроци немира, Политика*, од 04.12.2006. <http://www.politika.rs/rubrike/ostali-komentari/t13694.sr.html> , приступ 28.06.2011.

- манипулација- представља такав облик прилагођавања код кога осуђеник тежи да своје циљеве оствари без сукоба са затворском управом. Овакви осуђеници користе свој утицај и „углед“ у затвору да би остварили своје замисли и циљеве. Они добро познају права која су им законом загарантована, спремни су да се за њих боре свим допуштеним средствима. Без обзира који начин прилагођавања изабере, сваки осуђеник мора да прихвати живот у затвору онакав какав јесте. Главни механизам за то јесте управо осуђеничка заједница са свим својим специфичностима у односу на формални систем.

1.3. Структура затвореничког друштвеног система, затворска субкултура и осуђенички неформални систем

Затворска осуђеничка заједница није хомогена целина. Она представља сложен и специфичан систем међусобних односа и груписања осуђеника. Основни елементи осуђеничке друштвене заједнице су: систем друштвених улога осуђеника, вредносни систем и правила понашања која чине осуђеничку субкултуру, као и неформалне друштвене групе који се међу њима стварају.

1.4. Системи осуђеничких улога, њихова подела и функција

Доласком у установу за извршење кривичних санкција, осуђеници нису изгубили само слободу, већ и друштвене улоге које су до тада имали. Осуђенички друштвени систем, као и сваки други почива на контроли активности својих чланова. Приликом расподеле улога у осуђеничкој заједници важе неписана правила:

- преузимање улоге у обављању појединих нелегалних активности (уношење пића, цигарета, наркотика) је могуће једино ако се сви чланови заједнице сложе да одређене особе обављају те активности. Тиме се спречава одавање поверљивих информација представницима формалног система;
- вршење одређене улоге значи испуњавање одређених очекивања чланова осуђеничке заједнице;
- процес одређивања улоге пролази кроз неколико фаза (постизање сагласности међу члановима заједнице да једна особа обавља одређене активности, проверавање њене лојалности самој осуђеничкој заједници или управи установе, проверавање колико та особа уствари познаје функционисање заједнице итд).

Процес расподеле улога обично траје шест месеци од доласка у затвор, али распоред улога се временом мења брзином која не угрожава стабилност осуђеничке заједнице.

Описивање и дефинисање типичних друштвених улога осуђеника били су предмет интересовања теоретичара у Пенологији. Полазећи од анализе друштвених типова Стронг, Сајкс, Шраг, Ђаломбардо (Stronga, Sykes, Schrag, Giallombardo), описали су диференцијацију улога коју су извршили сами осуђеници својим „осуђеничким језиком.“⁸ Постоји општа подела осуђеничких улога на оне које се стичу поштовањем неписаних правила неформалног система и на оне које се стичу кршењем правила формалног система. Даље се врши диференцирање према различитим облицима понашања којима осуђеници дају посебне називе: „цинкарош“ (онај који потказује друге), „херој“, „кукавица“, „силеција“, трговац“ (осуђеник који манипулише другима), „човек управе“ (осуђеник који се идентификовао са особљем управе), „слабић“, „горила“, „прави човек“ (осуђеник који има коректан однос са осталим осуђеницима и представницима формалног система, па због тога ужива поверење и једних и других).

Шраг све осуђенике дели на: просоцијалне (они који поштују правила формалног система, обично је реч о извршиоцима лакших кривичних дела и ситуационим делинквентима), антисоцијалне (одликује их стално кршење затворских правила, а готово увек је реч о извршиоцима тежих кривичних дела) и псеудосоцијалне (њих је и најтеже препознати јер су врло адаптивни и само формално прихватају захтеве пенолошког третмана). Шој (Scheu) извршио поделу осуђеника према односима моћи, па тако разликује „слуге“ и „вође“

Занимљиво је да „затворску елиту“ чине носиоци улога „трговца“, „политичара“ и „правог човека“. Да би се стекла нека од ових улога поред несумњиве сагласности о томе у затворској заједници, неопходна је и подршка појединих структура формалног система.⁹

Посебно је значајна подела осуђеника на „колективце“ (оне које припадају некој од неформалних осуђеничких група) и „маргиналце или аутсајдере“ (осуђеници који не припадају ниједној од неформалних група).¹⁰

У затворима за жене такође постоји слична подела улога, али се неке улоге разликују у односу на затворе за мушкарце. Према начину међусобног комуницирања, издвајају се улоге: „цинкарош“, „веза“, „другар“, „земљакиња“, „затвореница која ради за управу“, „затворска хомосексуалка“ итд.

Када је реч о настанку друштвеног система у затворима за жене, запажа се да неформалне групе осуђеница настају из сасвим другачијих разлога у односе

8 Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић, *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006, стр.226.

9 Подела осуђеничких улога и правила за њихово преузимање наведени према Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић, *op.cit.*, стр.226-227.

10 О овоме видети детаљније у Жељко Крстић, „Затворско дупло дно“, Социолошки преглед, vol.XXXVII 2003, no.3-4, str.227-355, <http://scindeks.nb.rs/article.aspx?artid=0085-63200304337K&redirect=ft>, приступ 28.06.2011.

на неформалне групе осуђеника. Наиме, међу затвореницама постоје сложени псеудо-рођачки односи, јер неформална организација у женском затвору не настаје само као одговор на депривације затворског живота, већ преузима карактеристике спољашњег света које нису присутне у мушком затвору. У женском затворском свету нема борбе за моћ и главни мотив је имитација породичних, рођачких односа ради узајамне помоћи, подршке, а не борба за сексуалне партнере и доминацију, остваривање утицаја код управе ради стицања привилегија, остваривање материјалних добара и слично, што карактерише неформалне заједнице мушких затвора.¹¹

Постојање јасне поделе улога у осуђеничкој заједници омогућава њено несметано функционисање, а с друге стране подробније проучавање овог процеса доприноси бољем разумевању односа између самих осуђеника што је важан предуслов за успешност психолошког третмана и остварење принципа ресоцијализације.

1.5. Вредносни систем, норме понашања и „кодекс“ осуђеника

Истраживања су показала да осуђеници заснивају свој вредносно-нормативни систем неписаних правила понашања на специфичној „култури“ која је карактеристична за затворску средину. На понашање осуђеника у многоме утичу управо вредносни системи из осуђеничке заједнице. Најзначајније вредности осуђеничке заједнице јесу групна кохезија и узајамна солидарност. Овако конципиране вредности и норме имају за циљ олакшавање затворских депривација и фрустрација и спречавање настајања затворских психоза. Код свих осуђеника се ствара тежња ка постизању што већег степена лојалности заједници, међусобне солидарности, одсуства насиља и експлоатације над осуђеницима. Основни је циљ сачувати стабилност затвореничког друштва. Једино се на тај начин осуђеничка заједница и сви њени чланови могу заштитити од деловања формалног система. Солидарност осуђеника има поред ове објективне и субјективну компоненту која се огледа у помагању у невољи, у случају болести, старости или дисциплинског кажњавања чланова заједнице. Она се мери спремношћу да се помогне другим осуђеницима у свим инцидентним ситуацијама које могу настати у контактима са органима управе.

Друга значајна вредност осуђеничке заједнице је константан отпор затворском особљу и одбијање да се спроводи одговарајући психолошки третман. На тај начин сама осуђена лица изражавају свој негативан став према вредностима остатка друштва отежавајући притом сопствену ресоцијализацију.

11 Зорица Миршић, *Жене у затвору*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 1995, http://www.zenskestudie.edu.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=147&Itemid=41 приступ 28.06.2011.

Са овом нормом у уској вези је и отпор третману и одбацивање друштва који се јављају код већине осуђеника.

Још једна значајна вредност јесте настојање да се очува аутономија личности. Наиме, доласком у затвор, осуђеници губе не само слободу кретања, већ и читав низ друштвених улога које су раније имали. То често доводи до осећања безвредности, мањка самопоуздања и самопоштовања. Управо кроз осуђенички друштвени систем исти могу да поврате неки свој ранији утицај у заједници. Међу осуђеницима је врло распрострањено уверење да ако не могу да промене услове живота у затвору, могу да каналишу и контролишу своје поступке и тако допринесу очувању неког степена интегрисаности.

Ма колико то парадоксално звучало, једна од вредности осуђеничке заједнице је очување мира и стабилности у затвору. У први мах се чини да је реч о једној друштвено прихватљивој вредности, али у стварности није тако. Очување мира овде има сасвим другачији циљ, а то је да се тако спрече могући конфликти са формалним системом што би угрозило и функционисање саме заједнице.

Поред ових колективних вредности у осуђеничкој заједници се могу јавити и одређене индивидуалне вредности које у у супротности са групном. Најчешће је реч о тежњи појединих осуђеника да контролишу и експлоатишу друге. Лична моћ је условљена поседовањем одређених материјалних добара који су снажан извор задовољства свих осуђеника (дрога, мобилни телефони, новац итд.).

На основу вредносних сватања стварају се одређена правила понашања која чине „кодекс“ понашања осуђеника који има снагу обичајних правила међу самим осуђеницима. Правила кодекса су врло кратка и јасна и њима се регулишу односи самих осуђеника и однос осуђеника према формалном систему. Сајкс и Месинџер (Sykes, Mesinger) су на основу бројних истраживања констатовали да постоји пет главних принципа затворског кодекса:¹²

- група норми која регулишу међусобни однос осуђеника и однос према управи. Забрањује се одавање информација представницима формалног система и експлоатација осуђеника међусобно. У затвореничком сленгу ова правила су исказана у форми кратких захтева попут „не издај затвореника“, „не лај“, „не ради ништа човеку иза леђа“;
- норме које контролишу афекте теже да сведу међусобне сукобе осуђеника на најмању могућу меру („не губи главу“, „гледај своја посла“);
- осуђеници не треба да експлоатишу једни друге („не буди изнуђивач“, „не кради“, „не експлоатиши“);
- норме које утичу на очување достојанства и морала осуђеника („не буди слабић“, „не кукај“, „буди човек“);

¹² Наведено према Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић, *op.cit.*, стр.227-228.

- нормe које забрањују признавање угледа затворском особљу.

Иако ове нормe нису нигде записанe, осуђеници морају да их поштују. *Opinio iuris* је заштита вредности осуђеничке заједнице. За кршење наведених норми, предвиђене су казне које извршавају сами чланови осуђеничке заједнице и крећу се од подсмеха и бојкота, па све до употребе физичке силе, све у зависности од тога које је норма прекршена. Овај „кодекс“ важи и за осуђенике који нису учествовали у његовом доношењу у чему се још једном види обичајни карактер наведених правила.

Дакле, у затворима функционишу паралелно два кодекса норми: један је писан, конвенционалан, долази од формалног система и усмерен је ка остварењу принципа рехабилитације и ресоцијализације, а други је неписан, долази од неформалног осуђеничког система и усмерен је ка отпору према формалном систему. Због тога се он и сматра девијантним. Међутим, добро познавање неформалног кодекса понашања осуђеника може и допринети процесу ресоцијализације осуђеника ако се из њега преузму позитивни елементи којих свакако има.

2. КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ МАЛОЛЕТНИХ ОСУЂЕНИКА

Све што је већ речено о карактеристикама затвореничког друштвеног система важи, у мањој или већој мери, и за неформални друштвени систем малолетних осуђеника. Ипак, неформалне групе малолетних осуђеника имају и неке своје специфичности које су резултат низа специфичности које малолетништво носи са собом. Овде ће бити анализиране само неке од најважнијих.

Најважнији узрок настанка малолетничке осуђеничке заједнице, по мишљењу аутора, јесте изражено дејство затворских депривација. Наиме, малолетништво карактерише изражен мотив за припадањем групи. С друге стране, потреба за слободом је иманентна сваком људском бићу, а посебно је значајна за период одрастања и формирања личности. Како боравак у пенитенцијарној установи, која има све карактеристике тоталне установе, нужно подразумева и лишење слободе, многи малолетни осуђеници управо преко припадности одређеним неформалним групама теже да поврате изгубљени углед и самопоштовање што све у крајњој линији представља својеврсну компензацију за слободу која им је пресудом одузета на одређено време. На основу свега реченог се може закључити да малолетничка осуђеничка заједница и настаје као одговор на дејство затворских депривација које због својих развојних био-психо-социјалних специфичности, малолетни осуђеници најчешће не могу превазићи на неки други начин.

О постојању, начину формирања и деловању формалног система у оквиру малолетничке осуђеничке заједнице најбоље говоре људи који се професионално сусрећу са малолетним делинквентима. Интересантно је мишљење управни-

ка КПЗ за малолетнике који је у једном интервјуу рекао: „У КПЗ „Ваљево” постоји такозвани неформални систем, а у њему неформалне групе. Групе, објашњава управник, чине осуђеници из истог града. Тако је рецимо у заводу препознатљива „београдска”, „краљевачка”, „нишка” група...

У систему заједничког затвора какав је овај овде, функционише мали број група које су изузетно бројне. Није највећи проблем сукоб две групе, него међусобни сукоб унутар групе. У свакој од ових група имате вође, потенцијалне вође, њихове следбенике, а последњи ниво представљају такозване водоноше. Статус у групи је изузетно важан, јер се на основу њега деле улоге.¹³ У тексту се даље наводи да су осуђеници којима су додељене погодности у складу са Законом о извршењу кривичних санкција, често жртве малтретирања од стране осталих осуђеника. Добијање погодности се често од стране формалног система у неформалним осуђеничким групама тумачи као резултат сарадње са управом што је противно „осуђеничком кодексу” о коме је већ било речи.

На основу свега изнетог се може закључити да, иако заједница малолетних осуђеника настаје на сличним основама као и заједница пунолетних осуђених лица, она носи и низ специфичности које се, према мишљењу аутора, пре свега односе на врсту реакције на затворске депривације, што зависи од личности самих осуђеника, али и од низа других околности везаних за третман ове категорије осуђених лица и односа представника формалног система и самих осуђеника. Да се баш у тој интеракцији у пракси могу јавити извесне недоследности и мањкавости морају бити свесни, како представници формалног система у установама за извршење кривичних санкција, тако и друштво у целини и активно радити на њиховом отклањању.

3. ЗАКЉУЧАК

Затворенички друштвени систем са својим специфичним карактеристикама представља, основни друштвени миље у коме живе и раде лица лишена слободе. Његова главна функција је управо у томе да осуђеницима поврати самопоуздање, осећај припадности друштвеној групи, осећај самопоштовања и задовољи све потребе јер осуђена лица су лишена слободе, али не и осталих људских потреба, жеља и особина. Он тежи да оствари своје циљеве упркос бројним ограничењима које сам по себи намеће затвор са својим формалним системом.

Затвори су слика једног друштва. Сви проблеми који постоје у друштву, пресликавају се и у пенитенцијарне установе: од наркоманије, незапослености, сиромаштва, корупције, и свеопште несигурности, па све до физичких обрачуна и убистава. Формални систем често остаје немоћан да одржи ред и мир у

¹³ О заједници малолетних осуђеника видети више на адреси: <http://www.politika.rs/rubrike/tema-dana/Kajanje-mereno-vremenom.lt.html>, приступ 07.07.2011.

установи иако га на то обавезује Закон о извршењу кривичних санкција и читав низ других подзаконских аката.¹⁴

Неформалне групе у оквиру осуђеничког друштвеног система могу су често бити генератор немира и побуна у пенитенцијарним установама. О томе сведоче и побуне у српским затворима, бројни штрајкови глађу осуђеника и случајеви самоповређивања. Неспорно је да већина неформалних група настаје и делује вођена негативним мотивима, али то само показује да је потребно изменити пенолошки третман у правцу дубљег проучавања њиховог деловања и коришћења њихове кохезивне снаге у позитивном смеру-за рехабилитацију и ресоцијализацију осуђених лица. У основи перманентне реформе третмана према осуђеницима је управо вера да сваки осуђеник може да постане користан члан друштвене зајнице. Ово је посебно значајно када су у питању малолетни осуђеници имајући у виду обавезу друштва да се стара о свим својим најмлађим члановима, па и онима којима је због извршених кривичних дела изречена нека кривична санкција.

Неформални систем постоји у свакој установи за извршење кривичних санкција. Готово га је немогуће искоренити, али то није ни потребно. Када представници формалног система, применом савремених терапеутских метода, успеју да неутралишу негативне неформалне групе, а стимулишу позитивне, затвори ће постати места за преваспитавање и ресоцијализацију лица, која су својим понашањем прекршила правне и моралне норме у правом смислу те речи и пожељно радно окружење за специјалисте многих научних области, а затворенички друштвени систем ће бити незаобилазан чинилац у процесу ресоцијализације и реинтеграције осуђених лица.

Коришћена литература

Константиновић-Вилић Слободанка, Костић Миомира, *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006.

Крстић Жељко, „Затворско дупло дно“, Социолошки преглед, вол. XXX-VII 2003

Милутиновић Милан, *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1981

Мршић, Зорица, *Жене у затвору*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1995.

Радовановић Добривоје, *Човек и затвор*, студија интегрисаности у затворенички друштвени систем, Прометеј, Београд, 1992.

¹⁴ Видети чл. 32. Закона о извршењу кривичних санкција („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 72/2009, 31/11)

Радоман Миленко, *Пенологија и систем извршења кривичних санкција*,
Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2003
Стевановић Зоран, *Узроци немира, Политика*, од 04.12.2006.
Шпадијер-Џинић Јелена, *Затвореничко друштво*, Институт за
криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1973.

Законски текстови

Закон о извршењу кривичних санкција („Сл.гласник РС“, бр. 85/2005,
72/2009,31/11)

Електронске адресе

<http://www.politika.rs/rubrike/ostali-komentari/t13694.sr.html>, приступ
28.06.2011.

<http://scindeks.nb.rs/article.aspx?artid=0085-63200304337K&redirect=ft>,
приступ 28.06.2011.

[http://www.zenskestudie.edu.rs/index.php?option=com_content&task=view&
id=147&Itemid=41](http://www.zenskestudie.edu.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=147&Itemid=41), приступ 28.06.2011.

<http://www.politika.rs/rubrike/tema-dana/Kajanje-mereno-vremenom.lt.html>,
приступ 07.07.2011.

Filip Mirić, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

**INFORMAL INMATE SYSTEM,
with Specific Reference to Juvenile Prisoners' Community**

Summary

The overall objective of this paper is to explore the inner workings of the Informal inmate system as an essential factor in the process of prisoners' resocialization as well as in achieving the objectives of the inmates' correctional treatment. Informal inmate system is important for the operation of each prison, as an institution for the enforcement of criminal sanctions. This is not only because the knowledge of the basic rules on which it operates can prevent riots and other subversive incidents in prisons but also because it can be a significant factor in the social reintegration of convicted persons, particularly by providing for the proper use and positive impact of informal inmates' action groups.

In this paper, the author examines the prisoners' community which is the focal point of the informal inmate social system. The author first provides a conceptual definition and the basic characteristics of the prisoners' community and presents different theoretical concepts underlying its genesis and development. In particular, the author focuses on the process of inmates' adjustment to the living conditions in prison, the prisoners' value system and the "code" of behaviour among the prisoners who are part of informal groups that constitute the prison social system. In the central part of the paper, the author explores the genesis, development and operation of the juvenile offenders' community, taking into consideration all the specific features of adolescence as a developmental age as well as the obligation of the society to exercise special care in respect of the resocialization of juveniles who have violated some norms of criminal law and ended up in an institution for the enforcement of criminal sanctions. In the final part of the paper, the author presents his opinion on the importance of the prisoners' community for the operation of penitentiary institutions. In the conclusion, the author emphasizes the need for a further study of the prison social system which should contribute to a more efficient implementation of the principle promoting prisoners' resocialization.

Key words: prisoners, informal inmate system, prisoners' community, juvenile prisoners.

ПРАВО ДА СЕ ПОЗОВУ И ИСПИТАЈУ СВЕДОЦИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ - МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ

Апстракт: Када власт неког оптужи да је учинио кривично дело или да је на други начин био умешан у извршење кривичног дела, тада може доћи до лишења слободе, суђења и изрицања кривичних санкција. С друге стране, право на правично суђење је основна гаранција која ће омогућити да особе не буду неправедно кажњене. Такође, ово право је неодвојиво од других људских права. Правичност суђења процењује се применом многих правних стандарда, било да се суђење процењује на основу непосредног, директног, присуства или на основу записника или других извештаја. Сврха процене је да се утврди да ли је пракса, у датом случају, у складу са законом земље у којој се суђење одржава, да ли ти закони и пракса одговарају међународним стандардима уграђеним у уговоре којима је држава приступила, као и вануговорним стандардима. За правилну и потпуну процену правичности суђења неопходно је познавање како домаћих правних прописа тако и међународних стандарда. Међународни стандарди према којима се процењује правичност суђења су бројни, садржани у различитим инструментима и стално се развијају. Аутор у раду износи међународне и регионалне стандарде људских права, судску праксу, чије познавање је неопходна претпоставка за разумевање права на правично суђење, односно једног од његових елемената: право да се позову и испитају сведоци.

Кључне речи: позивање, сведок, оптужба, анонимно сведочење, одбрана, права.

Увод

Један од основних критеријума за правичну расправу је принцип „једнакости оружја“ страна у спору. „Једнакост оружја“ мора да се поштује током целог судског поступка, а то значи да стране у спору имају једнак процедурални положај током суђења и да имају једнак положај приликом изношења одбране или оптужбе.¹ Суштина овог принципа се огледа у праву сваке стране да јој се омогући да изнесе свој случај под условом и на начин који је не доводи у битно неповољан положај у односу на противничку страну.

Када су у питању кривични поступци, у којима тужилац има комплетну државну машинерију иза себе, принцип „једнакости оружја“ је најважнија гаранција права на одбрану. Као такав представља гаранцију одбрани да ће бити у једнаком положају с тужиоцем током припреме и изношења случаја.

Основни елеменат принципа² „једнакости оружја“ и права на одбрану је право оптуженог да позове и испита сведоке.³ Ово право даје оптуженом исто правно овлашћење да обезбеди присуство сведока, као и право да испитује или унакрсно испитује све сведоке као и тужилац.⁴

Право да се позову и испитају сведоци обезбеђује одбрани могућност да испита сведоке, који ће дати исказе у корист оптуженог и да оспори доказе против оптуженог.⁵ Поступак испитивања сведока од стране тужиоца и браниоца дају суду могућност да саслуша изношење доказа и њихово оспоравање. На овај начин остварује се реализација начела утврђивања истине у кривичном поступку, као и начела контрадикторности и принципа права на правично суђење.

Право да се испита сведок оптужбе

Свако ко је оптужен да је учинио кривично дело има право да испита или да се у његово име испитују сведоци оптужбе, као и да обезбеди присуство и

1 Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Ofret и Норfinger*, број 524/59. и број 617/59, 19. децембар 1960. година, *Yearbook* 6., стр. 680. и 696.

2 Овај принцип захтева и довољно времена, одговарајуће могућности за припрему одбране, као и добијање битних обавештења од тужиоца, обухвата и право на адвоката, право да оптужени буде присутан на суђењу.

3 Члан 14(3)(е) Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ICCPR-а), усвојен у Генералној скупштини УН-а 1966. године, а ступио је на снагу 1976. године; члан 8 (2)(ф) Америчке конвенције о људским правима, усвојена 1969. године, ступила на снагу у јулу 1978. године; члан 6 (3) (д) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција), ступила је на снагу 1953. године.

4 Општи коментар 13, параграфа 12. Комитета за људска права. Комитет за људска права као надзорни орган састављен од 18. експерата, надгледа имплементацију Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ICCPR-а).

5 Правично суђење, Фонд за хуманитарно право, 2001, Београд, стр. 146.

саслушање сведока у његову корист, под истим условима као и сведока оптужбе.⁶ С друге стране право оптуженог на адекватно време и могућност за припрему одбране обухвата и право да припреми испитивање сведока оптужбе. На овај начин, на страни тужиоца, се ствара обавеза да унапред и на време обавести браниоца о сведоцима које тужилац намерава да позове на суђење. Међутим, ова обавеза тужиоца може бити анулирана у случајевима када се може сматрати да се бранилац одрекао права на адекватно време за припрему одбране, ако не затражи одлагање, када се претходно ненајвљена изјава сведока изнесе на суђење. У овим ситуацијама требало би предвидети обавезу на страни суда, да у случају прихватања саслушања сведока на предлог тужиоца, његово саслушање буде реализовано на првом следећем рочишту, чиме би се на страни одбране стекли услови за адекватно време и могућност припреме одбране о питањима о којима ће сведок давати свој исказ.

Такође право да испита сведоке или да се у име оптуженог испитају сведоци оптужбе треба тумачити у светлу права да се сви докази морају изнети у присуству оптуженог на јавној расправи, што омогућава да се докази, поузданост и веродостојност сведока могу оспорити. По овом питању значајан је став Европског суда за људска права (Суд)⁷, који у предмету Saidi против Француске⁸ износи став о кршењу права оптуженог у ситуацији када је суд пресуду засновао на извештајима полицајца на „тајном задатку“, на записницима прислушких телефонских разговора, као и на изјавама оптуженог које је овај дао када су му записи показани. Суд констатује да оптуженом није омогућено да провери или да оспори веродостојност записа, нити да испита полицајца чији је идентитет био заштићен, тако што није био именован и није био позван да сведочи. Исто тако Суд „примећује“ да наведени полицајац није био „анонимни сведок“ јер је припадник полиције, истражни судија знао је за његову функцију, и оптужени га је познавао јер се са њим сусрео пет пута.

Кроз изложени став Суд поставља смернице домаћим судовима када цене доказе прибављене од стране полиције или путем прислушких телефонских разговора, захтевајући да исти не могу стећи својство доказа у кривичном поступку уколико оптуженом није пружена адекватна могућност оспоравања доказа стечених на овај начин.

⁶ Члан 14 (3)(е) Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

⁷ Европски суд за људска права - ECHR (енгл. *European Court of Human Rights*, фр. *Cour européenne des Droits de l'Homme*) је судска институција Савета Европе, основана 1959. године, за заштиту права и слобода гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (1950).

⁸ Saidi против Француске, (33/1992/378/452), 20. септембар 1993. година, стр. 17.

Анонимно сведочење

Када одбрани није познат идентитет сведока на суђењу, односно коришћење анонимног сведока, у суштини представља повреду права оптуженог да испита сведоке. Ово из разлога што је оптужени у таквој ситуацији лишен неопходних обавештења која су му потребна да би могао да доведе у питање поузданост сведока. Из тих разлога коришћење доказа добијених од анонимних сведока може довести до тога да читаво суђење буде неправично. У контексту наведеног, Комитет за људска права је изразио неслагање у погледу система „судија без лица“ у Колумбији, где су поред судија и тужилаца сведоци скривани од бранилаца у регионалним судовима приликом суђења за кривична дела трговине дрогом, тероризма, побуне и незаконитог поседовања ватреног оружја. Комитет поред наведеног закључује да систем „судија без лица“ није у складу са чланом 14, а нарочито са параграфима 3 (б) и (е) Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ИССПР-а), тако да препоручује укидање таквог система. Слично становиште заступа и Интер- америчка комисија, која сматра да је коришћење изјава анонимних сведока у супротности са правичним поступком.⁹

Европски суд за људска права има нешто блажи став по питању коришћења изјава анонимних сведока, у смислу да није забранио коришћење таквих изјава у свим случајевима, али је „саветовао“ да коришћење буде строго ограничено.¹⁰

Од принципа да сви докази морају да буду изнети на јавној расправи, у присуству оптуженог, уз разматрање противничких аргумената, по схватању Европског суда за људска права постоје изузеци, али ти изузеци не смеју да наруше права одбране, као једно опште правило, односно параграфе 1 и 3 (д) члана 6 Европске конвенције¹¹ који захтевају да брањеник добије одговарајућу и погодну прилику да испита и оспори наводе сведока оптужбе, било у току самог сведочења или касније.¹²

У предмету Windisch против Аустрије¹³, Европски суд је разматрао и ценио сведочење два анонимна сведока пред припадником полиције, који је касније сведочио пред судом. Суд закључује да је дошло до повреде права оптуженог,

9 Годишњи извештај Интер- америчке комисије, 1996, ОЕА/Серија L/V/II. 84, документ 39, рев. 1993. година, стр. 96, 98. и 249.

10 Doorson против Холандије, 26. март 1996. година, 2 Серија А 470, пара. 69.

11 Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Convention on Human Rights*, фр. *la Convention europeenne des Droits de l'Homme*) је правни акт Савета Европе (1949) о заштити слобода и права, донет у Риму у Италији, 4. новембра 1950. године. Оригинална верзија, састављена на енглеском и француском језику и објављена под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3. септембра 1953. године

12 Van Mechelen и други против Холандије, (55/1996/674/861- 864), 23. април 1997. година, пара. 51.

13 Windisch против Аустрије, 27. септембар 1990. година, серија А број 186.

иако је бранилац имао право да сведоке испита помоћу написаних питања. Суд ипак закључује да је, пошто му је идентитет сведока био непознат, бранилац био суочен са готово несавладивом препреком: био је лишен неопходних информација које би му омогућиле да провери поузданост сведока или да изрази сумњу у веродостојност њихових исказа.¹⁴

У предмету Van Mechelen и други против Холандије, подносиоци представке су се жалили Европском суду за људска права да су њихове осуде биле суштински засноване на доказима полицајаца чији им идентитет није откривен и који нису били саслушани ни јавно, нити у њиховом присуству, што је по њиховом ставу предстаљало повреду члана 6 става 1 и 3 (д) Европске конвенције. Разматрајући наведени предмет Европски суд указује на суштину права коришћења анонимног сведочења. Суд је истакао као опште начело, да је, ако се идентитет сведока оптужбе крије одбрана суочена са тешкоћама које кривични поступци не би требало да укључују у редовним околностима. Постизање уравнотежености интереса одбране и захтева за скривање идентитета сведока може бити отежано, ако су сведоци о којима је реч припадници државних полицијских снага. Суд примећује да је њихова позиција до извесног степена другачија од положаја непристрасног сведока или жртве. Они имају, по оцени Суда, општу дужност послушности према државним извршним властима и обично су повезани са тужилачком страном. Па из тих разлога њих треба користити као анонимне сведоке само у изузетним околностима. Имајући у виду положај који право на правично суђење има у демократском друштву када се ограничавају права одбране, морају се примењивати искључиво неопходне мере. Ако би била довољна мање ограничавајућа мера, онда треба применити такву меру.

У овом случају, полицајци о којима је реч, били су у одвојеној просторији са истражним судијом, из које су били искључени и оптужени, чак и њихов правни заступник. Сва комуникација је била спроведена путем звучне везе. По мишљењу Суда одбрана не само да није била свесна идентитета полицијских сведока, већ је била и спречена да посматра њихово понашање током директног испитивања и да формира оцену о њиховој веродостојности. Суд је са правом заузео став да није на задовољавајући начин објашњено зашто је била неопходна употреба тако екстремног ограничења права оптужених, да докази против њих буду изнесени у њиховом присуству или зашто нису разматране мање далекосежне мере. Суд, исто тако, примећује да су анонимни полицајци били испитивани пред истражним судијом, који је лично утврдио њихов идентитет, и у веома детаљном званичном извештају о својим закључцима дао мишљење о њиховој веродостојности и поузданости, као и о њиховим разлозима да остану анонимни.

¹⁴ . Правично суђење., оп.цит., стр. 149.

У односу на ово чињенично стање, констатовано у предмету, Суд даје мишљење да мере усвојене од стране домаћих судова не могу бити сматране одговарајућом заменом за право одбране да испитује сведоке у присуству окривљених и да да сопствену оцену њиховог држања и поузданости. Тако Суд закључује да тешкоће одбране нису биле надомештене другим мерама у поступку. Суд долази до закључка да је осуда подносилаца представке у одлучној мери била заснована на изјавама анонимних сведока, па је по оцени Суда постојала повреда члана 6 става 1 узетог заједно са чланом 6 става 3 (д) Европске конвенције.

У предметима Doorson и Van Mechelen Европски суд поставља два кумулативна услова за оцену прихватљивости анонимних сведочења:

- тешкоће са којим се одбрана сусрела у случају анонимних сведока оптужбе морају да буду на задовољавајући начин узете у обзир у поступку пред судом;
- сведочење не сме да буде једини доказ кривице оптуженог.

У односу на Европски суд који у извесној мери дозвољава коришћење изјава анонимних сведока, Amnesty International (AI) се противи коришћењу таквих изјава сведока у великом броју земаља, пре свега у Колумбији и Перуу, као и пред међународним судовима.¹⁵

У пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, посебно су значаја два захтева за анонимност одређених сведока. Први захтев је најпре истакнут у предмету Тадић.¹⁶ У овом предмету Међународни кривични трибунал за бившу Југославију при оцени основаности захтева, који је оцењен као основан, узима критеријуме који су се односили на:

- постојање основног страха за безбедност сведока или његове породице;
- важност сведочења за оптужбу;
- непостојање елемената који доводе у питање веродостојност сведока;
- неефикасност других мера заштите у конкретном случају;
- ограничење анонимности на најнеопходнију меру.¹⁷

Други захтев за додељивање статуса анонимног сведока поднет је у предмету Блашкић.¹⁸ Међународни кривични трибунал за бившу Југославију ценећи основаност тужиоцевог захтева у светлу критеријума којима се руководио у предмету Тадић, заузима становиште да се тужилац не може ограничити само на навођење страха од одмазде, значаја сведочења и веродостојности сведока, већ

¹⁵ Amnesty International (AI) је светски покрет активиста који делују у циљу остварења поштовања свих људских права која су садржана у Универзалној декларацији о људским правима и другим међународним стандардима.

¹⁶ Душко Тадић, предмет „Приједор“ (ИТ- 94-1).

¹⁷ Богдан Иванишевић, Весна Јањић, Горан П. Илић, Томислав Вишњић, Водич кроз Хашки трибунал: прописи и пракса, Београд, 2008, стр. 245.

¹⁸ Тихомир Блашкић, предмет „Лашванска долина“ (ИТ- 95- 14).

мора подједнако да изнесе објективне елементе којим потврђује своје тврдње. У овом предмету Међународни кривични трибунал за бившу Југославију је прихватио анонимност сведока у односу према јавности и медијима, али је одбио такву могућност у односу на одбрану. Овако изражен став подразумевао је обавезу тужиоца да на претресу обелодани идентитет сведока, како би одбрани пружио могућност да се припреми за његово саслушање.¹⁹

И поред одређених, мањих разлика, међународни документи захтевају ограничену примену анонимног сведочења у кривичном поступку. И када је дозвољена таква могућност, морају се обезбедити начини да одбрана оспори изјаве анонимних сведока, да цени поузданост и веродостојност сведока, односно његовог исказа, да је анонимно сведочење неопходно због безбедности сведока, његове породице, да постоји посебна важност сведочења за оптужбу, да су друге мере заштите неефикасне и да сведочење анонимног сведока не може бити једини доказ кривице оптуженог. Домаћа законодавства ценећи одредбе међународних докумената и њихову примену, односно судску праксу међународних судова и комисија, треба да иду у правцу укидања коришћења анонимног сведочења или коришћење таквог сведочења, прописати у ограниченем обиму, са строго прописаним механизмима, који ће омогућити одбрани да оспори исказе анонимних сведока, да на ваљан начин цени и процењује поузданост сведока и валидност њиховог исказа.

Случајеви ограничења испитивања сведока оптужбе

Право оптуженог да испита или да се у његово име испитају сведоци оптужбе није апсолутног карактера, оно може да буде ограничено због понашања оптуженог, у случају бекства, или ако сведок буде недоступан, емигрира у другу државу или се пресели, а не достави нову адресу, или када сведок са разлогом страхује од одмазде.²⁰

У контексту реченог Европски суд у предмету Artner против Аустрије²¹ износи мишљење да у случају када је оптужени изведен пред суд после трогодишњег боравка ван земље, а главни сведок оптужбе се не појави пред судом, у том случају непојављивање сведока не представља само по себи довољан разлог да се обустави кривично гоњење... под условом да власти нису биле немарне да пронађу особе о којима је реч. Суд је закључио да су изјаве одсутног сведока, дате полицији и истражном судији, а које су прочитане на суду, потврдиле остале доказе. На овај начин Суд, у контексту других доказа и

¹⁹ Богдан Иванишевић., *op. cit.*, стр. 245.

²⁰ Правично суђење., *op. cit.*, стр. 149.

²¹ Artner против Аустрије, 28. август 1992.

понашања оптуженог и власти, признаје доказну снагу садржини изјаве сведока дате полицији, односно истражном судији.

Комитет за људска права, у предмету *Compass* против Јамајке²², износи став да није постојало кршење права оптуженог, када је суд прихватио сведочење припадника полиције који је у међувремену напустио земљу, а такав закључак изводи из понашања браниоца оптуженог. Наиме, оптужени је пред Комитетом за људска права изнео да је изјава припадника полиције у супротности са другим доказима који су након те изјаве прихваћени на суђењу, па је истом ускраћено право да о тим контрадикторностима расправи директно са сведоком. Међутим, Комитет за људска права узима у обзир понашање браниоца оптуженог, у смислу да је приметио да бранилац није уложио приговор, ни на суђењу нити у жалбеном поступку, на изјаву припадника полиције и да га је бранилац испитао на прелиминарном саслушању под истим условима које је имао тужилац. Комитет са правом закључује да члан 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима штити „једнакост оружја“ између браниоца и тужиоца приликом испитивања сведока, али не спречава браниоца да се одрекне или не употреби своје право да унакрсно испита сведока оптужбе за време суђења.

Европски суд и Комитет за људска права не искључују могућност прихватања садржине исказа сведока датог полицији или истражном судији, као доказ у поступку, ако се оптужени крије, ако је недоступан, а садржина исказа потврђује остале доказе, или оптужени, односно његов бранилац не користе правна средства за оспоравање исказа сведока у току суђења или у поступку по жалби. На овај начин, понашање оптуженог, односно његовог браниоца, одређује карактер садржине исказа сведока датог полицији или истражном судији, у смислу доказне снаге на суду.

Право оптуженог да позове и испитује сведоке одбране

Свако ко је оптужен да је починио кривично дело има право да позове сведоке и да се у његово име испитају сведоци „под истим условима као и сведоци против њега“.²³ Међутим, кривичним судовима дају се релативно широка овлашћења приликом одлучивања о томе које ће сведоке позвати и поред тога што судије не смеју да крше принципе правичности и „једнакости оружја“. У прилог наведеној констатацији је и пракса Европског суда, који сматра да би требало применити слободу одлучивања о томе који ће сведоци бити позвани

²² *Compass* против Јамајке, (375/1989), 19. октобар 1993. година, Документи УН-а ССРР/С/49/Д/375/1989. година, стр. 6.

²³ Члан 14 (3) (е) ИССРР-а; члан 8 (2) (ф) Америчке конвенције; члан 6 (3) (д) Европске конвенције; параграф 2 (Е) (3) Резолуције афричке комисије; члан 21 (4) (е) Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију; члан 20 (4) (е) Статута Међународног кривичног трибунала за Руанду; члан 67 (1) (е) Статута Међународног кривичног суда (Статут ИСС).

у складу са принципом „једнакости оружја“, с тим да су судови у обавези да објасне разлоге за одбацивање захтева оптуженог да се испитају сведоци.²⁴

Одређени пропусти власти у случајевима немогућности сведока да приступи суђењу и давању исказа у смислу могућности одлагања или обезбеђивања превоза сведоку, по мишљењу Комитета за људска права представља кршење члана 14 (1) и 14 (3) (е) Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ИССПР-а).²⁵ Комитет за људска права, у овим случајевима, одговорност за саслушање сведока пребацује на терет власти, које морају обезбедити сведоку, не само право да да свој исказ пред судом, већ да створе и потребне услове, у смислу одлагања рочишта, ако је сведок спречен да приступи суду, или да обезбеде превоз, када је то потребно, у супротном сноси последице повреде принципа правичности судског поступка. Став Комитета за људска права треба прихватити под условом да сведок не сноси кривицу неодржавања на позив суда.

Нешто другачији приступ има Америчка конвенција, која у члану 8 (2) (ф) прописује право браниоцу да испита присутне сведоке и да обезбеди присуство у својству сведока стручњака, као и свих оних који би могли да допринесу расветљавању чињеница. На овај начин Америчка конвенција предвиђа само право браниоца да испитује присутне сведоке, при чему не решава питања присуства сведока, решавање тог питања пребацује на браниоца, односно на одбрану, која је дужна да обезбеди присуство сведока, који могу допринети расветљавању чињеница. С тим у вези, ближа су принципу правичности и „једнакости оружја“ решења садржану у ИССПР-а, ставовима Европског суда и Комитета за људска права, у смислу да свако ко је оптужен да је починио кривично дело има право да позове сведоке и да се у његово име испитају сведоци „под истим условима као и сведоци против њега“, уз могућа одступања, која зависе од процене суда које ће сведоке позвати и образложених разлога због којих је суд одбацио захтев оптуженог да се испитају сведоци.

Када је у питању дискреционо овлашћење суда да одлучује о томе које ће сведоке позвати, Европска комисија у предмету X против Аустрије²⁶ заузима став да не постоји кршење права оптужених када је национални суд примењујући своје дискреционо овлашћење одлучио да не позове сведоке које је захтевао оптужени, уз образложење да њихово сведочење неће допринети расветљавању истине. Овако изражен став Европске комисије указује на обавезу националног суда да увек даје образложење разлога због којих одбацује захтев оптуженог за саслушање сведока. Али, увек се може изразити сумња по питању дискреционог права домаћег суда да процењује оправданост саслушања одређених сведока,

24 Vidal против Белгије, (14/1991/266/337), 22 . април 1992.

25 Grant против Јамајке, (353/1988), 31. март 1994.

26 X против Аустрије, 31. мај 1973. година, 45 Пресуде 59.

што домаћим законодаписцима додатно ствара обавезу да уреде и прецизније дефинишу овлашћења суда по овом питању и степен образложености разлога одбијања захтева одбране за саслушање сведока.

Права сведока

Са питањем права на правично суђење, уско је повезано и питање права жртва и сведока да буду заштићени од одмазде и непотребних патњи. У циљу постизања усклађености ових права предузимају се одређене мере које обухватају: давање обавештења и помоћи жртвама и сведоцима током поступка, потпуно или делимично затварање суђења за јавност „у интересу правде“ и омогућавање сведочења пред камером или на неки други начин.²⁷

Сва ова одступања имају за циљ заштиту живота, слободе или сигурности сведока, па се према државама, сходно међународним стандардима, постављају захтеви да организују суђење за кривично дело, а да притом наведени интереси не буду неоправдано угрожени. Исто тако принцип правичног суђења захтева да се у одговарајућим случајевима интереси одбране ускладе са интересима сведока и жртва који су позвани да сведоче, у смислу да право одбране нема за последицу угрожавање живота, слободе или сигурности сведока. С друге стране, мере којима се ограничавају права одбране морају бити неопходне, што је у складу са захтевом на правично суђење. На овај начин међународни стандарди правичног суђења дозвољавају извесна одступања од права на правично суђење, односно права одбране, сагледавајући интересе сведока и жртва, предвиђајући и мере које морају бити пажљиво лимитиране и стриктно неопходне, приликом ограничавања права одбране. У овом правцу иду и принципи садржани у Декларацији УН-а о Основним принципима правде за жртве злочина и злоупотребе власти.²⁸ У члану 6 Декларације предвиђена је брза реакција правосудног и административног система на потребе жртва, тако што ће ставови и бриге жртва бити изложени и размотрени у одговарајућим фазама поступка када су у питању њихови интереси, без штете по оптуженог и у складу са одговарајућим националним кривичноправним системом.

Такође присутни су захтеви за предузимање посебних мера у поступцима за кривична дела чије су жртве жене, током истраге, кривичног гоњења и суђења. Ови захтеви се посебно наглашавају код кривичног дела силовања и других облика сексуалног злостављања. Неретко, у судској пракси, присутна је појава да жене које су биле жртве сексуалног насиља нерадо сведоче. У циљу заштите жена, као жртва злочина, значајан је став Amnesty International, по аутору сасвим оправдан, да судије и судско особље, као и сви који би могли да

²⁷ Правично суђење., оп.цит., стр. 151.

²⁸ Декларација о Основним принципима правде за жртве злочина и злоупотребе власти, усвојена 29. новембра 1985. године.

учествују у таквим поступцима, треба да похађају обуку да би се боље упознали са материјом и да би схватили осетљивост оваквих случајева, што би им помогло у поступцима у случајевима насиља над женама.²⁹

Поред ове обуке, АИ сматра да судови треба да предузму ефикасне мере заштите жена- жртава, њихових породица и сведока од одмазде и непотребних патњи којима могу бити изложени током јавног суђења, а да то не иде на штету права на правично суђење осумњичених и оптужених. Наравно, овде се поставља захтев равнотеже права на заштиту жена- жртава, посебно код сексуалног насиља и права на правично суђење, у смислу да се захтева од држава, односно власти, да пропишу и обезбеде имплементацију таквих мера, али које неће бити на штету права на правично суђење осумњичених и оптужених, па само у том правцу, такви захтеви могу бити оправдани.

Закључак

Право на одбрану, као елеменат принципа „једнакости оружја“, подразумева право оптуженог да позове и испита сведоке, односно, ово право даје оптуженом исто правно овлашћење да обезбеди присуство сведока, као и право да испитује или унакрсно испитује све сведоке као и тужилац. С друге стране, право оптуженог да позове и испита сведоке није апсолутно, оно је у одређеној мери ограничено слободном судијском уверењу, када процењује оправданост позивања и испитивања одређених сведока, потребама коришћења у кривичном поступку исказа одређених лица која имају својство прикривеног иследника или анонимног сведока, односно жртве, чији се идентитет жели сачувати, због заштите живота, слободе или сигурности сведока, коришћење техничких средстава за прибављање одређених доказа, када је у питању откривање и процесуирање учинилаца кривичних дела, пре свега, организованог криминала, сексуалног злостављања и других тешких кривичних дела.

С тим у вези, међународни стандарди, који представљају и захтеве домаћим законодавствима, иду у правцу захтеване потребе да се обезбеди поштовање права оптуженог да позове и испита сведоке, при чему се дозвољава могућност домаћем суду да слободно цени оправданост позивања и испитивања одређених сведока али са обавезом да образложе, објасне разлоге за одбацивање захтева оптуженог да се испитају сведоци. По питању анонимних сведока, такву могућност треба свести на нужну меру, али у сваком случају треба обезбедити одбрани да процењује поузданост сведока и валидност исказа. Исто тако, неопходно је успоставити равнотежу између права на позивање и испитивање сведока и заштите сведока, односно жртве, путем одређених мера које неће бити на штету права на правично суђење.

²⁹ Право на правично суђење., *op. cit.*, стр. 152.

Nihad Ukić, LL.B.
Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

***The Right to Call and Examine Witnesses
in Criminal Procedure: International Standards***

Summary

As the basic element of the “equality of arms” principle, the right to defence implies the right of the accused to call and examine witnesses, by which the defendant is given the same legal authority as the public prosecutor and actually entitled to secure the presence of witnesses, to examine and cross-examine witnesses just like the prosecutor. On the other hand, the defendant’s right to call and examine witnesses is not absolute. It is restricted by the judicial discretionary power, where the judge has a discretionary authority to decide whether it is justifiable to call and examine certain witnesses in criminal proceedings. In particular, it includes the cases involving the testimonies of persons acting in the capacity of an undercover agent or a protected witness or victim, whose identity has to be protected for the purpose of safeguarding one’s life, freedom or safety, the case involving the use of technical apparatus for obtaining certain evidence, or the cases involving the process of discovering and instituting proceedings against the perpetrators of some serious criminal offences (such as organized crime, sexual harassment and other felonies).

The international standards are aimed at providing for the observance of the defendant’s right to call and examine the witnesses, and the national legislations are required to observe and abide by these standards. Although the national courts have a discretionary authority to decide on the justifiability of calling and examining certain witnesses, they are also obliged to justify their decision and explain the reasons for the dismissal of the defendant’s request (motion) to examine witnesses. In case of examining protected witnesses, such a possibility has to be reduced to an absolute necessity but, in any case, the defence has to be given the opportunity to establish the credibility of a witness and the validity of a testimony. Moreover, it is necessary to strike a proper balance between the right to call and examine witnesses and the witness/victim protection by introducing specific measures which will not jeopardise the right to a fair trial.

Key words: *right to call and examine witnesses, protected witness, accusation, anonymous testimony, defence, procedural rights*

ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

***Апстракт:** Организовани криминалитет је по много чему тежи и сложенији облик криминалитета, и као такав се разликује од класичног. С обзиром на његову велику опасност по правни поредак и демократске институције великог броја држава, појмовно одређење и дефинисање карактеристика организованог криминалитета први је корак за његово ефикасно сузбијање. Аутор у раду представља законска решења организованог криминалитета, његове различите дефиниције и анализира карактеристике организованог криминалитета, најрелевантнија за његово проучавање.*

***Кључне речи:** организовани криминалитет, кривично право, сузбијање криминалитета.*

Уводне напомене

Организовани криминалитет је, као правни појам, уведен у законодавство Републике Србије 2001. године, Закоником о кривичном поступку,¹ када је било неминовно признати његово постојање и деловање на простору наше земље. Међународни прописи и закони других земаља, који регулишу у одређеној мери питања ове врсте криминалитета, послужили су нашој земљи као узор при одређењу појма организованог криминалитета и његових карактеристика. Досадашњи законски текстови, који одређују појам организованог криминалитета, нису успели да дају јединствену дефиницију овог појма, што је створило тешкоће у свакодневној пракси рада полиције и правосудних органа.

¹ Законик о кривичном поступку, „Службени лист СРЈ”, број 70/2001.

1. Законско одређење појма организованог криминалитета

Инкриминација организованог криминалитета се у нашем законодавству одређује Кривичним закоником, Закоником о кривичном поступку и Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала. До увођења појма организованог криминалитета у наше законодавство, случајеви организованог вршења кривичног дела били су предвиђени само у кривичном материјалном праву, као посебан вид саучесништва, односно као самостално кривично дело или квалификовани облици постојећих дела.

Кривични законик² појам организованог криминалитета одређује кривичним делом „удруживање ради вршења кривичног дела”, које је предвиђено чланом 346³. Кривично дело се састоји у организовању групе или организоване криминалне групе или у постојању припадником такве групе која има за циљ вршење кривичних дела, за која се по закону може изрећи казна затвора од три године или тежа казна. Организовање групе или организоване криминалне групе за вршење кривичних дела је проналажење, анимирање, придобијање и повезивање више лица, на већем простору или у ширем обиму на бази злочиначког плана за вршење одређених кривичних дела, за која је законом прописана казна затвора од три године или тежа казна. То организовање се може јавити у виду стварања нове групе или искоришћавања постојеће групе, која је основана за вршења дозвољених или недозвољених активности. Дело је свршено моментом стварања групе или организоване криминалне групе са злочиначким планом, без обзира да ли је неко од планираних кривичних дела уопште извршено или покушано. Постојање припадником групе или организоване криминалне групе је писмено или усмено саглашавање са чланством у групи или организованој криминалној групи ради вршења кривичних дела, за које је прописана казна затвора три године или тежа казна или фактичко предузимање делатности из оквира злочиначког плана. У овом облику дело је свршено моментом када је неко лице формално или фактички постало припадник групе за вршење планираних кривичних дела, без обзира да ли је у саставу групе извршило било које кривично дело.⁴

Тежи облик овог дела постоји ако је група или организована криминална група организована ради вршења кривичних дела, за које се може изрећи казна затвора од двадесет година или казна затвора од тридесет до четрдесет година.

2 *Кривични законик*, „Сл.гласник РС”, бр. 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

3 До доношења *Закона о изменама и допунама Кривичног законика* („Сл. гласник РС”, бр.72/09 и 111/09) наведено дело се звало „злочиначко удруживање” и било је предвиђено истим чланом 346, с тим што у својим ставовима није прецизно одређивало термин „организована криминална група”, као што је случај у новим изменама и допунама *Кривичног законика*, већ само изразе „група” или „друго удружење”.

4 Ђурђић, В., Јовашевић, Д., *Кривично право, Посебни део*, Номос, Београд, 2010. године, стр. 227-228.

То су најтежа кривична дела које познаје наше законодавство. За ово дело се организатор кажњава казном затвора од најмање десет година или затвором од тридесет до четрдесет година, а припадник удружења – казном затвора од шест месеци до пет година.⁵

Законом о изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије учињене су измене у члану 112 ставу 22, према коме се *група* одређује као најмање три лица, повезаних ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру. У оквиру претходно наведеног члана уведени су и нови ставови, између осталог и став 35, који се односи на организовану криминалну групу. Према њему, организована криминална група представља групу од три или више лица која постоји одређено време и делује споразумно, у циљу вршења једног или више кривичних дела за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи или ради остваривања и задржавања утицаја на привредне или друге важне државне структуре.

Законик о кривичном поступку из 2001. године је први пут у свој текст увео појам организовани криминалитет, односно процесне одредбе које се односе на ову појаву, и то у глави XXIXа (Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала). У поменутој глави услови за постојање кривичног дела организованог криминалитета су прописани чланом 504а, ставом 3 и 4. У ставу 3 поменутог члана Закона о кривичном поступку наводи се да се одредбе ове главе примењују на случајеве основане сумње да је извршено кривично дело резултат организованог деловања више од два лица чији је циљ вршење тешких кривичних дела ради стицања добити или моћи. Став 4 чл. 504а одређује да поред услова из става 3 овог члана, за постојање кривичног дела организованог криминала мора да су испуњени још најмање три од следећих услова: да је сваки члан криминалне организације имао унапред одређени задатак или улогу; да је делатност криминалне организације планирана на дуже време или неограничено; да се делатност организације заснива на примени одређених правила интерне контроле и дисциплине чланова; да се делатност организације планира и врши у међународном размерама; да се у вршењу делатности примењује насиље или засташивање или да постоји спремност за њихову примену; да се увршењу делатности користе привредне или пословне структуре; да се користи прање новца или незаконито стечене добити; да постоји утицај организације или њеног дела на политичку власт, медије, извршну или судску власт или на друге друштвене или економске чиниоце.⁶

⁵ Ђурђић, В., Јовашевић, Д., *op. cit.*, стр. 228.

⁶ Законик о кривичном поступку, „Сл. лист СРЈ”, број 70/2001 и „Сл. гласник РС”, број 58/2004.

Доношењем Законика о кривичном поступку 2006. године, у члану 21, израз „организовани криминалитет“ се односи на случајеве основане сумње да је кривично дело за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, резултат деловања три или више лица удружених у криминалну организацију или групу, чији је циљ вршење тешких кривичних дела, ради стицања добити или моћи, када је поред тога испуњено још најмање три од следећих услова: да је сваки члан криминалне организације, односно криминалне групе имао унапред одређени, односно очигледно одредиви задатак или улогу; да је делатност криминалне организације планирана на дуже време или за неограничени временски период; да се делатност организације заснива на примени одређених правила унутрашње контроле и дисциплине чланова; да се делатност организације планира и врши у међународним размерама; да се у вршењу делатности примењује насиље или застрашивање или да постоји спремност за њихову примену; да се у вршењу делатности користе привредне или пословне структуре; да се користи прање новца или незаконито стечене добити; да постоји утицај организације или њеног дела на политичку власт, средства јавног информисања, законодавну, извршну или судску власт или на друге важне друштвене или економске чиниоце.⁷

Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку⁸ учињене су измене у наслову главе XXIXa (Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела) и глави XXIXa, које су дале одређене предности у односу на раније одређење појма организованог криминалитета, у смислу овог закона. Према важећем Законнику о кривичном поступку, у глави XXIXa појам организованог криминалитета је прецизније и једноставније одређен, као и кривична дела која спадају у кривична дела корупције, односно у друга изузетно тешка кривична дела. Предност важећег Законика о кривичном поступку је и у томе што су уведени нови изрази и термини који се односе на ову појаву, а који су били неизбежни ради ефикаснијег сузбијања организованог криминалитета.

Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала,⁹ који је ступио на снагу 2002. године (у наредном периоду је претрпео више измена и допуна), предвиђени су посебни органи за откривање, гоњење и суђење учинилаца кривичног дела организованог криминалитета. Организовани криминалитет, у смислу овог закона, представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе, односно друге организоване групе или њених припадника, за која је предвиђена казна

⁷ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС”, број 46/2006.

⁸ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС”, број 72/2009.

⁹ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, „Сл. гласник РС”, број 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 45/2005, 61/2005 и 72/09.

затвора од четири године или тежа казна. У чл. 3 Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, под организованом криминалном групом подразумева се група од три и више лица, која постоји одређено време и делује споразумно, у циљу вршења једног или више кривичних дела за које је предвиђена казна затвора од четири године или тежа казна, ради стицања, посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи. Под другом организованом групом подразумева се група која није образована у циљу непосредног вршења кривичних дела, нити има тако развијену организациону структуру, дефинисане улоге и континуитет чланства својих припадника, али је у функцији организованог криминала.

За разлику од Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, процесни закон не поставља као обавезни услов одређено трајање криминалне групе, а другу организациону групу и не предвиђа, већ се у једном од алтернативних услова тражи да је делатност криминалне организације планирана на дужи време или на неограничени временски период.¹⁰

Одређењем појма организованог криминалитета у члану 504а, ставовима 3 и 4 Законика о кривичном поступку, затим у чл. 2 и 3 Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, као и његовом делимичном одређењу у чл. 346. Кривичног законика, не може се јасно утврдити која је од наведених законских одредби она која би имала предност приликом примене. Могло би се поћи од једног од основних начела права уопште, а самим тим и кривичног права, а које налаже примену специјалне норме у односу на општу, по принципу *lex specialis derogat legi generali*. Ипак, на овај начин не бисмо могли да дамо предност примени било које од наведених норми, с обзиром на то да су у питању појединачне одредбе једнаке правне снаге и норме које решавају исту правну ствар.¹¹

Доношењем новог Законика о кривичном поступку¹² 2011. године, појам организованог криминалитета је далеко једноставније одређен, те представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе или њених припадника, док организована криминална група представља групу од три или више лица која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је потписана казна затвора од четири

10 Петровић, П., А., „Проблем дефинисања организованог криминала у законодавству Републике Србије”, *Ревизија за безбедност*, број 12/2008, Београд, стр. 36.

11 Петровић, П., А., *op. cit.*, стр. 37.

12 *Законик о кривичном поступку из 2011.* <http://www.parlament.rs/akti/doneti-zakoni/doneti-zakoni.1033.html>, приступ дана 12.10.2011. године.

године или тежа казна ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи.¹³

2. Одређење појма организованог криминалитета у међународном праву

Република Србија је 2000. године потписала Конвенцију Уједињених Нација против транснационалног организованог криминалитета, мада је деловање државних органа у правцу изградње законског одређења појма организованог криминалитета започето крајем 2001. и почетком 2002. године. Ратификацијом Конвенције Уједињених Нација против транснационалног организованог криминалитета наша земља је прихватила и његова два Протокола који је допуњавају, и то Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом и Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом.

У поменутој Конвенцији¹⁴ се у чл. 2 наводи да „група за организовани криминал“ означава организовану групу од три или више лица која постоји у извесном временском периоду и која делује споразумно у циљу чињења једног или више тешких злочина или кривичних дела утврђених у складу са овом конвенцијом, ради задобијања, посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи. Према истом члану „организована група“ означава групу која није случајно формирана ради непосредног извршања кривичног дела, и која не мора да има формално дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства и развијену структуру. За сврху ове Конвенције „тежак злочин“ означава радњу која представља кривично дело кажњиво максималном казном лишења слободе у трајању од најмање четири године или неком тежом казном.

Специјализовано тело Европске уније (**European Working Group on Narcotics and Organized Crime**) је 1994. године усвојило оперативну дефиницију организованог криминалитета, коју је прихватио и Европски суд за људска права, а према којој, да би случај (кривично дело) било квалификовано као организовани криминалитет мора да испуни три обавезна услова, која су кумулативно одређена и још најмање три од осам факултативних услова.¹⁵ Обавезни услови су да је дело резултат заједничког деловања више од два лица, у циљу вршења тешких кривичних дела, ради стицања добити или моћи.

13 Усвајањем новог Законика о кривичном поступку у Народној скупштини Републике Србије, у чл. 608 је предвиђена његова примена од 15. јануара 2013. године, изузев у поступцима за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењем надлежног суда, у ком случају се примењује од 15. јануара 2012. године.

14 *Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала*, „Сл. лист СРЈ” – Међународни уговори, број 6/ 2001.

15 Лазин, Ђ., „Правна дефиниција организованог криминала и њен практични значај”, *Ревизија за криминологију и кривично право*, број 1/2004, Београд, стр.57-78.

Факултативни услови су:

- да је сваки члан криминалне организације имао унапред одређен криминални задатак или улогу;
- да је криминална организација планирана на дуже време или неограничено;
- да се делатност организације заснива на примени одређених правила интерне контроле и дисциплине чланова;
- да се делатност организације планира и врши у међународним размерама;
- да се увршењу делатности примењује насиље и застрашивање;
- да се у вршењу делатности користе привредне или пословне структуре;
- да се користи праће новца или незаконито стечене добити;
- да постоји утицај организације или њеног дела на политику, медије, извршну и судску власт или на друштвене и економске чиниоце.

Важно је напоменути да је ову дефиницију преузео наш Законик о кривичном поступку, уз мале и занемарљиве разлике, док се упоређивањем са дефиницијом организованог криминалитета, која је дата у Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, уочавају значајне разлике. За постојање организованог криминалитета, по нашем праву, потребна су четири услова, док је по дефиницији Европске уније потребно најмање шест. У организовани криминалитет, по нашем праву, спадало би и дело које учини припадник групе која није криминална, ако је то у функцији организованог криминалитета. Према дефиницији Европске уније, у организовани криминалитет може да спада само дело које учини криминална група, а не група која није криминална. Наш појам је одређен по Конвенцији УН против транснационалног организованог криминала, али није потпуно усклађен ни са том Конвенцијом, јер је шири и репресивнији. Широко оређење појма организованог криминалитета у нашем праву је ван међународних стандарда и узора. По нашем праву, организована криминална група траје „одређено време“, док по дефиницији Европске уније она траје „дуже време“. Такође, наша дефиниција, као циљ, предвиђа стицање само „материјалне користи“, док европска дефиниција алтернативно допушта и стицање „моћи“. Међутим, последње наведене разлике су веома мале, па се могу оценити као толерантне и не сувише битне за практичну примену.¹⁶

Интерпол је у два наврата одредио дефиницију организованог криминалитета. Прва дефиниција је презентована у мају 1988. године, на Првом међународном симпозијуму о организованом криминалитету, према којој се овај тип криминалитета везује за било коју делатност или групу лица ангажованих у континуираној нелегалној активности, која за свој превасходни циљ има

¹⁶ *Ibid.*

стварање профита, независно од националних граница. С обзиром на то да се неке државе нису сагласиле са овом дефиницијом 1993. године је уследила нова према којој се организованим криминалитетом сматра свака група која има структуру корпорације, чији је првасходни циљ да вршењем противзаконите активности прибави новац и која се одржава на застрашивању и корупцији.

3. Карактеристике организованог криминалитета

У основне карактеристике типичне или класичне групе, чије деловање спада у организовани криминалитет, могу се сврстати следеће одлике:¹⁷ неиделоски карактер, хијерархијска структура, трајност криминалне организације, професионализам, специјализација и подела рада, монополистички карактер криминалне групе, постојање система интерних правила криминалне организације (саморегулатива), ефикасан систем санкционисања сваког кршења тих правила.

Типична организована криминална група није мотивисана идеолошким интересовањима, већ су њени циљеви новац и моћ, тако да њено укључивање у политику може да буде само део њене активности како би обезбедила имунитет за своје незаконите активности. Организована криминална група располаже вертикалном структуром моћи, састављеном по правилу, од три или више стална ранга, сваки са одређеним скупом овлашћења у односу на потчињене. У групи се по правилу напредује, на основу личних способности „криминалне“ успешности. Криминална организација има одређене критеријуме у погледу тога ко је квалификован да постане њен члан, а они су базирани на етничком или националном пореклу, пријатељству, криминалној прошлости или сличним околностима, а о томе ко може да постане њен члан обично одлучује високо ранжирани члан.

Постојање организоване криминалне групе је тајно, што је један од основних услова избегавања крвичне одговорности. У њој је насиље прихватљиво, а спремност на употребу и испољавање насиља је важан елемент који омогућава групи да оствари своје циљеве. Специјализација чланова организоване групе представља одређење за извршавање и усавршавање извршења одређених врста криминалних активности, док се подела рада заснива на њиховој професионализацији. Професионализам се манифестује дуготрајним чињењем кривичних дела, тако да то представља извор прихода, а такво деловање чланова криминалне групе у ствари представља њихов животни циљ. Организовани криминалитет је увек професионалног карактера, односно његови припадници су професионалци јер им из вршења кривичних дела проистичу приходи.

17 Шкулић, М., „Основна феноменолошка обележја организованог криминалитета”, *Ревизија за безбедност*, број 10/2008, Београд, стр. 23.

Организована криминална група поседује одређена правила и регулативу, које чланови групе морају да поштују, а уколико члан групе прекрши правила, он се искључује из групе, често на бруталан начин како би остали чланови организације добили поруку.

Организовани криминалитет, као скуп кривичних дела извршених од стране криминалне организације, у основи чине две врсте инкриминација: 1) кривично дело самог криминалног удружења, и 2) скуп кривичних дела која чине припадници таквог удружења, а која су заснована на циљевима ради чијег је остварења оно и основано. Да би организовани криминалитет постојао, није довољно да постоји само прва група кривичних дела (организовање криминалне скупине), већ је неопходно да се реализују и инкриминације из друге групе, чија садржина, мотив предузимања и начин вршења управо и конституишу његово биће, и у којима је и садржана *differentia specifica* у односу на остале облике организованог испољавања криминалних делатности.¹⁸

Нелегално деловање организоване криминалне групе усмерено је на стицање профита, застрашивање, коришћење корупције, изнуде, неутралисање конкуренције, легализацију илегално стечене имовине (праће новца). Легална делатност криминалне организације, коју може али и не мора да користи за праће новца, обавља се паралелно са њеном нелегалном делатношћу и није сасвим легална, јер је организација увек спремна да се ојача разним нелегалним средствима.

Карактеристике организованог криминалитета у основи одговарају законском одређењу и дефиницијама организованог криминалитета, које су претходно у тексту наведене, с тим да законодавац један број дефинисаних услова утврђује алтернативно што омогућава ефикасно сузбијање овог облика криминалитета.¹⁹

4. Сузбијање организованог криминалитета

У борби против организованог криминалитета, поред инкриминације овог појма у Кривичном законнику, Законнику о кривичном поступку и Закону о организацији и надлежности државних органа, значајну улогу има и доношење Закона о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала²⁰ којим се уређује поступак извршења казне затвора за кривична дела која се сматрају делима организованог криминала, организација и надлежност државних органа у поступку извршења казне, положај осуђених лица и надзор над

18 Шкулић, М., *Организовани криминалитет-појам и кривичнопроцесни аспекти*, Досије, Београд, 2003. године, стр.123.

19 Шкулић, М., „Основна феноменолошка обележја организованог криминалитета”, *ор. cit.*, стр. 22-27.

20 *Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала*, „Сл. гласник РС”, број 72/2009 и 101/2010.

извршењем казне затвора. У смислу овог закона, за извршење казне затвора за кривична дела организованог криминала, образовало се Посебно одељење у казнено-поправном заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем, у који се упућује пунолетно лице мушког или женског пола која су правоснажно осуђена за кривична дела организованог криминала, а налазила се у притвору до правоснажности те пресуде. Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала је детаљније одредио целокупан поступак према правоснажно осуђеним лицима за кривична дела организованог криминала, учврстио правну регалативу која се односи на кривична дела из ове области криминала и допринео ближем и јаснијем одређењу појма и карактеристика организованог криминалитета.

Значајни допринос у сузбијању организованог криминалитета представља и формирање Посебних одељења у овире Министарства унутрашњих послова, Вишег тужилаштва и Вишег суда, чије је рад усредсређен искључиво на откривање и доказивање кривичних дела и учиниоца овог типа криминалитета. Према Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, за поступање у предметима кривичних дела организованог криминала надлежно је Тужилаштво за организовани криминал, а ради обављања полицијских послова у вези са кривичним делима овог вида криминалитета у оквиру Министарства унутрашњих послова, образована је Служба за борбу против организованог криминалитета (СБПОК), која поступа у складу са законом, а по захтевима Тужиоца за организовани криминал. За поступање у предметима кривичних дела из ове области надлежан је Виши суд у Београду, као првостепени, док је за одлучивање у другом степену надлежан Апелациони суд у Београду. У Вишем суду у Београду је образовано Посебно одељење за поступање у предметима кривичног дела организованог криминалитета, док је и у Апелационом суду у Београду, такође образовано Посебно одељење за поступање у предметима кривичног дела из ове области криминалитета.

С обзиром на то да се у борби против организованог криминалитета морају користити одређене специфичне методе установљен је корпус мера које се најчешће називају посебним истражним методима или посебним доказним радњама. Нормирање посебних истражних техника, које се примењују у супротстављању овом облику криминалитета, засновано је не само на евидентним потребама праксе, већ и на позитивним искуствима полицијских и правосудних органа многих земаља. Коришћење посебних доказних радњи темељи се на закључку да „класични”, у пракси уобичајени доказни методи, нису довољни за најтеже облике криминалитета, односно за организовани криминалитет. Законик о кривичном поступку из 2009. године, у глави ХХИХа, као мере органа гоњења за откривање и доказивање кривичних дела из области организованог криминалитета наводи: надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникације, пружање симулованих пословних услуга и пружање

симулованих правних послова, контролисана испорука и аутоматско рачунарско претраживање личних и других с њима повезаних података. Посебне мере органа гоњења које се примењују за откривање и доказивање кривичних дела из области организованог криминалитета су прикривени иследник и сведок сарадник.

Значајан напредак у сузбијању организованог криминалитета представља и доношење Закона о одузимање имовине проистекле из кривичног дела.²¹ Искуство показује да је изрицање казне учиниоцима кривичних дела организованог криминалитета, без одузимања имовине коју поседују, најчешће недовољно, јер по изласку на слободу они настављају да врше кривична дела. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела је у складу са документом Европске уније под називом «Спречавањем и контролом организованог криминала: Стратегијом Европске уније за почетак новог миленијума», који инистира на неопходности одузимања имовине стечене криминалом, будући да стицање финансијске користи представља један од основних мотива за вршење тешких кривичних дела.²² Овим законом уређују се услови, поступак и органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела, односно из организованог криминалитета. Закон о одузимање имовине проистекле из кривичног дела је донет релативно скоро, 2008. године, али свакако представља велики напредак не само у сузбијању организованог криминалитета, већ и у одређењу адекватне правне регулативе која се односи на овај вид криминалитета.

Закључак

Одредити јединствену законску дефиницију организованог криминалитета је тешко из више разлога. Прво, организовани криминалитет је динамичан феномен, јер свако његово испољавање је специфично и посебно на свој начин. Досадашње измене и допуне закона који регулишу материју ове области су биле неизбежне, јер се наше законодавство морало прилагођавати нових техникама и методама које користи организовани криминалитет, али и новонасталим ситуацијама у земљи.

Затим, организовани криминалитет не подразумева кривично дело појединца, односно криминалну вољу појединца, већ представља кумулацију криминалних воља чланова криминалне организације да неко дело из области организованог криминалитета учини.

²¹ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „Сл. гласник РС”, број 97/2008.

²² Илић, П., Г., „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела - осврт на предложена законска решења”, *Ревизија за безбедност*, број 10/2008, Београд, стр. 21.

Појам организованог криминалитета у законодавство Републике Србије уведен је релативно скоро, тако да велики број осуђених лица за кривична дела из ове области криминалитета још увек нису издржала прописану казну, па се из тог разлога, првенствено, не може закључити да ли су учиниоци ових кривичних дела повратници, као и то на који начин је казна деловала на њих. То би било значајно приликом доношења нових измена и допуна закона, које ће се односити на одређење појма и карактеристика организованог криминалитета, као и на адекватно кажњавање учиниоца кривичних дела из ове области криминалитета. Одређење појма и карактеристика организованог криминалитета није ни мало једноставно, јер су савремени начини живота допринели усавршавању метода и облика којима се служи организовани криминалитет, те је доношење и усвајање новог Законика о кривичном поступку било неминовно, не само ради ефикасније правне регулативе из области класичног криминалитета, већ и у детаљнијем одређењу појма организованог криминалитета и његовом ефикаснијем супротстављању.

Литература

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, „Сл. гласник РС”, број 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 45/2005, 61/2005 и 72/2009.

Законик о кривичном поступку, „Сл. лист СРЈ”, број 70/2001 и „Сл. гласник РС”, број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009 и 72/2009.

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, „Сл. гласник РС”, број 97/2008.

Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, „Сл. гласник РС” број 72/2009 и 101/2010.

Законик о кривичном поступку из 2011. <http://www.parlament.rs/akti/doneti-zakoni/doneti-zakoni.1033.html>

Игњатовић, Ђ., *Организовани криминалитет*, Полицијска академија, Београд, 1998.

Илић, П., Г. „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела-осврт на предложена законска решења”, *Ревизија за безбедност*, број 10/ 2008, Београд. Јовашевић, Д., *Кривично право, Општи део*, Номос, Београд, 2010.

Ђурђић, В., Јовашевић, Д., *Кривично право, Посебни део*, Номос, Београд, 2010. *Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала*, „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори”, број 6/2001.

Кривични законик, „Сл. гласник РС”, бр. 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

Лазин, Ђ. „Правна дефиниција организованог криминала и њен практични значај”, *Ревизија за криминологију и кривично право*, број 1/2004, Београд.

Милошевић, М. „Специјални истражни методи у борби против организованог криминала”, *Примена међународног кривичног права – Организовани криминал*, Интернекс, Београд, 2007.

Петровић, П., А. „Проблем дефинисања организованог криминала у законодавству Републике Србије”, *Ревија за безбедност*, број 12/2008, Београд.

Шкулић, М. *Организовани криминалитет-појам и кривичнопроцесни аспекти*, Досије, Београд, 2003.

Шкулић, М. „Основна феноменолошка обележја организованог криминалитета”, *Ревија за безбедност*, број 10/2008, Београд.

Gordana Nikolić, LL.B.
Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

THE CONCEPT AND CHARACTERISICS OF ORGANIZED CRIME

Summary

Organized crime is in many ways more difficult and more complex form of crime in comparison to the traditional crime. Given the great danger to the legal order and democratic institutions of many countries, defining the concept and characteristics of organized crime is the first step in its effective control. In this paper, the author presents various definitions and legal solutions on organized crime, and analyzes the most relevant characteristics of organized crime.

The issue of organized crime may be discussed from a number of different aspects. In the first part of this paper, the author explores the legal definitions of the concept of organized crime in the national legislation, as contained in the Serbian Criminal Code, the Criminal Procedure Code and the Act on the Organization and Jurisdiction of Government Authorities in Combating Organized Crime, including the subsequent changes introduced in these legal acts in respect of the specific provisions on organized crime. Further on, the author provides the definitions of organized crime as envisaged in the international law, with specific reference to the definition of this institute in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, the definition adopted by a specialized body of the European Union (European Working Group on Narcotics and Organized Crime) and the European Court of Human Rights, and two definitions provided by the Interpol. These legal definitions basically reflect the characteristics of organized crime and provide for the efficient combat against this phenomenon. The adjustment and modification of legal provisions on organized crime, the adoption of new legislation, the existence of separate proceedings and the establishment of special bodies are the basic and indispensable aspects of combating organized crime. Although the concept of organized crime has been introduced fairly recently in the legislation of the Republic of Serbia (which has its advantages and disadvantages), our country has certainly made great progress not only in terms of recognizing this concept but also in terms of providing for an effective combat against organized crime.

Key words: *organized crime, criminal law, combating organized crime*

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊЕ НОВЦА У УПОРЕДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Апстракт: Облици угрожавања економског система једне земље су веома разноврсни. У савремено време до изражаја долазе перфидни системи деловања организованих криминалних група, посебно у сфери организованог криминалитета. Једна од таквих криминалних активности свакако је и прање новца, које све више постаје озбиљан међународни проблем. Ако се има у виду да делатност криминалних организација из домена организованог криминалитета углавном поприма међународне размере, онда је јасно зашто и међународна заједница у својим правним актима инсистира на неопходности повезивања и јединственог деловања свих земаља на његовом спречавању и сузбијању. С тим у вези, међународна заједница је донела низ прописа којима су утврђени међународни стандарди који су све више уграђени и у национална законодавства. Поред прихватања међународних стандарда и њихове имплементације у сопствено законодавство, Србија је донела и Националну стратегију за борбу против прања новца и финансирања тероризма.

Кључне речи: прање новца, организовани криминалитет, међународне конвенције, национално законодавство, национална стратегија.

1. Уводне напомене

Остваривање профита је основни циљ сваке организоване криминалне делатности. Врло често се разним таквим активностима остварују енормне суме новца, које самим тим представљају незаконито стечену имовинску корист. Извршиоци кривичних дела настоје да легализују приходе који су стечени криминалним активностима или желе да га прикажу као да потиче из неких легалних правних послова. Да би се тако стечени новац могао несметано користити, он мора бити легализован, односно „опран” и тако укључен у легалне финансијске токове. Учесници у прању новца прибегавају разним финансијским

трансакцијама, с циљем прикривања правог порекла новца, да би га учинили легалним средством промета на тржишту новца, што им обезбеђује нормално коришћење у пословним односима у којима пласирају свој капитал.

Прање новца је пратећа појава организованог криминалитета, али и других облика криминалног деловања које учиниоцима доноси противзакониту имовинску добит, јер се прањем новца, новац који је стечен криминалном делатношћу легализује, чиме се стиче могућност да се тај новац користи кроз легалне токове, у оквиру производње, трговине, платног промета и слично.¹ Као пратећа појава криминалне делатности, присутно је у земљама широм света, врши се на разне начине и испољава кроз различите форме. У савременим условима оно добија комерцијалне видове, испољавајући се као недозвољени „бизнис” који појединим националним привредама проузрокује велике штетне последице.

Прање новца је део привредног криминалитета и према степену друштвене опасности спада у најтежи вид овог криминалитета, јер погађа основне темеље државе и њеног привредног система. Оно је пратећа појава савремених облика криминалитета.

Као појава, прање новца је глобални проблем, због чега је међународна заједница у својим документима, поред дефинисања стандарда, анимирала све државе света да те стандарде прихвате и уграде их у национална законодавства. Као што су то урадиле многе земље, тако је поступила и Република Србија, која је поред имплементације међународних стандарда у сопствено законодавство, донела и Националну стратегију за борбу против прања новца и финансирања тероризма.²

Према томе, прање новца је једна из категорије новијих инкриминација, која полако заузима адекватно место у законодавству већине земаља света.

2. Појам и дефинисање прања новца

Прање новца у основи представља легализацију капитала стеченог криминалном делатношћу. Чине га финансијске трансакције, ради прикривања стварног порекла новца и других облика капитала на тржишту. Састоји се у фалсификовању финансијске документације и манипулацији у систему међубанкарских трансакција. Последњих година се значајно изражава у: утајама пореза, илегалној трговини дрогама и оружјем, организованом коцкању, проституцији и рекету, као и у процесима приватизације капитала у бившим

1 Процењено је, да се око сто педесет милијарди долара опере сваке године и уверење да су легитимне банке, узимајући 10% за своје услуге, биле веома привучене за прање новца за организоване криминалне групе. Види: Тејлор, Експрес, 22. април 2000. године, стр. 27.

2 Службени гласник РС, бр. 55/05, 71/05-исправка, 10/07 и 65/08.

социјалистичким земљама Источне Европе, те у организованим криминалним каналима на Западу.³

Сам појам „прање новца“ потиче од енглеске речи *money laundering*, што значи легализација капитала стеченог криминалном делатношћу, односно финансијске трансакције ради прикривања стварног порекла новца. Састоји се у фалсификовању финансијске документације и манипулације у систему међубанкарских трансакција. Термин „прање новца“ настаје у САД, у периоду прохибиције, у двадесетим годинама прошлог века, када су криминалци зарађени новац од илегалне производње и кријумчарења алкохолних пића приказивали као зараду, коју су остварили у ланцу својих перioniца за прање рубља и аутомобила. Због тога почео је да се употребљава термин „прање новца“. Још 1984. године комисија председника Сједињених Америчких Држава за организовани криминалитет дефинисала је „прање новца“ као процес којим неко прикрива постојање, илегално порекло или илегалну употребу прихода.⁴

Постоје многобројне дефиниције ове појаве, текстуално различите, али суштински садржајно сличне, у појединим деловима чак и идентичне. Због тога нема великих проблема по питању схватања и одређивања садржаја појма прања новца. У страниој литератури постоје шире и уже дефиниције појма прање новца. Према широј верзији – прање новца је процес у коме се приходи, за које постоји основана сумња да су стечени криминалном активношћу, преносе, пребацују, трансформишу, размењују или мењају легалним средствима, ради скривања или прикривања праве природе, извора, намене, кретања или власништва тих прихода. Циљ процеса прања новца јесте да се учини да средства добијена од недозвољених активности или повезана њима буду приказана као легитимна.⁵ Према ужим схватањима, прање новца подразумева сваку радњу или покушај радње којом се сакрива или прикрива нелегално порекло средстава, тако да изгледа да она потичу из легалних извора.⁶

Домаћи аутори, на сличан начин дефинишу овај облик организованог криминалитета. Према М. Вуковићу прање новца подразумева скуп радњи (најчешће банкарских и финансијских) којима се прикрива порекло илегално стеченог новца, те се такав новац приказује као легалан, а финансијске трансакције имају за циљ стварање привида да се до новца дошло законски дозвољеним путем.⁷ М. Бошковић под садржајем појма прање новца подразумева

3 Бошковић, М., *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Универзитет у Новом Саду, 1999, стр. 264.

4 Presidents Commission on Organized Crime – The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions and Money Laundering, Washington, 1984, str.7.

5 Дефиницију је усвојила Генерална скупштина Интерпола 1995. године.

6 FATF Brochure, Paris, 2000, стр. 1.

7 Вуковић, М., „Сива економија – тамна бројка криминалитета”, *Безбедност, број 1*, 1993, Београд, стр. 215.

делатност субјеката, најчешће оних из области сиве економије и организованог криминалитета, којима се стварају услови за легализацију противправно стечене добити, чиме се прикрива њено криминално порекло и ствара представа о законитој делатности. Операцијом која се зове прање новца не прикрива се само незаконито остварен приход, већ и криминална делатност појединих субјеката, који се у свакодневном животу приказују као поштени, угледни и економски моћни грађани.⁸ М. Кулић наводи да прање новца означава активности усмерене ка легализацији новца стеченог бављењем криминалним делатностима. Учесници у прању новца прибегавају најразноврснијим финансијским трансакцијама, како би прикрили право порекло новца, да га тако учине легалним средством промета на тржишту новца, што им омогућава нормално коришћење у пословним односима у којима пласирају свој капитал.⁹

Према новом Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма,¹⁰ под прањем новца, сматра се: конверзија или пренос имовине стечене извршењем кривичног дела; прикривање или нетачно приказивање праве природе, порекла, места налажења, кретања, располагања, власништва или права у вези са имовином која је стечена извршењем кривичног дела; или стицање, држање или коришћење имовине стечене извршењем кривичног дела. Закон о спречавању прања новца Републике Хрватске¹¹ такође даје дефиницију прања новца, према којој се прањем новца сматрају сва чињења и нечињења ради прикривања извора противправно стеченог новца за обављање допуштене делатности или стицања имовине на законит начин. Закон о спречавању прања новца Републике Црне Горе¹² под прањем новца подразумева: замјену или било какав пренос новца или друге имовине, проистекле из кривичног дјела; стицање, поседовање или коришћење новца или друге имовине, проистекле из кривичног дјела; прикривање праве природе, порекла, места депоновања, кретања, располагања, власништва или права у вези са новцем или другом имовином, који су проистекли из кривичног дјела, и прикривање незаконито стечене имовине и капитала при куповини државног капитала у поступку приватизације.

8 Бошковић, М., *Организовани криминалитет*, Полицијска академија, Београд, 1998, стр. 280.

9 Кулић, М.: *Прање новца, привредни криминал и корупција*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2001, стр. 80.

10 Службени гласник РС, бр. 20/2009.

11 Закон о спречавању прања новца Републике Хрватске, Народне новине, број 69/1997.

12 Закон о спречавању прања новца Републике Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 14/07.

3. Кривично дело прања новца у упоредном законодавству

У националним кривичним законодавствима прање новца се предвиђа као кривично дело тек у последњој деценији прошлог века.

У Кривичном закону *Републике Српске*¹³ у члану 280. предвиђено је кривично дело прања новца које чини лице које новац или имовину за коју зна да су прибављени кривичним делом, прими, замени, држи, њом располаже, употреби је у привредном пословању или на други начин прикрије или покуша прикрити. Учинилац овог кривичног дела биће кажњен казном затвора од шест месеци до пет година. Тежи облик овог дела има три облика: ако је учинилац овог дела истовремено и извршилац или саучесник у кривичном делу којим је прибављен новац или имовинска корист. Такав учинилац ће бити кажњен казном затвора од једне до осам година. Ако је новац или имовинска корист велике вредности, учинилац ће бити санкционисан затвором од једне до десет година. И коначно, ако су ова кривична дела извршена од стране више лица која су се удружила у вршењу таквих кривичних дела, учиниоци ће бити кажњени казном затвора од две до дванаест година. Лакши облик кривичног дела, где ће учинилац бити кажњен казном затвора до три године, постојаће ако је учинилац у извршењу делу поступао нехатно у односу на околност да су новац или имовинска корист прибављени кривичним делом.

Кривични закон *Босне и Херцеговине*¹⁴ у члану 209, у глави кривичних дела против привреде и јединства тржишта, као и кривичних дела из области царина, предвидео је инкриминацију прања новца. У основном облику дело чини лице које новац или имовину за коју зна да су прибављени извршењем кривичног дела, прими, замени, држи, њима располаже, употреби у привредном или другом пословању, или на други начин прикрије или покуша прикрити, а такав је новац и имовина веће вредности или то дело угрожава заједнички економски простор Босне и Херцеговине или има штетне последице за делатности или финасирање институција Босне и Херцеговине. Ово дело забрањено је казном затвора од шест месеци до пет година. Тежи облик дела, санкционисан казном затвора од једне до десет година, постоји ако је радња чињења дела из основног облика предузета у односу на новац или имовинску корист која прелази износ од 50.000 КМ. Предвиђен је и лакши облик дела, за који је прописана новчана казна или казна затвора до три године, а постоји када је учинилац при предузимању радње чињења поступао из нехата, у односу на околност да су новац или имовинска корист прибављени кривичним делом.

¹³ Кривичном закону Републике Српске, Службени гласник РС, број 49/03.

¹⁴ Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 37/2003.

Казнени закон *Републике Хрватске*¹⁵ предвидео је кривичноправну одговорност за прање новца, тако што је у глави кривичних дела против сигурности платног промета и пословања у члану 279. систематизовао кривично дело прикривање противзаконито добијеног новца. Интересантно је истаћи да Кривични закон Хрватске овом кривичном делу не даје назив прање новца. За ово кривично дело запређена је казна затвора од шест месеци до пет година. Учинилац основног облика овог дела може бити свако лице које у банкарском, новчаном или другом привредном пословању уложи, преузме, замени или на други начин прикрије прави извор новца, предмета или права стечена новцем, за који се зна да је прибављен кривичним делом, за које се може изрећи казна затвора од пет година или кривичним делом учињеним у саставу групе или злочиначке организације. У другом ставу овог члана законодавац је предвидео исто кажњавање и за лице које новац, предмете или права наведена у основном облику дела прибавља себи или другоме, поседује или ставља у промет, иако је у тренутку прибављања знао за њихово порекло. Тежи облик дела ће постојати ако је кривично дело из првог и другог става учинио члан групе или злочиначке организације. Такав учинилац ће се казнити казном затвора од једне до десет година. Предвиђен је и лакши облик дела са запређеном казном затвора од три месеца до три године, који ће постојати ако је учинилац кривично дело извршио из нехата и то у односу на чињеницу да су новац, предмети и права прибављени неким од наведених кривичних дела о основном облику овог дела. Законодавац је предвидео и могућност да се учинилац овог дела може и ослободити од казне, ако добровољно допринесе откривању кривичног дела.

Кривични закон *Републике Македоније*¹⁶ у глави кривичних дела против јавних финансија, платног промета и привреде систематизује кривично дело прање новца и друге противправне имовинске користи у члану 273. Основни облик овог дела чини лице које у банкарском, финансијском или другом привредном пословању пусти у оптицај, прими, преузме, замени или раситни новац за који зна да је прибављен трговином наркотичких дрога, трговином оружја или другим кажњивим делом или на други начин прикрије да потиче из ових извора. За учиниоца овог дела запређена је казна затвора од једне до десет година. Такође, ово дело чини и лице (став 2) које пусти у продају или у неки други вид промета имовину, предмете од вредности или друга добра за која зна да су прибављена трговином наркотичких дрога, трговином оружја или другим кажњивим делом или на други начин прикрије да потичу из ових извора. Учинилац и овог дела санкционисан је казном затвора од једне до десет година. Блажи облик кривичног дела постојаће ако је учинилац дела из првог и другог става поступао нехатно у односу на чињеницу да су новац и имовинска корист прибављени кривичним делом. Такав учинилац ће бити санкционисан

15 Казнени закон *Републике Хрватске*, Народне новине Републике Хрватске, број 110/97.

16 *Кривични закон Републике Македоније*, Службени весник на Република Македонија, број 37/1996.

новчаном казном или казном затвора до три године. Тежи облик кривичног дела (став 4) постоји ако се дело чини у саставу групе, банде или другог удружења, са циљем прања новца и друге имовинске користи. За тежи облик предвиђена је казна затвора најмање пет година.

Република Словенија је у свом Казенском законик¹⁷ у глави кривичних дела против привреде, у члану 245. прописала кривично дело прање новца, чији основни облик може да изврши свако лице које новац или имовину за које зна да су стечени кривичним делом, прими, замени, чува, њоме располаже, употреби је у привредној делатности или на други начин, одређен Законом о спречавању прања новца, прањем прикрије или покуша да прикрије његов извор. Учиниолац дела биће кажњен казном затвора до пет година. Закон предвиђа исто кажњавање за прање новца и за учиниоца који је извршио основни облик дела, а истовремено је извршилац или саучесник у кривичном делу којим су прибављени новац и имовина. Квалификовани облик дела постоји ако је радња претходна два облика дела предузета у односу на новац или имовину велике вредности. Учиниолац ће бити кажњен казном затвора до осам година и новчаном казном. Најтежи облик дела, где ће учиниолац дела бити санкционисан казном затвора до десет година и новчаном казном, постоји у случају када је радња било ког претходног облика дела извршена у злочиначком удружењу за вршење таквих кривичних дела.

Према члану 129а Кривичног законика Црне Горе¹⁸ основни облик кривичног дела прања новца, чини лице које у банкарском, новчаном или другом привредном пословању уложи, преузме, замени или на други начин прикрије прави извор новца, односно предмета или права стечених новцем, за који зна да је прибављен кривичним делом. Учиниолац овог дела казниће се затвором од шест месеци до пет година. Тежи облик кривичног дела, где ће извршилац бити кажњен затвором од једне до осам година, постојаће ако је извршилац дела из става 1. овог члана истовремено и извршилац или саучесник у кривичном делу којим је прибављен новац или имовинска корист из става 1. овог члана. Други, још тежи облик постојаће ако је новац или имовина из ст. 1 и 2. овог члана велике вредности. Тада ће се учиниолац казнити затвором од једне до десет година. Најтежи облик је санкционисан казном затвора од три до дванаест година, а постоји ако дела из ст. 1 и 2. овог члана изврши више лица која су се удружила за вршење таквих дела. Ако је дело из ст. 1 и 2. овог члана учињено из нехата, учиниолац ће се казнити затвором до три године.

Што се тиче *Немачког кривичног законика*, основни облик дела може извршити лице које предмет које је друго лице стекло извршењем претходног кривичног дела скрива, прикрива или отежава утврђивање његовог порекла, спречава или угрожава његово проналажење, запленивање, одузимање и обезбеђење. За овај облик дела прописана је казна затвора од три месеца до

¹⁷ Казенски законик Републике Словеније, Урадни лист Републике Словеније, број 55/2008.

¹⁸ Кривични законик Црне Горе, Службени лист Црне Горе, број 70/03.

пет година. Такође, исто ће се казнити и лице које предмет који је друго лице стекло извршењем претходног кривичног дела прибавља за себе или другог или употребљава за себе или другог, уколико му је у време стицања предмета било познато његово порекло. Према овом законском решењу предвиђено је кажњавање прања новца уколико су предмети или имовина прибављени извршењем неких од тежих кривичних дела која су у закону наведена. Тежи облик дела постојаће уколико учинилац прање новца врши у виду заната или као припадник банде која је створена ради трајног вршења кривичног дела прања новца. Предвиђена казна за овај облик дела је од једне до десет година затвора. Нехатно извршење дела постоји у случају када учинилац из стварне лакомислености није дошао до сазнања да предмети потичу од претходно извршених кривичних дела од стране другог лица.¹⁹ Казна затвора за овај облик дела је од три месеца до три године.

У *Кривичном законнику Руске федерације*,²⁰ у групи кривичних дела против економске делатности, систематизовано је кривично дело прања новца, под називом „Легализација (прање) новчаних средстава или друге имовине, стечене противправним путем”. Основни облик дела састоји се у бављењу финансијским операцијама и другим пословима са новчаним средствима или другом имовином која је намерно стечена незаконитим путем, као и коришћење наведених средстава за остваривање своје предузетничке или друге привредне делатности. За овај облик дела предвиђена је новчана казна од петстотина до седамстотина минималних износа цене рада или другог дохотка осуђеног лица за време од пет до седам месеци или казна затвора у трајању до четири године, уз новчани казну до сто минималних износа цене рада или другог дохотка осуђеног лица, у трајању до једног месеца. Тежи облик дела постоји: ако је радњу извршења основног облика предузело лице у саставу групе уз претходни договор, ако је радња извршења предузета вишеструко (специјални поврат) и ако је радња извршења предузета од стране лица искоришћавањем свог службеног положаја. За тежи облик дела прописана је казна затвора у трајању од четири до осам година уз конфискацију имовине или без ње. Најтежи облик овог кривичног дела постоји у случају када је радња извршења основног облика дела предузета од стране организоване групе или у великој размери. За овај облик дела прописана је казна затвора од седам до десет година, уз конфискацију имовине или без ње.²¹

19 Бошковић, М., Бошковић, А., *Корупција-прање новца- финансирање тероризма*, оп. cit. стр. 204.

20 Марковић, М.: *Прање новца у кривичном законодавству Републике Србије и упоредним законодавствима*, Зборник радова: Корупција и прање новца“, Сарајево, 2009.године, стр. 274.

21 *ibid* стр. 274.

4. Прање новца у домаћем законодавству

Као кривично дело, прање новца није било посебно систематизовано у претходном Кривичном закону СРЈ, нити у кривичним законима Србије и Црне Горе, нити су биле предвиђене неке друге инкриминације под другим називом које би по садржају одговарале кривичном делу прања новца. Истина, било је неких инкриминација, као што је кривично дело помагање, у глави кривичних дела против имовине или на пример, кривично дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела, у чијим конструкцијама су постојали само неки елементи радњи из области прања новца, али нису могли да представљају прање новца као кривично дело. У наше кривично законодавство кривично дело прања новца уведено је први пут 2001. године, у тада важећем Закону о спречавању прања новца.²² Нови Закон о спречавању прања новца²³ донет је 2005. године којим се предвиђа низ управно-правних и других мера за сузбијање прања новца. И коначно, Закон о спречавању прања новца и финансирању тероризма из 2009. године је тренутно важећи пропис који третира проблематику прања новца и финансирања тероризма.²⁴

У Кривичном законнику Републике Србије **прање новца** је предвиђено у глави кривичних дела против привреде, у члану 231.²⁵

Кривично дело прање новца у основном облику састоји се у конверзији или преносу имовине за који се зна са потиче од кривичног дела у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, у прикривању или лажном приказивању чињеница о имовини за коју се зна да потиче од кривичног дела или у стицању, држању или коришћењу имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од кривичног дела.²⁶

По члану 112. став 36. КЗ РС под имовином се сматра добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправа у било ком облику којим се доказује право или интерес на такво добро. Имовином се сматра и приход и друга корис остварена непосредно или посредно из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којом је помесана.²⁷ Новац је мерило вредности и средство плаћања и

22 Стојановић, З., *Коментар кривичног законика*, „Службени гласник“, Београд, 2006. година, стр. 552.

23 Закон о спречавању прања новца, „Службени гласник Републике Србије“, број 107/05 и 117/05

24 Закон о спречавању прања новца и финансирању тероризма, Службени гласник РС, бр. 20/2009.

25 До доношења Кривичног законика РС примењивао се Закон о спречавању прања новца (Службени лист СРЈ број 53/2001).

26 Јовашевић, Д., *Кривично право, Посебни део*, Номос, Београд, 2010. године, стр. 126

27 Јовашевић, Д., *op. cit.* стр. 95.

због вишеструког значаја који има у платном промету и у привредном пословању уопште, ужива и посебну правну заштиту, па и у домену кривичног права.²⁸

Радња извршења кривичног дела се састоји из више алтернативно предвиђених делатности. То су: конверзија или пренос незаконито стечене имовине; прикривање или лажно приказивање чињеница о имовини; стицање, држање или коришћење незаконито стечене имовине.²⁹ Конверзија је претварање једне новчане валуте у другу, најчешће преко банака или овлашћених мењачница. Под преносом имовине се подразумева преношење имовинских права или предмета који имају имовинску вредност на неко друго физичко или правно лице. Други могући облик је прикривање или лажно приказивање чињеница о имовини. Прикривање се, по правилу чини нечињењем, тако што се не саопштавају релевантне чињенице, док је лажно приказивање, давање неистинитих података о тим околностима. Дело се може извршити и стицањем, држањем или коришћењем имовине. Стицање је прибављање имовине у свој посед са могућношћу да њом располаже. Држање је фактичко располагање имовином, док је коришћење сваки начин располагања том имовином, као што су употреба, продаја, давање на поклон и др.³⁰

Лакши облик дела постоји ако је радњу извршења предузело лице које није знало да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом, али је то могло и било дужно да зна (несвесни нехат).³¹

Ово кривично дело има два тежа облика. Први тежи облик дела постоји у случају предузимања радње извршења, у односу на новац и имовину чија вредност прелази износ од 1.500.000 динара. За овај облик дела је кумулативно прописана казна затвора од једне до десет година и новчана казна. Други тежи облик дела постоји ако је радња извршења предузета од групе. За овај облик дела је предвиђена такође кумулативно казна затвора од две до дванаест година и новчана казна.³²

На субјективном плану, за извршење овог кривичног дела неопходан је умишљај. Иако би умишљај треба да обухвати и знање да имовина потиче од кривичног дела, то се у законском опису експлицитно захтева код сва три облика радње извршења. Код трећег облика дела, то знање треба да постоји у време када се до имовине дошло. Осим знања код конверзије и преноса имовине потребна је и намера да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине.³³

28 Лазаревић, Љ. *Коментар кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2006. године, стр. 628.

29 Јовашевић, Д., *op.cit.* стр.127.

30 Лазаревић Љ., *loc. cit.* стр. 628.

31 Јовашевић, Д., *loc. cit.* стр. 127.

32 Јовашевић, Д., *op. cit.* стр. 128.

33 Стојановић, З., *op. cit.* стр. 553.

Одредбе Кривичног законика којим се регулише кривично дело прања новца представљају значајно побољшање у односу на ранију инкриминацију, коју је садржао Закон о спречавању прања новца из 2001. године. Реформа до које је дошло 2005. године решила је неке од наведених проблема, обезбеђујући већу усклађеност домаћих прописа са међународним документима. Дефиниција прања новца из Кривичног законика је примеренија захтевима из међународних докумената и разрешава неке од дилема. Уместо ранијег појма „незаконите делатности“, одредбе КЗ упућују на то да имовина потиче од вршења кривичног дела. Ирелевантно је о којем се кривичном делу ради. Значи, предикатним кривичним делом сматрају се само активности које су законом прописане као кривична дела настала кршењем како домаћих тако и међународних прописа. Предикатно кривично дело може да буде било које кривично дело чијим се извршењем дошло до имовине која је предмет кривичног дела прања новца. У погледу утврђивања чињенице да имовина потиче од вршења кривичног дела, није потребно да већ постоји правноснажна пресуда за то кривично дело.³⁴ Такође се уочава и то да Кривични законик Републике Србије нема посебну одредбу која се односи на лица која су учиниоци и предикатног кривичног дела и кривичног дела прања новца, као што је то у КЗ Црне Горе (чл. 268.ст. 2), КЗ Републике Српске (чл.280. ст. 2) и КЗ Словеније (чл. 245. ст. 2). У КЗ Црне Горе и Републике Српске прописан је квалификован облик овог кривичног дела који постоји кад је извршилац дела истовремено и извршилац или саучесник у кривичном делу којим је прибављен новац или имовинска корист. За овај тежи облик прописана је и строжија казна – казна затвора од једне до осам година. Према ставу 3. Стојановића, лице које изврши предикатно кривично дело, тј. које је имовину стекло вршењем кривичног дела не може да буде извршилац кривичног дела прања новца. Као и код кривичног дела прикривања, и овде се ради о накнадном некажњивом делу.³⁵

Према новом **Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма Републике Србије** из 2009. године, под прањем новца, сматра се: конверзија или пренос имовине стечене извршењем кривичног дела; прикривање или нетачно приказивање праве природе, порекла, места налажења, кретања, располагања, власништва или права у вези са имовином која је стечена извршењем кривичног дела; или стицање, држање или коришћење имовине стечене извршењем кривичног дела.³⁶ Основно кривично дело прање новца у свим члановима у наведеним законима има доста сличности без обзира на текстуалне разлике. Постоје одређене разлике у одређивању тежег облика овог кривичног,

³⁴ Стојановић, З., *op. cit.* стр. 201.

³⁵ Стојановић, З., *op. cit.* стр. 553.

³⁶ Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, Службени гласник РС, бр. 20/2009, 72/2009 и 91/2010.

дела као и у навођењу услова када лице неће бити кажњено, односно када га суд може ослободити од казне.

5. Национална стратегија Србије за борбу против прања новца и финансирања тероризма

Влада Републике Србије донела је националну стратегију за борбу против прања новца и финансирања тероризма.³⁷ Сврха Националне стратегије за борбу против прања новца и финансирања тероризма је да се, на основу описа и анализе стања и трендова криминалитета, као и анализе законодавног, институционалног и оперативног оквира борбе против прања новца и финансирања тероризма, дају препоруке за превазилажење проблема и унапређивање постојећег система. Препоруке ће бити разрађене акционим планом, који ће предвидети обавезе свих органа из ове стратегије, као и рокове за извршавање обавеза.

Основни циљеви ове стратегије су:

- превентивним и репресивним мерама утицати на смањење криминалитета у вези са прањем новца и финансирања тероризма;
- имплементирати међународне стандарде чије спровођење омогућава чланство или повољнији статус државе у међународним организацијама;
- развити систем сарадње и одговорности свих учесника у борби против прања новца и финансирања тероризма;
- унапредити сарадњу јавног и приватног сектора на плану борбе против прања новца и финансирања тероризма;
- обезбедити транспарентност финансијског система.

У складу са овом Стратегијом, прање новца је процес прикривања незаконитог порекла новца или имовине стечених криминалитетом. Када је имовинска корист стечена извршењем кривичног дела, извршилац тражи начин да новац користи тако да не привлачи пажњу надлежних органа. Стога врши низ трансакција које служе да новац прикажу као законито стечен. Прање новца има три основне фазе:

Прва фаза: фаза „улагања” је прекидање директне везе између новца и незаконите активности којом је он стечен. У њој се незаконито стечени новац уводи у финансијски систем. Новац се уплаћује на банковне рачуне, најчешће у виду неке законите активности у којој се плаћање врши у готовом новцу. Један од начина је оснивање фиктивног привредног друштва које нема пословних активности, већ служи искључиво за полагање „прљавог” новца или уситњавање великих сума новца а потом његово полагање на рачуне у износима који нису сумњиви и нису предмет пријављивања надлежним органима.

Друга фаза: фаза „раслојавања” или „прикривања”. Након што је новац ушао у легални финансијски систем, пребацује се са рачуна на који је положен

³⁷ Службени гласник РС, бр. 55/05, 71/05-исправка, 101/07 и 65/08.

на друге рачуне. Главни циљ тих трансакција је прикривање везе између новца и криминалне активности од које потиче.

Трећа фаза: фаза „интеграције”, у којој се „прљав” новац јавља као новац који потиче од дозвољене делатности. Чест метод интеграције „прљавог” новца у легалне финансијске токове је куповина некретнина. Давање у закуп некретнина је законито а приход од закупнине није сумњив. Новац се често инвестира у предузећа у тешкоћама, која након тога настављају да раде, а дивиденде и директорске плате које се исплаћују су законити приходи. Када новац дође у ову фазу, скоро да је немогуће открити његово незаконито порекло.

Прање новца и финансирање тероризма су глобални проблеми који имају повратне ефекте на економске, политичке, безбедносне и социјалне структуре земље. Последице прања новца и финансирања тероризма су: подривање стабилности, транспарентности и ефикасности финансијског система земље, економски поремећаји и нестабилност, угрожавање програма реформи, смањење инвестиција, губљење угледа државе и угрожавање националне безбедности.

Процена Међународног монетарног фонда је да је укупан обим прања новца у свету између два до пет процената укупног светског друштвеног производа. Износ у новцу који одговара наведеним процентима је 590 милијарди до 1,5 билиона америчких долара годишње. С обзиром на тајност и природу прања новца, наведени подаци су само индикатор величине проблема.

5.1. Борба против прања новца и финансирања тероризма у Републици Србији

Релевантни међународни стандарди у вези са прањем новца су:

Радна група за спречавање прања новца (Financial Action Task Force on Money Laundering- FATF) донела је 2003. године нових „40 препорука” у области спречавања прања новца;

У периоду од 2001. до 2005. године FATF је донела „9 специјалних препорука” у области спречавања финансирања тероризма;

Европска унија донела је 2005. године нову Директиву о спречавању употребе финансијског система у сврхе прања новца и финансирања тероризма (Трећа директива ЕУ);

Европска унија донела је 2006. године Уредбу о контроли преноса физички преносивих средстава плаћања у износу од 10.000 евра или више преко државних граница Европске уније;

Потврђене и потписане конвенције:

Конвенција Уједињених нација о противзаконитом промету опојних дрога и психотропних супстанци (Бечка конвенција), донета 1988. године („Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, број 14/90);

Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом (Стразбуршка конвенција), донета 1990. године

(„Службени лист СРЈ - Међународни уговори”, број 7/02 и „Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 18/05);

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима (Палермо конвенција), донета 2000. године („Службени лист СРЈ - Међународни уговори”, број 6/01);

Кривичноправна конвенција Савета Европе о корупцији из 1999. године („Службени лист СРЈ - Међународни уговори”, број 2/02 и „Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 18/05);

Конвенција Уједињених нације против корупције, донета 2003. године „Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 12/05);

Конвенција Уједињених нација о спречавању финансирања тероризма, донета 2000. године („Службени лист СРЈ - Међународни уговори”, број 7/02);

Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма (Варшавска конвенција), донета 2005. године, потписана је 16. маја 2005. године.

5.2. Институционални ниво - субјекти задужени за спровођење усвојене стратегије

1) Министарство финансија врши послове државне управе који се односе на спречавање прања новца и предлаже прописе који уређују ову област. У оквиру Министарства финансија образовани су следећи посебни органи који у делокругу имају и борбу против прања новца и финансирања тероризма: Управа за спречавање прања новца, Пореска управа, Управа царина, Девизни инспекторат и Управа за игре на срећу.

2) Министарство правде између осталих, обавља послове државне управе који се односе на кривично законодавство, међународну правну помоћ и др. Министарство правде, у оквиру Сектора за нормативне послове и међународну сарадњу, има Одељење за нормативне послове, европске интеграције и међународну сарадњу које обавља послове који се односе на изразу и праћење примене закона, развој и унапређење правног система у областима из делокруга Министарства, праћење програма европске интеграције, хармонизацију прописа са прописима Европске уније, Савета Европе и Уједињених нација; послове праћења и остваривања права и обавеза који проистичу из релевантних међународних конвенција из надлежности Министарства правде и Одељење за међународну правну помоћ које обавља послове који се односе на захтеве домаћих и страних судова, других државних органа и грађана за пружање међународне правне помоћи.

3) Правосудни центар за обуку и стручно усавршавање је организација која пружа програме обуке и стручног усавршавања носилаца правосудних функција и запослених у правосудју у Републици Србији. Оснивачи Правосудног центра су Република Србија и Друштво судија Србије. Задатак Правосудног цен-

тра је осмишљавање и реализација програма обуке, унапређење и усавршавање знања судија, тужилаца и запослених у правосуђу, приближавање савремених стандарда међународног правног поретка и судске праксе развијених правних система, као и нових правних института и прописа у вези са европским интегративним токовима.

4) Министарство унутрашњих послова

Управа за борбу против организованог криминала Министарства унутрашњих послова је реорганизована, у складу са Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, у Службу за борбу против организованог криминала. У оквиру Службе, у Одељењу за борбу против организованог финансијског криминала, образован је Одсек за борбу против прања новца. Служба за борбу против организованог криминала је саставни део Управе криминалистичке полиције.

5) Безбедносно - информативна агенција, у складу са Законом о Безбедносно-информативној агенцији³⁸ обавља и послове у вези са супротстављањем организованом међународном криминалитету. То су послови откривања, истраживања и документовања најтежих облика организованог криминалитета са елементом иностраности - кријумчарењем наркотика, илегалним миграцијама и трговином људима, кријумчарењем оружја, фалсификовањем и прањем новца, као и најтежим облицима корупције повезаним са међународним организованим криминалом. Посебни послови и задаци БИА односе се на спречавање и сузбијање унутрашњег и међународног тероризма.

6) Министарство одбране, у складу са одредбама Закона о министарствима³⁹, обавља, између осталог, послове државне управе који се односе на безбедност од значаја за одбрану. Законом о основама уређења служби безбедности Републике Србије („Службени гласник РС”, број 116/07) образоване су Војнобезбедносна агенција и Војнообавештајна агенција као органи управе у саставу Министарства одбране, са статусом правног лица. Законом о службама безбедности СРЈ („Службени лист СРЈ”, број 37/02 и „Службени лист СЦГ”, број 17/04) утврђене су надлежности војних служби безбедности – Војнобезбедносне агенције и Војнообавештајне агенције у борби против тероризма и организованог криминала, што обухвата и спречавање прања новца и финансирања тероризма.

7) Јавно тужилаштво је самостални државни орган чија надлежност је утврђена Уставом и Законом о јавном тужилаштву. У Републици Србији постоји Републичко јавно тужилаштво, 30 окружних и 109 општинских јавних тужилаштава. У Републичком јавном тужилаштву образоване су групе за праћење и консултације по предметима привредног криминала, где спада и кривично дело прање новца, али није извршена специјализација за прање новца и финансирање

38 Закон о Безбедносно-информативној агенцији, Службени гласник РС, број 42/02.

39 Закон о Министарствима, Службени гласник РС, број 65/08.

тероризма. За поступање у предметима кривичних дела организованог криминала за територију Републике Србије надлежно је Посебно одељење Окружног јавног тужилаштва у Београду за сузбијање организованог криминалитета.

8) Судови у Републици Србији самостални и независни и суде на основу Устава, закона и других општих аката када је то законом предвиђено, опште прихваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора. Судска власт врши се преко судова опште и посебне надлежности, чије се оснивање, организација, надлежност, уређење и састав уређују законом. Највиши суд у Републици Србији, по Уставу је Врховни касациони суд. У овом тренутку постоји 187 судова опште и посебне надлежности. Неколико судова у великим градовима решава далеко највећи број предмета.

5.3. Органи који врше надзор над применом Закона о спречавању прања новца

1) Народна банка Србије је централна банка Републике Србије чија је надлежност одређена Уставом Републике Србије и Законом о Народној банци Србије. Народна банка је самостална и независна институција. Њен основни циљ је одржавање финансијске стабилности. Послови из надлежности Народне банке Србије су, између осталих, и:

- унапређење функционисања платног промета и финансијског система;
- контрола бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација;
- надзор над применом закона у делатности осигурања, код друштава за управљање добровољним пензијским фондовима и даваоца финансијског лизинга;
- надзор над применом Закона о спречавању прања новца од стране банака, мењача, осигуравајућих организација, друштава за управљање добровољним пензијским фондовима и даваоца финансијског лизинга.

2) Комисија за хартије од вредности је независна и самостална организација Републике Србије. Њене надлежности дефинисане су Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Законом о инвестиционим фондовима, Законом о спречавању прања новца и другим законима.

3) Други органи и организације који су надлежни за надзор над применом Закона о спречавању прања новца, до доношења ове стратегије нису вршили те послове због недостатка људских и материјалних ресурса.

Закључак

За успех спречавања прања новца потребна је одговарајућа међународна сарадња уз коришћење савремених и ефикасних метода, како у превенцији тако и у репресивним санкцијама. Да би борба против кривичног дела прања новца

била боља и ефикаснија потребно је и ангажовање свих друштвених чинилаца, јер ово кривично дело и угрожава пре свега економске, политичке, правне, културне и друге значајне вредности једног друштва.

Праће новца представља веома опасну криминалну делатност са високим степеном друштвене опасности, тако да се ово кривично дело тешко открива а и доказује. Битно је истаћи да је праће новца последица неефикасног функционисања институција система, тако да борба против ове друштвено негативне појаве представља и борбу за реформу институције, јер само бољим и ефикаснијим институцијама можемо се супротставити прању новца и самим тим подићи животни стандард грађана на виши ниво, а то ћемо учинити пре свега доследним спровођењем Закона, што ефикаснијим радом полиције, као и применом казнене политике у нашим судовима.

Из упоредноправног прегледа произилази да сви анализирани закони, у групи кривичних дела против привреде и платног промета, садрже кривично дело праће новца. Кривично дело има више облика, а казне су упоредиве и међусобно сличне. Поједини закони предвиђају кумулативно изрицање казне затвора и новчане казне учиниоцу кривичног дела. Међутим, није довољна сама ратификација међународних докумената и доношење домаћих прописа. Неопходна је њихова примена. Имајући у виду да праће новца представља глобални проблем, неопходно је деловати и на плану јачања међународне сарадње у овој области. У овој борби свака држава треба и мора да рачуна на помоћ других држава, као и целе међународне заједнице, из разлога што криминалитет не познаје границе. Боља и ефикаснија борба против овог облика криминалитета подразумева активније учешће свих субјеката који се баве превенцијом и репресијом овог вида криминалитета.

Дакле, може се констатовати, законодавство Републике Србије је усклађено са међународним стандардима и обавезама које је Србија преузела ратификацијом појединих докумената. Законска решења у правном систему Србије су хармонизована са решењима из ових међународних докумената.

Литература

Књиге, уџбеници:

1. Бошковић, М., *Организовани криминалитет*, Полоцијска академија, Београд, 1998.
2. Бошковић, М., Бошковић, А.: *Корупција-праће новца - финансирање тероризма*.
3. Бошковић, М., *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Универзитет у Новом Саду, 1999.
4. Вуковић, М., *Сива економија – тамна бројка криминалитета*, Безбедност, број 1, Београд, 1993.
5. Јовашевић, Д., *Кривично право, Посебни део*, Номос, Београд, 2010.

6. Кулић, М.: *Прање новца, привредни криминал и корупција*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2001.

7. Лазаревић, Љ. *Коментар кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006.

8. Марковић, М., „*Прање новца у кривичном законодавству Републике Србије и упоредним законодавствима*“, Зборник радова: „Корупција и прање новца“, Сарајево, 2009.

9. Стојановић, З., *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006.

Прописи, документи:

Закон о спречавању прања новца Републике Хрватске, Народне новине, број 69/1997.

Закон о спречавању прања новца Републике Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 14/07.

Кривичном закону Републике Српске, Службени гласник РС, број 49/03.

Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 37/2003.

Казнени закон Републике Хрватске, Народне новине Републике Хрватске, број 110/97.

Кривични закон Републике Македоније, Службени весник на Република Македонија, број 37/1996.

Казенски законик Републике Словеније, Урадни лист Републике Словеније, број 55/2008.

Кривични законик Црне Горе, Службени лист Црне Горе, број 70/03.

Закон о спречавању прања новца, „Службени гласник Републике Србије“, број 107/05 и 117/05

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, Службени гласник РС, бр. 20/2009, 72/2009 и 91/2010.

Закон о Безбедоносно-информативној агенцији, Службени гласник РС, број 42/02.

Закон о Министарствима, Службени гласник РС, број 65/08.

Закон о спречавању прања новца (Службени лист СРЈ број 53/2001).

Национална стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма, Службени гласник РС, бр.55/05, 71/05-исправка, 10/07 и 65/08.

Presidents Comission on Organized Crime – The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions and Money Laundering, Washington, 1984.

Tatjana Skakavac, LL.M.
*Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš*

MONEY LAUNDRING IN COMPARATIVE AND NATIONAL LEGISLATION

Summary

The economic system of a country may be endangered in numerous ways. In the contemporary world, there are many fraudulent schemes at work which are particularly prominent in the field of organized crime. One of these criminal activities involving organized criminal groups is money laundering, which has grown into a serious international problem. The activities of criminal organizations in the area of organized crime have been affecting the international community at large. Given the considerable international implications, the international community has been urging for mutual cooperation and joint action aimed at preventing and combating money laundering worldwide. In that context, the international community has adopted a vast body of regulations which have laid down the international standards in this area. These regulations are being progressively introduced into the national legislations. The Serbian legislation in this area is in compliance with the international standards and obligations assumed by the ratification of some of these international documents. In addition to recognizing the international standards and introducing them into the national legislation, the Republic of Serbia has also adopted the National Strategy for Combating Money Laundering and Financing Terrorism.

Key words: *money laundering, organized crime, international conventions, national legislation, national strategy*

Мирко Живковић, дипломирани правник-мастер
инспектор криминалистичке полиције МУП РС

UDK: 343.91-053.6(497.11)“2007/2010“

ФАКТОРИ И ОБЛИЦИ ИСПОЉАВАЊА МАЛОЉЕТНИЧКЕ ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ НА ПОДРУЧЈУ ОПШТИНЕ ПРЊАВОР

***Апстракт:** криминална и асоцијална понашања постоје од самог настанка људског друштва, па до данас. Нека понашања су кроз циљ и развој људског друштва детерминисана као криминална и антидруштвена, док постоје понашања која су, кроз различите периоде, карактерисана као друштвено прихватљива, а понекада као антидруштвена и криминална. Малољетничка делинквенција изискује посебну пажњу при изучавању етиологије и феноменологије како би се друштво правилно поставило према тој друштвено неприхватљивој појави и дјеловало превентивно.*

***Кључне ријечи:** малољетник, малољетничка делинквенција, криминалитет, друштвена угроженост.*

I МЕТОДОЛОГИЈА ИСТРАЖИВАЊА

1. ПРЕДМЕТ

Предмет истраживања јесу фактори, облици и обим малољетничке делинквенције, односно, малољетних починилаца кривичних дјела, на подручју општине Прњавор, те квантитативни и квалитативни однос малољетних извршилаца према пунољетним, у периоду од 2007-2010. године.

2. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА

Циљ истраживања је да се утврди квантитативни и квалитативни однос малољетних извршилаца кривичних дјела, односно, кривичних дјела у односу на општу популацију, да се установе узроци, ставови друштва и малољетника, као и изнајавење приједлога и сугестија, у циљу смањења овог облика друштвеног угрожавања.

Појединачни циљеви:

- утврдити основне елементе популације на подручју општине Прњавор, односно, који је проценат малољетника у укупној популацији на подручју општине Прњавор, али и заступљеност у односу урбаног и руралног подручја,
- утврдити број малољетних извршилаца кривичних дјела на подручју општине Прњавор у времену од 2007-2010. године, те квантитативни и квалитативни однос друштвене опасности извршених кривичних дјела у односу на пунољетне починиоце,
- утврдити ниво образовања малољетних починилаца и њихов успјех у школи,
- одредити подручје из којег долазе малољетни починиоци кривичних дјела (урбана/рурална средина),
- ставити у контекст, односно, утврдити узрочност степена друштвене опасности и врсте кривичног дјела које врше малољетни извршиоци са претходно датим одговорима по циљевима.

3. ХИПОТЕЗЕ

Општа хипотеза: малољетни починиоци кривичних дјела у највећем обиму се регрутују из групе која исказује слабији успјех у образовању, посједује склоност ка формирању подргрупа, и која не остварује у потпуности процес социјализације, услед чега је малољетник отуђен од друштва и није инкорпориран у друштвене институције.

Појединачне хипотезе:

- на подручју општине Прњавор живи око 50.000 становника, од чега седми дио чине малољетници,
- малољетни починиоци представљају изузетак у вршењу кривичних дјела, те је њихов број занемарљив у односу на пунољетне починиоце,
- код малољетних починилаца кривичних дјела у највећем броју препознају се они са нижим степеном образовања, углавном се ради о завршеном основном образовању, мање захтјевним стручним школама и нижим успјехом,
- територијална распрострањеност малољетних починилаца кривичних дјела је једнака у односу на урбано и рурално подручје, гдје нема посебних одступања по узрасту, степену васпитања, тежини и броју извршених кривичних дјела,
- малољетни починиоци кривичних дјела су у највећем проценту лица са нижим степеном образовања и социјалне адаптације. Малољетници најчешће врше кривична дјела против имовине, у циљу прибављања противправне имовинске користи и адаптације у социјалним подгрупама.

4. МЈЕСТО И ВРИЈЕМЕ НА КОЈЕ СЕ ОДНОСИ ИСТРАЖИВАЊЕ

Истраживање се врши на подручју општине Прњавор, период на који се односи истраживање јесте од 2007-2010. године.

5. ПОПУЛАЦИЈА И УЗОРАК

Општина Прњавор има око 50.000 становника, од чега око 13.000 живи у урбаној средини (подаци са последњег пописа становништва БиХ 1991. године). Узорак на којем се врши истраживање јесу малољетна лица која су извршила кривична дјела за која је проведено кривични поступак. Анкетни упитник је спроведен на сто ученика Средње мјешовите школе и Гимназије Прњавор од првог до четвртог разреда, од чега педесетседам дјечака и четрдесеттри дјевојчице.

6. МЕТОДЕ ТЕХНИКЕ И ИНСТРУМЕНТИ ИСТРАЖИВАЊА:

Од метода је коришћена метода теоријске анализе и статистичка метода. Од техника истраживања је коришћено анкетирање, којим су добијени ставови малољетника у односу на узроке и околности малољетничке делинквенције, као и мјере које малољетници предлажу.

II АНАЛИЗА ИСТРАЖИВАЊА

Општина Прњавор се налази у сјеверозападном дијелу Републике Српске и простире између планина Мотајице на сјеверу, и Љубића, на југу. Надморска висина је 160-220м. Простор општине Прњавор граничи се са општинама: Србац, Дервента, Добој, Теслић, Челинац и Лакташи. Општина Прњавор, по свом географском положају, припада простору бањалучке регије. Кроз територију општине пролазе магистрални пут Бањалука – Прњавор - Дервента (М – 16), регионални путни правац Челинац - Прњавор – Србац (Р-474) и јужним дијелом општине жељезнички путни правац Добој – Бањалука, што представља значајан фактор у развоју, као и у друштвеном смислу. Простор општине Прњавор захвата површину од 631 квадратног километра, на којем живи око 50.000 становника у 14.000 домаћинстава. Општина обухвата 63 насељена мјеста, односно 33 мјесне заједнице и градско подручје. Већина становништва општине Прњавор живи у сеоском подручју, док на подручју града, према процјенама, живи око 10.000 становника.¹ Национални састав општине Прњавор, по попису из 1991. године чине: Срби 33.508 (71,21%), Муслимани 7.143 (15,18%), Хрвати 1.721 (3,65), Југословени 1.757 (3,73%) и остали 2.926 (6,23 %). За вријеме рата у БиХ, на подручју општине Прњавор, није било борбених дејстава. Иако није било борбених дејстава за вријеме рата и непосредно после рата, демографска слика се значајно

¹ Подаци по последњем попису из 1991. године, у односу на наведени попис, те презентоване податке, демографска слика општине је незнатно промијењена данас.

промијенила, гдје је са подручја општине дошло до исељавања муслиманског и хрватског становништва у проценту до 60%², а досељавања становништва са простора централне БиХ, те сјеверних општина Републике Српске Крајине и Републике Српске. У квантитативном смислу, на подручју општине Прњавор, није дошло до значајне промјене броја становника.

Стање малољетничке делинквенције на подручју општине Прњавор, у овом истраживању, посматрано је и утврђивано уопште, односно, стање малољетничке делинквенције у односу на бројност опште популације, стање општег криминалитета и друге референце, у периоду од 2007-2010. године.³

	2007.	2008.	2009.	2010.
КД од страна пунољетних починилаца	240	135	202	202
КД од стране малољетних починилаца	13	9	17	11
КД извршена од стране малољетних дјечака	11	9	15	10
КД извршена од стране малољетних дјевојчица	1	-	2	1
Укупно извршених КД	253	144	219	213

У референтном периоду, од 2007. до 2010. године уочљив је благи пад укупног броја кривичних дјела, док је број кривичних дјела извршених од стране малољетних починилаца без битнијих одступања.

	2007.	2008.	2009.	2010.
КД против имовине	11	3	12	7
КД живота и тијела	1		1	1
Недозвољена производња и промет оружја и експлозивних материја	1	3	4	3
Остало	-	3	-	-

Из дате табеле јасно се види да су малољетници у највећем броју вршили кривична дјела против имовине, док су остала најзаступљенија кривична дјела: недозвољена производња и промет оружја и експлозивних материја и против живота и тијела, у оквиру којих су најзаступљенија: тјелесна повреда, тешка тјелесна повреда и учествовање у тучи.

	2007	2008	2009	2010
Крађа	7	-	7	5
Тешка крађа	4	3	2	1
Остала КД	-	-	1	1

² Податак који се заснива на процјени гдје нема тачних извора.

³ Подаци Форума за безбједност општине Прњавор, Извјештај за 2011. годину, од 01.06.2011.године.

Из дате табеле уочљиво је да су од кривичних дјела против имовине, малољетници најчешће вршили крађе у основном облику, док су тешке крађе у мањој мјери заступљене, а остала кривична дјела против имовине изузетак.

Кратка анкета у циљу утврђивања ставова средњошколаца, као малољетних лица у периоду адолесценције, је проведена у двије средње школе са сједиштем у Прњавору, и то у Средњој мјешовитој школи и Гимназији Прњавор.

	Малољетници	Малољетници	Укупно
Први	10	8	18
Други	15	10	25
Трећи	15	12	27
Четврти	17	13	30
Укупно	57	43	100

У анкети је учествовало укупно 100 ученика, од чега 57 малољетника и 43 малољетница, распоређени у разредима како се види у табели.

	Број ученика	Процент
Урбано	35	35%
Рурално	65	65%
укупно	100	100%

Анализом одговора у анкетном упитнику утврђено је како 35% ученика средњих школа у Прњавору живи у урбаној средини, док 65% живи у руралној средини, одакле путује у школу.

На питање о којим облицима малољетничке делинквенције најчешће имају сазнања, испитаници у 61% кажу да је то крађа. Под крађом они подразумјевају и тешке облике крађе, разбојништво, утају и сличне имовинске деликте; 12 % одговара да је то недозвољено ношење ватреног и хладног оружја; 4% да је то провала у станове и аутомобиле од стране малољетника; 3% дјела против безбједности у саобраћају; 5% остало и 15% није одговорило.

	Малољетници	Малољетници	укупно
Крађа	25	36	61
Ношење оружја	9	3	12
Провала у станове и аутомобиле	3	1	4
Дјела против безб. саобраћаја	1	2	3
Остало	4	1	5
Без одговора	8	7	15
Укупно	40	50	100

На питање да ли знају шта су прекршаји из области јавног реда и мира, 65% ученика има сазнање шта су то прекршаји против јавног реда и мира. На питање који је прекршај најзаступљенији код малољетних извршилаца, у највећем броју (40%) одговорили су да је то туча (физички напад на друга лица), свађа и слично понашање; 26% да је у питању куповање и конзумирање алкохола на јавном мјесту од стране малољетника; 19% да је најчешћи прекршај малољетника злоупотреба опојних средстава; 5% да је то скитничарење, 3% остала понашања и 7% без одговора.

	Малољетници	Малољетници	укупно
Туча/свађа	22	18	40
Конзумирање алкохола	15	11	26
Злоупотреба дрога	10	9	19
Скитничарење	1	4	5
остало	1	2	3
Без оговора	1	6	7
укупно	50	50	100

На питање да ли су долазили у сукоб са законом, 22% испитаних малољетних лица су потврдно одговорила, док је 78% одговорило да никада није долазило у сукоб са законом.

На питање која друштвена институција је најзаслужнија, односно, најодговорнија за васпитање малољетника, како би се предуприједила малољетничка делинквенција, 53% је одговорило породица, 24% школа, 17% друштво, док 6% није дало одговор или је одговорило са: „не знам“. На питање како се понашају и шта чине када дођу у непосредан контакт као жртве или свједоци малољетничке делинквенције или делинквенције уопште, 37% је одговорило да то саопшти родитељима, 26% да то никоме не саопштава, 20% да то саопшти пријатељима, 8% да то саопшти васпитно/просветним радницима у школи, 19% није одговорило на питање.

На питање које гласи: „да ли имате препоруке и сугестије у циљу предузимања мјера на превенцији малољетничке делинквенције“, 37% испитаника је дало одговор. Начешћи одговори били су: јачи утицај родитеља, бављење спортским активностима, гледање образовних емисија, небјежање из школе, дружење са добрим ученицима и сл.

Анализом утврђених података, путем статистичког и анкетног метода, проучавањем литературе, као и позитивноправних аката, јасно је да не постоје кривична дјела, односно специфични малољетнички деликти, односно, кривична дјела која могу починити само малољетници. Анализом укупног броја почињених кривичних дјела за референтни период, у односу на број кривичних дјела извршених од стране малољетних починилаца, уочљиво је да постоје специфичности у дистрибуцији кривичних дјела малољетника, док се додатном

анализом појединих конкретних случајева могу издвојити специфичности у односу на мотиве и начин извршења.

Кривична дјела против имовине су најзаступљенија кривична дјела, како уопште тако и кривична дјела малољетника, у односу на пунољетне извршиоце. Код вршења имовинских кривичних дјела, пунољетни извршиоци, по правилу, имају мотив противправног присвајања туђе имовинске користи, а иста кривична дјела се по правилу врше уз претходно планирање, договарање, припремање средстава, те прикривање и дистрибуцију отуђених предмета и новца. Код малољетних починилаца уочавају се другачији мотиви и начини извршења кривичних дјела којима се напада туђа имовина. Наиме, малољетници по правилу кривична дјела против имовине чине како би се истакли и доказали у друштву, као производ ината, освете, доказивања, потребе за уважавањем, пустоловином, освету родитељима и сл, а рјеђе их чине ради стицања противправне имовинске користи. Из наведеног закључујемо да се таква дјела карактеришу великом штетом према оштећеном, док је корист коју починилац противправно прибави мала. Приликом вршења кривичних дјела, малољетници по правилу приступају без претходног договора, набављања алата и других припрема. Кривична дјела не врше у виду навике или занимања, већ су то најчешће задесне и пригодне крађе. Једна од најчешћих карактеристика и правилности у малољетничкој делинквенцији су вршење кривичних дјела у саучесништву.

Малољетничка делинквенција се различито дистрибуира по добним структурама, и то:

- дјеца (до 14 година) – 30,4%,
- млађи малољетници (од 14 до 16 године) – 29,8 %
- старији малољетници (од 16 до 18 година) – 39,8 %.

Код млађих малољетних извршилаца, кривична дјела посједују одређену групу специфичности. Наиме, то су дјела најчешће извршена дању, у близини мјеста боравишта, у саучесништву, те асоцијална понашања, дружење с лицима која су склона асоцијалном понашању, бјежање од куће и са часова. За разлику од млађе старосне групе, старији малољетници и углавном млађи пунољетници, врше кривична дјела ноћу, у релативној близини боравишта или ван боравишта, рецидивизам и дјелимично стицање противправне имовинске користи.

Породичне прилике у кући, код већине малољетних делинквената су карактеристичне и одступају од уобичајене породице. Наиме, најчешће се ради о нефункционалним породицама, које су знатно већи криминогени фактор од непотпуних породица, а поготово од функционалних и потпуних породица. У породици малољетних делинквената најчешће се препознаје: насиље у породици, алкохолизам, скитничарење, беспосличарење, сиромаштво, необразованост родитеља, већи број чланова породице, гдје су малољетни делинквенти најчешће старија дјеца од три или више браће и сестара, као и други социо/криминогени

фактори. Запосленост оца или мајке у даљим мјестима или иностранству чест је узрок асоцијалног понашања малољетника, поготово у млађој малољетничкој доби.

Код малољетних починилаца кривичних дјела и асоцијалног понашања потребно је посебну пажњу обратити на:

- старосну доб малољетника,
- друштвену опасност извршеног кривичног дјела,
- доба дана када врше кривична дјела и прекршаје,
- мјесто вршења дјела, посебно у односу на пребивалиште,
- повратништво,
- саучестништво.

ЗАКЉУЧАК

У описаним резултатима истраживања, анализи резултата са образложењима, исказан је покушај да се утврде основне феноменолошке и етиолошке карактеристике малољетничке делинквенције на подручју општине Прњавор, као једне од општина средње величине на подручју Републике Српске, која се у географском, популационом, економском, културном и сваком другом смислу може узети као просјечна општина.

Анализом статистичких података може се закључити да је проценат малољетних починилаца у односу на пунољетне промијењив, те се креће од 5-8%. Ако се претпостави да је просјечна старост у РС 75 година, с обзиром на то да не постоје статистички подаци, може се закључити да је 24% становника РС малољетно, што чини укупно 312.000 становника. Из наведеног се јасно може закључити да удио малољетничке делинквенције у општој делинквенцији није занемарљив, већ заузима значано мјесто, одређујући ниво друштвене безбједности и исказујући способности друштва да се бори против делинквенције.

Узроци настанка и развоја малољетничке делинквенције су изразито хетерогени, то су макросоцијални услови који се одражавају у опште друштвеној аномији и стању у коме је дошло до пада моралних вриједности. У макросоцијалном смислу, као најзначајнији узроци малољетничке делинквенције могу се препознати недовољно или потпуно неефикасне образовне установе, непостојање адекватних друштвених програма, којима би се нагажовала дјеца и омладина и усмерила ка правилном одрастању, нефункционална и непотпуна породица и други фактори.

Анализирајући истраживање могу се одредити приједлози и смијернице, чије би спровођење помогло у друштвеној борби против малољетничке

делинквенције, превенирајући је, те ресоцијализацији малољетних делинквената, а то су:

– појачати рад центара за социјални рад и органа старатељства, гдје је потребно ефикасније препознавати породице и социјалну средину која погодује развоју малољетничке делинквенције, те издвајати угрожену дјецу,

– омогућити и захтјевати бољу организацију рада психолошко/педагошких служби у васпитним установама,

– отворити савјетовалишта за родитеље, у којима би психолози давали савјете родитељима у образовању и васпитању сјече,

– полицијски органи треба да примјењују принцип „нулте толеранције“, на који начин би се дјечи представило да се криминалитет не исплати и да је то негативна радња у сваком смислу,

– радити на смањењу насиља у породици, покретати програме за одвикавање од конзумирања алкохола и опојних средстава, као и друге мјере.

Мирко Живковић

ФАКТОРИ ИСПОЉАВАЊА МАЛОЉЕТНИЧКЕ ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ НА ПОДРУЧЈУ ОПШТИНЕ...

Mirko Živković, LL.M.,
Police Inspector,
Ministry of Interior Affairs, Republic of Srpska
Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

FACTORS AND FORMS OF JUVENILE DELINQUENCY IN THE MUNICIPALITY OF PRNJAVOR

Summary

Criminal and asocial forms of behaviour have always been part of the daily existence in the human society. In the course of development of the human society, some types of human behaviour have always been designated as criminal and anti-social conduct. On the other hand, in different periods of social development, some types of behaviour were considered to be socially acceptable in some periods and completely unacceptable in other periods. In the study of etiology and phenomenology of crime, special attention should be given to the issue of juvenile delinquency so that the society may take a proper stand towards this socially unacceptable phenomenon and engage in preventive action.

The contemporary society is in the period of transition which is characterized by the reorganization of property relations and the development of new class relations in the society at large as well in the relations between the individual and the state. The transition period and the creation of new states in the territory of the former SFRY has given rise and reinforced different forms of deviant behaviour and the commission of serious criminal offences, particularly juvenile offenders. In this context, the municipality of Prnjavor is no different from other local communities in the Republic of Srpska, where the problem of juvenile delinquency and antisocial behaviour of minors is becoming ever more prominent.

Key words: *juvenile, juvenile delinquency, crime, social danger*

ПОСТУПАК ЗА ДАВАЊЕ УСЛОВНОГ ОТПУСТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Апстракт: Предмет ауторовог разматрања у овом раду јесте поступак за давање условног отпуста у Републици Српској и сва пажња усмјерена је на предности и недостатке административног, у односу на судски систем условног отпуштања осуђених лица.

Такође, рад обрађује појмовно институт и елементе условног отпуста, посебно се осврћући на формалне и материјалне услове за одобравање условног отпуста, факултативност његове примјене и правну природу. Надаље, уколико условно отпуштени не испуни услов и не оправда указано повјерење, долази до опозивања условног отпуста и његовог враћања у заводску установу. Аутор је у наставку рада представио органе који су надлежни за давање условног отпуста, законски основ и сам поступак за давање условног отпуста. У завршном дијелу рада, представљени су статистички подаци за период од 2005. до 2010. године, који се односе на број одобрених условних отпуста у односу на број осуђених лица, која су поднијела молбу за одобрење условног отпуста, са циљем указивања на оправданост и значај овог института у Републици Српској.

Кључне ријечи: кривичне санкције, казна затвора, условни отпуст, комисија, завод, ресоцијализација.

1. ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ УСЛОВНОГ ОТПУСТА

Институт условног отпуста се састоји у отпуштању осуђеника са издржавања казне затвора, прије него што је овај у потпуности издржао цијелу казну, под условом док је на слободи, да до истека времена за које му је изречена казна не учини ново кривично дјело.¹ С обзиром да је наше кривично право и уопште цјелокупан систем сузбијања криминалитета конципиран на идеји да је сврха казне преваспитање и ресоцијализација осуђених лица, условни отпуст прихваћен је као један од значајних института у систему мјера, које

¹ Јовашевић, Д., *Лексикон кривичног права*, Београд, 1998., стр. 698-699.

се предузимају за ресоцијализацију осуђених лица, као метод подстицаја у ресоцијализацији и позитивном укључивању у живот.

Истина, када се помене условни отпуст – најприје се мисли на казну затвора и то ону коју издржавају пунољетни осуђеници. То би била „редовна“, основна варијанта условног отпуста, али се никако не смије заборавити да постоје и неке специфичности условног отпуштања, када се ради о другим санкцијама, које подразумевају лишавање слободе осуђеника. Тако условни отпуст постоји, осим код казне затвора, и код казне малољетничког затвора, код васпитне мјере упућивања у васпитно – поправни дом, као и код мјере безбједности обавезног психијатријског лијечења и чувања у здравственој установи, односно код казне затвора, уз коју се ова мјера изриче у одређеним случајевима.

За примјену условног отпуста, без обзира о којој горе наведеној варијанти се радило, потребно је испуњење, кумулативно, одређених претпоставки, односно услова, а то су:

1. вријеме проведено у установи у којој се издржава казна затвора или нека друга институционална санкција (формални - објективни услов) ,
2. околности везане за успјешност институционалног третмана и прогноза будућег владања условно отпуштеног (материјални – субјективни услов),
3. услови под којима се врши условно отпуштање, а чије неиспуњење повлачи могућност опозива условног отпуста.

Формална претпоставка (објективни услов)² односи се на дио издржане казне, који осуђеници морају издржати, да би били условно отпуштени. Ова претпоставка посебно је одређена за осуђенике на издржавању казне затвора, а посебно за малољетнике на издржавању казни малољетничког затвора.

Материјална претпоставка (субјективни услов)³ је готово идентично одређена за све изнијете врсте условног отпуста, и то првенствено квалитетом владања осуђеника. Потребно је да су у току извршења казне затвора, као и других кривичних санкција институционалног карактера постигнути такви резултати у поправљању, преваспитању, ресоцијализацији или отклањању опасног стања, да се може са основом очекивати да ће се осуђени на слободи добро владати и да је даљи боравак у заводској установи институционалног третмана непотребан.

Закон не предвиђа друга ограничења у погледу могућности стицања условног отпуста. Уколико осуђени испуњава законом прописане услове, он може али не мора (факултативност примјене) бити условно пуштен, без обзира на врсту кривичног дјела, висину казне, поврат и томе слично.

За осуђене условни отпуст представља снажан подстицај да се сами активно укључе у процес свог преваспитања. Условним отпустом се мотивише

2 Петровић, Б., Јовашевић, Д., *Извршно кривично-казнено право*, Сарајево, 2006. стр., 117.

3 Ibidem

непосредно ангажовање осуђених лица у реализацији програма поступања, њиховог преваспитања и позитивног укључивања у живот. Тако се пружа могућност да стварно трајање казне затвора не зависи само од висине изречене казне, већ се њиме омогућава да сами осуђени својим владањем и понашањем, могу допринјети ранијем отпуштању и одласку на слободу. Омогућавањем осуђеним лицима да својим радом и понашањем у току извршења казни, утичу на дужину свог боравка у казнено поправним установама, институт условног отпуста у знатној мјери доприноси остваривању принципа хуманизације извршења казни. То у њих улива наду од почетка уласка у казнено поправну установу и подстиче на рад. То значи да институт условног отпуста почива на идеји преваспитања осуђеника, што је доминантна сврха и саме казне, и да у знатној мјери доприноси постизању сврхе кажњавања и извршења казни. Постојање могућности да се условно отпуштени поново врате на издржавање преосталог не издржаног дијела казне, ако се добро не владају, такође дјелује на условно отпуштене, мотивишући их да, по изласку из казнено поправних установа, код себе траже, развијају, учврсте и ставе у покрет оне снаге које ће их вући да поступају у складу са законима и друштвеним правилима, да у друштву траже ослонац на прогресивне чиниоце, да у друштвено корисном дјеловању виде пут којим се треба кретати.⁴

2. ФАКУЛТАТИВНОСТ ПРИМЈЕНЕ УСЛОВНОГ ОТПУСТА

Поред испуњавања формалне и материјалне претпоставке за примјену института условног отпуста неопходно је скренути пажњу и на факултативност његове примјене, која је истовремено и спорно питање.

Питање се тиче управо дискреционог овлаштења органа, који о условном отпусту одлучује и који, када су поменуте претпоставке испуњене, може да не дозволи условно отпуштање. Законодавац је предвидио да се осуђени може отпустити, а не да се мора отпустити, када су испуњене одређене претпоставке. Према томе, условно отпуштање је само једна могућност, а не и право осуђеног лица, те само испуњење прописаних претпоставки још увјек не значи и условно отпуштање. Ово значи да дејство испуњених претпоставки није апсолутно, већ је релативног карактера.

Законска формулација може дати дискреционо овлаштење органу, који одлучује о условном отпусту, да процјењује сврсисходност давања условног отпуста, у сваком конкретном случају. Осуђеници својим молбама за условно отпуштање не остварују своје законом загарантовано право, већ иницирају процјену сврсисходности једне законом предвиђене могућности. Сврсисходност у праву увјек се налази насупрот правне сигурности,⁵ што такође иде у прилог

4 Шуковић, М., *Условни отпуст*, Београд, 1971., стр. 190.

5 Радбрух, Г., *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 99.

ставу да на овај начин постављени критеријуми за условни отпуст могу лако значити неравноправан третман осуђеника.

Може се поставити питање шта је то, које су то околности које би навеле надлежни орган да, иако утврди постојање, односно испуњење потребних претпоставки, не одобри условни отпуст.

Дискреционо одлучивање о условном отпусту се претвара у арбитрираност или у поновно суђење, које је противно сврси условног отпуста и основним начелима кривичног и кривичног процесног права.⁶ Неки теоретичари критикују наведено законско рјешење и инсистирају да то буде право осуђеног, (када се испуне законом предвиђене претпоставке).⁷ Аргумент за овакав захтјев се огледа у ставу да условни отпуст није ни награда ни милост, нити треба да буде привилегија, која зависи од неразумљивих критеријума и дискреционе оцјене.

У прилог ставу да условно отпуштање треба да буде право осуђених, наводи се да би и мотивациона снага условног отпуста била утолико већа, уколико је законом обезбјеђена гаранција да ће бити условно отпуштен сваки осуђеник који испуни законом утврђене претпоставке за условни отпуст. Према томе, условни отпуст треба да буде право осуђених лица, те да у свим случајевима, када су испуњене формалне и материјалне претпоставке, надлежни орган у поступку за давање условног отпуста, мора донијети одлуку у којој се одобрава условни отпуст. Тиме се избегава варијабилност и неуједначеност критеријума одлучних за условни отпуст, као и принципа једнакости под истим условима,⁸ при чему ће и систем извршења казне лишења слободе добити на квалитету и сериозности.⁹

Овакво рјешење, претпоставља обавезно предвиђање права на жалбу. Непостојање процесне гаранције, у смислу права на жалбу, управо је правдано околностима да је условни отпуст могућност, а не право осуђеног.

3. ПРАВНА ПРИРОДА ИНСТИТУТА УСЛОВНОГ ОТПУСТА

Питање правне природе условног отпуста у кривичноправној литератури је једно од сложенијих и важнијих питања. Од правног карактера овог кривичноправног института зависи, не само начин његове примјене, већ и

6 Стојановић, З., Перић, О., *Коментар Кривичног закона РС и Кривични закон РЦГ с објашњењима*, Београд, 1996, стр. 21.

7 Шуковић, М. *ор. cit.*, стр. 233; Стојановић, З. „Условни отпуст: проблеми и перспективе” у: *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1984, стр. 195; Крстановски, М. „Условни отпуст као пенолошка мјера”, *Човјек и право*, 1991/7-8., стр. 149.

8 Шукулић, М., *ор. cit.*, стр. 234; слично и: Шепаровић, З. *Алтернативе казни затвора*, Сарајево, 1988, стр. 11; Крстановски, М., *ор. cit.*, стр. 311, Бабић, М., „Алтернативе казни затвора у циљу ефикасније борбе против криминалитета”, у: *Пеналне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета*, Београд, 1997., стр. 139.

9 Крстановски, М., *ор. cit.*, стр. 149.

његова сврха и његове правне последице. И данас се расправља да ли је условни отпуст по својој кривичноправној природи институт или није институт, да ли је метод поступања или је то мјера пенолошке природе, да ли је условни отпуст фаза или начин извршења казне затвора, средство за исправљање судских одлука о казнама, или знак опроштаја казне.

Наше кривично право је пошло од схватања да је условни отпуст само фаза у извршењу казне затвора, па су самим тим и одредбе којим је овај институт регулисан сврстане у главу десету Кривичног закона Републике Српске, која предвиђа основне одредбе о извршењу кривичних санкција. Схватање да је условни отпуст посебна фаза у извршењу казне треба озбиљно довести у питање, нарочито у системима као што је наш, у којем се доскора, условно отпуштени није стављао под заштитни надзор. Тек 2010. године, доношењем Закона о извршењу кривичних санкција Републике Српске,¹⁰ прописана је обавеза заштитног надзора над осуђеним, али је друго питање да ли се та обавеза надзора уопште и спроводи, од стране кога, како и на који начин.

Чињеница је да се осуђеници примјеном овог института, отпуштају са издржавања казне, при чему се преостали део казне не извршава, осим у случају опозива условног отпуста, што је велика ријеткост (фактички казна се условним отпустом гаси). Такође и чињеница да условно отпуштена лица имају сва права и дужности, као и други грађани наше земље,¹¹ јасно указује на то да се лица на условном отпусту, у смислу нашег законодавства ни правно ни фактички не налазе на издржавању казне затвора.

У формалноправном смислу, акт о давању условног отпуста је појединачни правни акт (рјешење), којим се мијења правно дејство другог на закону заснованог појединачног правног акта (судске одлуке). Тако се рјешење о условном отпусту појављује као лични, индивидуални акт, којим се омогућава да висина кривичне санкције, која је изречена у правоснажној судској одлуци, не мора бити у потпуности извршена, под условом да су у току извршења казне и друге кривичне санкције, постигнути такви резултати у поправљању, преваспитавању, ресоцијализацији или отклањању опасног стања, да је даљи боравак осуђеног лица у заводској установи институционалног третмана непотребан. То значи да се одлуком управног (несудског органа) правноснажна судска пресуда мијења управо у дијелу одлуке о ефикасној дужини трајања изречене санкције. Према томе, можемо рећи да се институтом условног отпуста суспендује (дерогира) правно дејство судске одлуке, која се односи на извршење кривичне санкције конкретног учиниоца кривичног дјела.

¹⁰ Закона о извршењу кривичних санкција Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, број 12/2010.

¹¹ Јовашевић, Д., *Коментар ЗИКС-а са судском праксом, пратећим прописима и регистром појмова и ЗИКС РЦГ*, са пратећим прописима, Београд, 2000., стр. 118.

Имајући у виду наведено, не може се прихватити схватање да се условним отпустом не дира у казну. Рјешењем о условном отпусту се практично мијењају законске одредбе о одмјеравању и ублажавању казне у конкретном случају и због тога се убудуће од законодавца треба тражити увођење адекватних критеријума и прецизније постављање законских услова приликом додјелјивања условног отпуста како би се његова примјена подигла на један виши квалитативни ниво.

Пенолози у први план истичу пенолошку димензију условног отпуста дајући условном отпусту значај стимулативне мјере за активно учешће осуђених лица у третману око њихове ресоцијализације на путу до дефинитивне слободе.¹² Правна природа овог института налаже да нека питања, као што су услови за његову примјену, услови за опозивање условног отпуста и орган који га опозива, буду прописани у Кривичном закону. Међутим, пошто се о условном отпусту одлучује у току извршења (издржавања) казне затвора, потребно је да одређена питања буду регулисана Законом о извршењу кривичних санкција, поготово у законодавствима у којима о условном отпусту одлучује административни орган (комисија за условни отпуст), као што је у Републици Српској. У оним законодавствима у којима о условном отпусту одлучује суд (Србија), поступак за отпуштање уз условни отпуст прописан је Закоником о кривичном поступку.¹³

4. УСЛОВ КОД УСЛОВНОГ ОТПУСТАЊА

Важан елемент условног отпуста јесте услов који осуђени мора испунити да би се по протеклу времена трајања условног отпуста сматрало да је казну издржао. Дакле ријеч је о услову чије неиспуњење повлачи опозив условног отпуста. Осуђени, који је издржао половину казне затвора, а изузетно и онај који је издржао трећину казне малољетничког затвора може се отпустити са издржавања казне, под условом да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дјело.

Условност отпуштања умањује ризик од поновног извршења кривичног дјела и значи гаранцију за осуђениково владање на слободи. Ако његово владање не одговара очекивању, прогнози, условни отпуст се опозива.¹⁴ Смисао ове условности је у томе да усмјерава и подстиче условно отпуштене на прихватање друштвено верификованих вриједности, као и у томе да омогући, када је то потребно, враћање појединих условно отпуштених лица у завод ради настављања започетог процеса извршења казне, чији основни циљ треба да

12 Млађеновић-Купчевић, Р., *Основи пенологије*, Свјетлост, Сарајево, 1981, стр. 209. Атанацковић, Д. *Пенологија*, Научна књига, Београд, 1995. стр. 301; Арнаудовски, Ј., *Пенологија*, Кирил и Методије, Скопје, стр. 455.

13 Ђурђић, В., Јовашевић, Д., *Практикум за кривично право, Општи део*, Београд, 2008. стр. 255.

14 Франк, С., *Теорија казненог права*, Опћи дио, Загреб, 1955., стр. 226.

буде преваспитавање, а у сваком случају одвраћање од даљих криминалних активности.

Одлука о условном отпусту се заснива на оцјени да се осуђени тако поправио да се основано може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да неће вршити кривична дјела. Дакле, ради се о прогнози везаној за понашање осуђеника на слободи. Међутим, с обзиром на то да не постоје поуздани критеријуми, на основу којих би се вршила та прогноза, као и с обзиром на то да се осуђеник отпушта са издржавања казне прије њеног истека, што представља свакако једну погодност – осуђенику се поставља наведени услов. Процјена је да су лишење слободе и примјењени пенитенцијарни третман утицали на (ре)адаптацију осуђеног и да се са основом може очекивати да он у будуће неће вршити кривична дјела.

Међутим, у већини случајева ријеч је о вјероватноћи. Пошто се ради о људском владању, на које утичу небројени узроци, не може се са сигурношћу тврдити како ће се осуђеник владати на слободи.¹⁵ Када се томе дода и оправдано неповјерење у успјех ресоцијализације (емпиријски докази о неуспјешности овог концепта),¹⁶ јасно је да може бити ријечи само о вјероватноћи.

За вријеме трајања условног отпуста осуђени не смије учинити ново кривично дјело. Тек уколико осуђени испоштује овај услов, сматраће се да је казну у цијелости издржао и условна слобода се претвара у потпуну. Уколико осуђени не испуни постављени услов, поставиће се питање опозива одобреног условног отпуста, те повратка на издржавања казне (слично као код условне осуде, услов садржи у себи пријетњу казном).

У многим савременим европским системима надзор над условно отпуштеним осуђеником је суштина условног отпуштања, као методе ресоцијализације, па стога има (дјелимично) основа и тврдња да се за вријеме условног отпуста осуђени заправо налази на издржавању казне, само на слободи. Међутим, у Републици Српској, мјере надзора су уведене ЗИКС-ом из 2010. и у надлежности су полиције, те се поставља питање колико полиција поред својих редовних сложених послова и задатака може да контролише и спроводи и мјере надзора над условно отпуштеним осуђеницима. Апсурдно је тврдити да се казна затвора извршава и за вријеме док је условно отпуштени готово потпуно слободан, па у системима какав је наш нема никаквог основа тврдња да се казна извршава за вријеме трајања условног отпуста или тврдња да је условни отпуст врста третмана на слободи.¹⁷

За вријеме трајања условног отпуста једино што има везе са издржавањем казне јесте управо пријетња опозивом, односно поновним враћањем на

15 Ibidem

16 Соковић, С. „Извршење кривичних санкција у функцији превенције криминалног понашања“, у: *Превенција криминалитета*, Београд, 1998, стр. 133.

17 Стојановић, З., *op. cit.*, стр. 191.

издржавање казне, што свакако није довољно, ако инсистирамо на трајним или бар трајнијим ефектима извршења казне затвора, а посебно преваспитног третмана.

5. ОРГАНИ ЗА ДАВАЊЕ УСЛОВНОГ ОТПУСТА

Према позитивном праву Републике Српске, институт условног отпуста се јавља у два основна појавна облика. Први се односи на пуштање осуђеника из установе по посебној процедури (одлуком Комисије), знатно прије истека казне, а други на условни отпуст, који може дати директор казнено поправног завода, у оквиру својих законских овлашћења, при крају истека извршења казне затвора.¹⁸

Дакле, у зависности од органа који доноси одлуку о условном отпусту разликујемо два основна појавна облика овог института:

1. условни отпуст одлуком Комисије за условни отпуст и
2. условни отпуст одлуком директора завода.

У првом случају, у Републици Српској, одлуку о условном отпусту по молби осуђеног лица, или приједлогу директора завода доноси Комисија за условни отпуст, коју именује министар правде Републике Српске. Према важећем законском рјешењу (члан 154 став 3 ЗИКС-а) ова Комисија има административни карактер и броји пет чланова, од којих је један члан представник Министарства правде Републике Српске, други члан је судија Врховног суда или окружног суда Републике Српске и три независна члана из релевантне стручне области. Комисија за условни отпуст се бира на период од четири године и доноси посебан пословник о свом раду. Комисија доноси образложено рјешење о условном отпусту, било позитивно или негативно, за осуђеника и доставља га установи, која је обавезна да по један примјерак рјешења уручи осуђеном лицу приликом отпуштања са издржавања казне, суду који је упутио осуђеног на издржавање казне, органу унутрашњих послова, суду који је изрекао првостепену пресуду и органу социјалног старања, надлежног по мјесту пребивалишта. При доношењу рјешења о условном отпусту, Комисија за условни отпуст нарочито цијени: 1. ранију осуђиваност, 2. понашање током издржавања казне, 3. лично учешће у процесу преваспитања, 4. став према учињеном кривичном дјелу, 5. процјена поновног чињења кривичних дјела, 6. остатак неиздржаног дијела казне, 7. мишљење о основаности молбе, односно приједлога за условни отпуст и 8. мјере у склопу постпеналне заштите.

У члану 157 Закона о извршењу кривичних санкција Републике Српске прописано је одређено ограничење у погледу протеча времена када осуђеник може поновити молбу за условни отпуст. У случају одбијања приједлога или молбе за условни отпуст, нови приједлог или молба не може се поднијети прије истека четири мјесеца, ако је изречена казна затвора до двије године, односно

¹⁸ Милутиновић, М., *Пенологија*, Београд 1992., стр. 317.

након протекла шест мјесеци, ако је изречена казна затвора од двије и више година, рачунајући од дана коначности рјешења. Овом законском одредбом сужене су могућности злоупотребе сталног писања молби осуђеника, а с друге стране Комисија је растерећена великог броја учесталих подношења молби за условни отпуст, што у многоме олакшава рад Комисије.

Када је у питању састав комисије за условни отпуст, у Републици Српској постоји више различитих мишљења и приједлога. По једном мишљењу, у Комисију би требало укључити и судију који је председавао вијећем које је у првом степену изрело казну затвора. По другом мишљењу, у комисију треба именовати и стручњака одређеног профила, који је непосредно и директно учествовао у спровођењу поступка и третмана према осуђеном и према трећем мишљењу, ову комисију треба да сачињавају лица која познају пенитенцијарне проблеме ресоцијализације осуђених лица (криминолошки и пенолошки стручњаци). Комисија за условни отпуст, као цјелина, мора да буде радно тијело, способно да на квалитетан начин анализира и оцјењује личност кандидата за условни отпуст, да анализира и оцјењује извјештај о њима.¹⁹

У стручној и правничкој јавности постоје и мишљења да доношење одлуке о условном отпусту треба да буде у надлежности суда. Присталице наведеног става, образлажу да комисија за условни отпуст представља инструмент у рукама управног органа (административни орган), с овлашћењима да својом одлуком измјени одлуку о изреченој казни, што доводи у питање независну позицију суда и судске функције уопште, јер је суд једини овлаштен да у предвиђеном законском поступку изриче казну.²⁰

Мишљења смо да би установљивање надлежног суда за одлучивање о условном отпусту био својеврстан гарант људских слобода и права, као и једнакости свих грађана. Према садашњем законском рјешењу, комисија као административни управни орган има могућност да у сваком конкретном случају условног отпуста суспендује једну половину правноснажно изречене казне или двије трећине казне малољетничког затвора, као и двије петине казне дуготрајног затвора (члан 108 Кривичног закона Републике Српске). Због тога се, у озбиљној мјери, доводи у питање независност и самосталност судова у одмјеравању казне.

Такође, када се узме у обзир да одлука о условном отпусту суштински модификује изречену казну, а да право на жалбу не постоји, јасно је зашто је неприхватљиво да једно тијело, образовано од стране управног инокосног

19 Шуковић, М., *op. cit.*, стр. 163.

20 Арнаудовски, Љ., „Правосудни органи у извршењу кривичних санкција“, *ЈРККП*, бр. 4/1987, стр. 90. Слично и : Суботић, Д., „Казна лишења слобода са посебним освртом на укидање смртне казне“, у: *Теоријски и практични роблеми југословенског казненог законодавства*, Београд, 1996., стр. 32.

органа, може суспендовати половину, а код казне малољетничког затвора и двије трећине изречене казне, и то у поступку који не пружа ни минималне гаранције.²¹

Посебно је значајно то да осуђени, коме комисија није одобрила условни отпуст, нема могућност жалбе или другог правног лијека, без обзира што условни отпуст није право осуђеног, него се схвата као могућност, дакле, не може се негирати чињеница да се ради о осуђениковом, на закону заснованом интересу, а с тим у вези и одредба члана 16 Устава Републике Српске јамчи право на жалбу или друго правно средство свима, па и осуђеном, у остваривању његових права и интереса.

Осим тога, недостатак јавности, такође представља једно од питања у постојећем законском рјешењу овог института. Наиме, јавност представља гаранцију да неће бити злоупотреба и арбитрарности. Није безначајно, ни за самог осуђеника, а ни за друштво у цјелини, да ли је неко у затвору издржао цјелу казну на коју је осуђен, половину, или само једну трећину, или пак три петине казне. Због тога је важно да се условни отпуст даје што је могуће праведније, уз постојање јасних критеријума за његову примјену.

Мишљења смо да би надлежни судови морали да узму веће учешће у руковођењу процесом ресоцијализације (кроз разне видове класификације осуђених лица), или бар његовог непосредног надзора или контроле. Дакле, и поред тога што ће одлука о условном отпуштању фактички у највећој мјери зависити од извјештаја затворске управе, коначно рјешење треба да доноси надлежни суд, као неко ко је по својој природи независтан, непристрасан и објективан.

С друге стране, према неким ауторима, који сматрају да је условни отпуст стадијум извршења казне затвора, или посебан пенолошки третман, није потребно (ни цјелисходно) да суд одлучује о условном отпусту. Аргументи се заснивају на ставу да је условни отпуст пенолошка мјера, средство ресоцијализације и да га као таквог може правилно примјењивати једино орган који се бави питањима извршења казне затвора, као много ближи осуђенику и упознатији са потребама његове ресоцијализације. Наводи се да условни отпуст није поновно суђење (што је иначе неспорно), већ евалуирање ефеката изречене казне, те не треба ни да буде у надлежности суда.²²

Као питања који нужно прате судско одлучивање о условном отпусту, наводе се ригидност у одлучивању и преоптерећеност судства. Тако се истиче да би судови морали да одлучују на основу извјештаја органа надлежног за извршење казне, па би се заправо остало на истом, а судови би били додатно

21 Стојановић, З, *op. cit.*, стр. 194; Камбовски, В., „Нека размишљања о индивидуализацији у извршењу казни лишења слободe“, *Пенологија*, бр. 4/1976., стр. 159.

22 Вулић, Д., Николић, З., „Закон о извршењу кривичних санкција и нова рјешења у Законнику о кривичном поступку“, у: Мјесто југословенског кривичног права у савременом праву, Београд, 2000. стр. 236-237.

оптерећени.²³ Истиче се да је довољна судска контрола оправданости и основаности условног отпуштања, која ставља органе надлежне за одлучивање о условном отпуштању у ситуацију да при доношењу одлука полазе од тога да свака од њих којом се одобрава условни отпуст може касније бити подвргнута преиспитивању с аспекта законитости и оправданости.²⁴

Као приговор судском одлучивању о условном отпусту, може се навести преоптерећеност судова, при чему се поступак пуштања на условни отпуст појављује као нов задатак, терет. Практичари истичу бојазан од неефикасног поступања судова по молбама за условно отпуштање, управо због преоптерећености судова и неспецијализованости за ово питање, али и из разлога што је могућа жалба државног тужиоца на судске одлуке. Тако се сматра да осуђеници у таквом поступку могу провести све вријеме казне у затвору, не добивши условни отпуст, иако испуњавају услове.

Оправдан је и приговор, који се тиче удаљености суда од процјене остварења сврхе кажњавања, а посебно специјалне превенције и његовог одлучивања само по основу извјештаја управе установе. Међутим, овај приговор се могао дати и Комисији за условни отпуст, с обзиром на то да је и она рјешавала на основу извјештаја установе, без учешћа кандидата у поступку, а често и не погледавши судски досије.²⁵

Други специфичан вид института условног отпуста у Републици Српској, односи се на онај који може дати директор казнено поправне установе. Дакле, поред општег правила да условни отпуст даје посебна Комисија, у члану 158 Закона о извршењу кривичних санкција Републике Српске дата је могућност руководиоцу установе да осуђеног, који је издржао најмање четири петине казне затвора условно отпусти са издржавања казне, највише три мјесеца прије истека казне, ако је осуђени испољио примјерно понашање, залагање на раду и активно учешће у процесу преваспитања. Ријеч је о једној посебној врсти условног отпуштања осуђеника, који се може, овако како је постављен, сматрати наградом за добро владање и залагање на раду.

Значај ове законске одредбе у пракси се показао као сврсисходан, због тога што се њоме може стимулативно и повољно дјеловати на понашање осуђеника, посебно када су у питању краткотрајне казне затвора. Тиме се у знатној мјери растерећује рад Комисије за условни отпуст, чиме се обезбјеђује већа ефикасност у одлучивању, а даје се и могућност осуђеницима на кратке казне затвора да искористе примену овог института. Руководилац установе своју одлуку може донијети на приједлог службе третмана или по молби осуђеног лица, како је то

23 Ђорђевић, М., „Разлози за измјене и допуне и основне карактеристике општег дела Кривичног законика СРЈ према радном тексту предлога“, у: *Ново југословенско кривично законодавство*, Београд, 1996. стр.14.

24 Шуковић, М., *op. cit.*, стр. 168.

25 Шуковић, М., *op. cit.*, стр. 152.

наведено у члану 158 став 1 Закона о извршењу кривичних санкција Републике Српске.

Директор установе има дискреционо право да одлучи о условном отпуштању, када су испуњене предвиђене претпоставке. Закон не помиње посебно сврху кажњавања, али би се могло закључити да се њено остварење претпоставља, с обзиром на то да се отпуштање врши при крају издржавања казне, као и да се претпоставља добро владање осуђеника и његово залагање на раду, што у многоме подсећа на претпоставке код основних облика условног отпуста. Иако Закон није то експлицитно навео, неопходно је изједначавање ових услова, јер се ради о примјени једног института.

Одлучивање о условном отпусту од стране директора установе свакако трпи све оне предходно наведене приговоре, који су везани за одлучивање о условном отпусту од стране Комисије. Овакво рјешење је употпуњавало слику о условном отпусту, као сегменту система неодређених осуда, у коме пенитенцијарна администрација или орган управе одлучује о отпуштању са издржавања казне, у оквиру судском одлуком (али и законским одредбама, у нашем систему) постављених граница, а по арбитрарној процјени и са широким дискреционим овлашћењима.

У већини законодавстава земаља Европске уније, постоји подјела условног отпуста на: 1. дискрециони, 2. обавезни и 3. мјешовити.

Дискрециони систем условног отпуста се примјењује у већини држава континенталне Европе укључујући и новонастале државе распадом бивше Југославије (Србија, Црна Гора, Босна и Херцеговина, Хрватска, Словенија и Македонија).²⁶ Дискрециони систем условног отпуста подразумјева да одлуку о томе да ли ће, за који омјер казне и под којим условима осуђена особа добити условни отпуст, доноси тјело, које је законом овлаштено за такве одлуке. У дискреционом систему доминира концепт индивидуализације одлука о условном отпусту (индивидуализација се огледа у томе да ли уопште додијелити условни отпуст, након колико издржане казне, које услове поставити након отпуста и др). Зависно од тога која је врста тијела, које доноси одлуку о условном отпусту и ко именује то тијело, диференцирају се два основна дискрециона система - административни и судски.²⁷

Административни дискрециони систем подразумјева да одлуку о условном отпусту осуђених лица доноси независно тијело, именовано од стране извршне власти (Комисија коју именује министар правде). Судски дискрециони систем (у примјени је у Француској) подразумјева да одлуку о условном отпусту,

²⁶ Филић, Г. „Условни отпуст у Републици Српској”, *Савремене тенденције кривичне репресије као инструмент сузбијања криминалитета*, 2010. стр. 414-417.

²⁷ О поступку судског давања условног отпуста у Србији види: Ђурђић, В. *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш, 2006, стр. 264-265.

као и надзор над особама које су на условном отпусту, доноси судски орган – специјализовани судија за извршење кривичних санкција.

Обавезни систем условног отпуста карактеристичан је за већину скандинавских земаља. У примјени је у Шведској, још од 1990. године. По том систему, у Шведској, сва осуђена лица, након издржане двије трећине казне затвора обавезно добијају условни отпуст, с тим да се мора боравити најмање један мјесец у затвору. У обавезном систему нема индивидуализације одлуке као код дискреционог. Једина одлука, која се у овом систему условног отпуста доноси, јесте под којим условима особа наставља служити казну у заједници. У Шведској, особе које су осуђене на доживотну казну затвора, немају право на обавезни условни отпуст, а који се не примјењује ни на кратке затворске казне, које се изричу са одређеном мјером пробације.

Мјешовити систем је комбинација дискреционог и обавезног система условног отпуста. Дискрециони систем се примјењује за дуже затворске казне, а обавезни за краће затворске казне. Суштина мјешовитог система условног отпуста се састоји у томе да не вриједи трошити драгоцене ресурсе комисија за условни отпуст на појединачно разматрање молби свих осуђених лица, већ само оних за тежа кривична дјела и за особе које су осуђене на дуже казне затвора.

И на крају, чини се као најбоље рјешење – рјешење француског система (а и Хрватска је иновирала своје законодавство у том смислу), у коме је одлучивање о условном отпусту у надлежности суда, али за то прилагођеног – посебног суда за извршење кривичних санкција. У овом систему је отклоњен приговор додатног оптерећивања (редовног) судства задатком коме он не може најбоље да одговори. Посебан суд (или бар посебно судско одјелење), који се бави извршењем кривичних санкција је заправо судски орган, специјализован за овакве задатке, те се може очекивати и благовремено реаговање и адекватан одговор по питању одлучивања о условном отпусту. Ово би захтјевало нову организацију судова и одговоре на системска питања, али би представљало најпримјереније рјешење.

6. ПОСТУПАК ЗА ДАВАЊЕ УСЛОВНОГ ОТПУСТА

Поступак за рјешавање о условном отпусту осуђених лица, уколико су испуњени сви законски услови, покреће се на основу молбе осуђеног лица и чланова његове уже породице, као и приједлогом директора завода. Молба осуђеног лица за условни отпуст, подноси се преко службе третмана завода, у коме осуђени издржава казну. Директор завода, приједлог за условни отпуст осуђеног подноси директно Комисији за условни отпуст. Поред самог осуђеног и директора казнено поправне установе, поступак за давање условног отпуста могу иницирати и чланови уже породице осуђеног, чиме се знатно доприноси

активном учешћу породице у преваспитању осуђеног и његовом јачању личне одговорности и самопоуздања.

Заједно са молбом или приједлогом, установа обавезно доставља Комисији за условни отпуст и извјештај о владању и понашању осуђеног, чија је израда јединствена на нивоу Републике Српске. Тај извјештај треба да садржи све релевантне податке о осуђеном лицу, и то: класификацију кривичног дјела за које је осуђен, врсту и висину казне, ко и када му је казну изрекао, да ли му је казна смањивана, да ли је дисциплински кажњаван, какво му је здравствено стање, да ли је радно ангажован у установи и на којим пословима, оцјену о понашању осуђеног лица, прогнозу његовог будућег понашања, као и оцјену о оствареној сврси изречене кривичне санкције, односно оцјену о постигнутом степену поправљања, преваспитања и ресоцијализације.

Извјештај установе о владању и понашању осуђеног треба да представља детаљну анализу постигнутих резултата у процесу административне индивидуализације институционалног третмана у заводу, са закључцима, и то посебно у погледу испуњености материјалних претпоставки за давање условног отпуста.²⁸ Те материјалне претпоставке се односе на извршавање радних обавеза осуђеног у заводу, с обзиром на његову радну способност, затим на владање и понашање осуђеног у установи током издржавања казне, као и на његово активно учествовање у процесу преваспитања и све друге околности које треба очигледно да покажу да ли је постигнута сврха кажњавања.²⁹ Извјештај о владању и понашању осуђеног треба да садржи и позитивну прогнозу понашања осуђеног, по условном отпуштању. Прогноза треба да се заснива на што већем броју елемената, као и што дужем временском периоду, у којем су ти елементи прикупљени. Нарочито је важно да позитивна прогноза не буде заснована само на понашању осуђеног за вријеме издржавања казне, већ се мора имати у виду и социјална средина у којој је осуђеник живио, а нарочито у којој ће живјети.

Предметни извјештај о владању и понашању осуђеног, који сачињава установа и доставља га Комисији за условни отпуст, мора бити резултат проучавања, сагледавања и оцјењивања колектива, који сачињавају: васпитачи, психолози, социјални радници, педагози, инструктори, стражари и друго особље које у току издржавања казне, из различитих углова посматра и проучава рад и развој осуђеника.³⁰

Условни отпуст представља само могућност за осуђеног, а не и његово право. Самим тим, права осуђеног лица се свде само на могућност подношења молбе за условни отпуст. Дискреционо право комисије да одлучује да ли ће одобрити условни отпуст и онда када су испуњени сви законски услови, доводи

28 Јовашевић, Д., *Коментар ЗИКС-а РС са судском праксом, пратећим прописима и регистром појмова и ЗИКС-а РЦГ, са пратећим прописима*, Београд, 2000., стр. 114.

29 Шуковић, М., *op. cit.* стр. 151.

30 Шуковић, М., *op. cit.* стр. 157.

у питање остваривање принципа једнакости грађана пред законом, јер ван тих услова нема простора за дискрециону оцјену.³¹

Сматрамо да би овај институт требало предвидјети и као право осуђених лица, која су издржала одређени дио казне, с тим да су испунила одређене услове. Тиме би се у знатној мјери отклониле могућности злоупотреба и арбитрираности у примјени овог института, до којих би могла да доведе могућност дискреционог одлучивања о условном отпусту.

У пракси, чланови Комисије за условни отпуст у највећем броју случајева не виде кандидате за условни отпуст, већ суд о њима и прогнозу о њиховом будућем владању доносе искључиво на основу извјештаја стручних служби установе о владању и понашању осуђеног.

Међутим, треба истаћи да је још на другом конгресу Уједињених нација за спречавање криминалитета и делинквенције одржаном у Лондону 1960. године, истакнуто да тијело које одлучује о условном отпусту треба своје одлуке доносити на темељу исцрпних информација о осуђенику и то, по могућности, након личног контакта са њима.³²

У прилог изнетих ставова иду подаци нашег емпиријског истраживања у Републици Српској, приказани у наредној табели:

Табела 1. Условни отпуст у Републици Српској

Година	Укупно поднесених приједлога и молби	Позитивно ријешено	Негативно ријешено
2005	767	440	327
2006	666	326	340
2007	525	218	307
2008	510	183	327
2009	549	120	429
2010	494	101	483

Подаци презентовани у Табели 1 представљају само број поднијетих молби и приједлога за условни отпуст (по годинама) и врсте донијетих одлука. Непотпуност података огледа се у томе што је вођено рачуна само о поднијетим молбама, а не и о томе да ли су те молбе од истих осуђеника (оних који су молбу већ раније подносили). Најопштији закључак, изведен из приказаних статистичких података, био би да се у просјеку око 35% молби позитивно

31 Стојановић, З., и Перић, О., *Коментар кривичног закона Републике Србије и кривичног закона Републике Црне Горе са објашњењем*, Београд, 1996., стр. 21.

32 Разић, А., „Примена услова отпуста у Црној Гори“, *Кривичне санкције институционалног карактера*, Београд, 1997., стр. 131.

ријеша, што се може оцјенити као европски стандард. Непосједовање ажуриране евиденције и релевантних података (као што су: за која кривична дјела је најчешће додјељиван условни отпуст, колико осуђених лица који су добили условни отпуст су повратници, за колико осуђених лица је суд опозвао условни отпуст, да ли се уопште спроводе и на који начин мјере надзора над условно отпуштеним итд), указује на то да се условни отпуст сматра споредним институтом, али и да се надлежни органи нису бавили преиспитивањима постојећих законских рјешења и правне праксе, нити су омогућавали другима да то чине.

7. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Надлежни органи, који одлучују о условном отпусту, треба да имају информације о броју оних осуђеника код којих је институт условног отпуста био успјешно, односно неуспјешно примјењен, као и о околностима које су посредно или непосредно довеле до таквог резултата условног отпуста. Јавност такође треба да буде информисана о функционисању поступка за давање условног отпуста и новим модалитетима овог института, јер је од 2010. године у примјени ЗИКС којим је уведена мјера надзора, а нарочито уколико је дошло до драстичног науспјеха у фази условног отпуста осуђених лица.

За оцену постојећег система условног отпуста, његовог обима, динамике и ефективности, неопходно је континуирано прикупљати релевантне статистичке податке, на основу којих би имали информације у вези са постизањем основне сврхе условног отпуста. Неопходно би било да истраживања везана за условни отпуст обухвате: поступак за давање условног отпуста, гледишта, ставове и перцепције правосудних органа и тијела која доносе одлуке о условном отпусту, затим, ставове и гледишта органа који су задужени за провођење условног отпуста, жртава, чланове шире заједнице, као и самих осуђеника, а све у циљу да би се добила јасна слика о томе да ли је условни отпуст као институт заиста оправдан, да ли доводи до смањења рецидивизма и до које мјере се осуђеници, који су условно отпуштени, прилагођавају животу на слободи.

На крају, сматрамо да нека тренутна рјешења у вези са поступком давања условног отпуста, као што су широко дискреционо право, које има Комисија за условни отпуст, непостојање права осуђеног да учествује пред комисијом у разматрању своје молбе, одсуство јавности, непостојање фактичке могућности изјављивања жалбе на одлуку Комисије и друго, у озбиљној мјери доводи у питање гарантовану једнакост грађана пред законом.

ЛИТЕРАТУРА

- Атанацковић, Д. *Пенологија*, Београд, 1998.
- Арнаудовски, Љ. „Правосудни органи у извршењу кривичних санкција“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 4, 1987.
- Вулић, Д. Николић, З. „Закон о извршењу кривичних санкција и нова рјешења у закону о кривичном поступку“, у: *Мјесто југословенског кривичног права у савременом праву*, Београд, 2000.
- Ђорђевић, М. „Разлози за измјене и допуне и основне карактеристике општег дела Кривичног законика СРЈ према радном тексту предлога“, у: *Ново југословенско кривично законодавство*, Београд, 1996.
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., *Практикум за кривично право, Општи део*, Београд, 2008.
- Франк, С., *Теорија казног права, Опћи дио*, Загреб, 1955.
- Филипић, Г. „Условни отпуст у Републици Српској“, у: *Савремене тенденције кривичне репресије као инструмент сузбијања криминалитета*, Бијељина, 2010.
- Јовашевић, Д., *Лексикон кривичног права*, Београд, 1998.
- Јовашевић, Д. *Коментар ЗИКС-а са судском праксом, пратећим прописима и регистром појмова и ЗИКС РЦГ, са пратећим прописима*, Београд, 2000.
- Јовашевић, Д. *Кривично право, Општи део*, Београд, 2006.
- Крстановски, М. „Условни отпуст као пенолошка мера“, у: *Човек и право*, Скопје, 1991.
- Константиновић Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Ниш, 2006.
- Купчевић-Млађеновић, Р. *Основи пенологије*, Сарајево, 1972.
- Милутиновић, М., *Пенологија*, Београд, 1992.
- Петровић, Б. Јовашевић, Д., *Извршно кривично-казнено право*, Сарајево, 2006.
- Радбрух, Г. *Филозофија права*, Београд, 1980.
- Разић, А. „Примена условног отпуста у Црној Гори“, у: *Кривичне санкције институционалног карактера*, Београд, 1997.

Соковић, С. „Извршење кривичних санкција у функцији превенције криминалног понашања“, у : *Превенција криминалитета*, Београд, 1998.

Стојановић, З. „Условни отпуст: проблеми и перспективе“, у: *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1984.

Стојановић, З. и Перић, О. „Коментар кривичног закона Републике Србије и Кривичног закона Републике Црне Горе са објашњењима“, Београд, 1996.

Суботић, Д. „Казна лишења слободе са посебним освртом на укидање смртне казне“, у: *Теоријски и практични проблеми југословенског казненог законодавства*, Београд, 1996.

Шуковић, М. *Условни отпуст*, Београд, 1971.

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Српске, „Сл. гласник РС”, 12/2010.

Кривични закон Републике Српске, „Сл. гласник РС”, 49/2003.

Закон о кривичном поступку Републике Србије, „Сл. лист РС”, 35/2005.

Goran Filipić, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

PAROLE PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The subject matter of this paper is the parole procedure in the Republic of Srpska. In particular, the author focuses on the advantages and disadvantages of the administrative system as compared to the judicial system governing the offenders' conditional release (parole).

In this article, the author deals with the content and elements of the institute of parole, with specific reference to the formal and substantive conditions for granting a parole, its legal nature and the eligibility for parole. Hence, if the parolee does not observe the specific "conditions" and fails to justify the trust vested in the released offender, the parole may be revoked and the parolee may be remanded to the penal institution. The author further provides an overview of the public authorities which are in charge of granting a parole, as well as the specific legal grounds and procedure governing release on parole. In the final part of this paper, the author provides statistical data on the total number of approved paroles in the period from 2005 to 2010 as related to the total number of convicted offenders who applied for release on parole. The statistics justify the importance and the need for this institute in the Republic of Srpska.

Key words: *criminal sanctions, imprisonment, conditional release (parole), Parole Board, penal institution, resocialization*

ДИВЕРЗИОНИ МОДЕЛИ У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Усвајајући становишта да је креирање рационалног кривичног поступка један од императива савремене кривичнопроцесне науке, а диференцијација процесних форми основно оруђе за испуњење тог захтева, аутор се у овом раду посветио анализи процесних потенцијала све популарнијих диверзионих модела. Пошто је констатовао да су „мирење странака“ и „обештећење жртве“, два најчешћа манифестациона облика диверзије, своју пуну афирмацију доживела тек инкорпорирањем у састав начела опортунитета, аутор је своју пажњу усмерио на актуелне тенденције у развоју дискреционог кривичног гоњења. Доцнија разматрања, у чијем је средишту динамичан однос између два принципа организовања јавне кривичне тужбе, завршавају констатацијом да гипкија садржина начела опортунитета више погодује савременим трендовима развоја кривичног поступка. Други део рада заузела су одмеравања аргумената којима се афирмише, односно оспорава, шира примена опортунитетног гоњења, а свој епилог су нашла у ставу, да само коректно нормирано, ово начело може бити погодно средство рационализације кривичног поступка. Да је тако, сматра аутор, рељефно се исказује у домаћем законодавству и судској пракси.

Кључне речи: диверзија, опортунитет, начела, кривична тужба.

Увод

Већ и површан преглед стручне литературе указује да у актуелним расправама о кривичном правосуђу доминара став да оно не испуњава очекивања, која савремено друштво пред њега поставља.¹ Узроци његове све израженије нефункционалности траже се, између осталог, и у организацији

¹ З. Стојановић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд, 2009, стр. 15.

кривичног поступка, при чему у први план избијају захтеви ефикасности и економичности. Хронична преоптерећеност органа кривичног правосуђа и дуго трајање кривичног поступка наметнули су проблем његове рационализације, као једно од најважнијих питања савременог кривичног процесног права.

У ствари, ради се о томе да се сада и у структури кривичног поступка јасно читава оно што је много раније дошло до изражаја у другим сегментима друштвене стварности. Давно је примећено да велика друштва не могу опстати на дужи период, ако подстичу искључиво униформност. Француски социолог Диркем, први је у свом делу *О подели друштвеног рада* указао на то да само веома једноставна друштва, као она примитивних народа, могу функционисати на основу хомогености и униформности. Јер, „што је сложенија подела друштвеног рада“ – констатује Манхајм – „то је већа потреба за диференцијацијом типова. Интеграција и јединство великог друштва не постижу се униформним понашањем већ кроз узајамну комплементарност функција.“²

Потреба да се структура кривичног поступка адаптира све комплекснијим друштвеним условима узрок је актуелног тренда продубљене процесне диференцијације, који се одликује експанзијом поједностављених процесних форми, али и широког афирмисања диверзионих модела, чији је циљ скретање кривичног поступка, које се окончава применом других мера, а не кривичних санкција. Своју пажњу овај ће рад задржати на потоњем средству рационализације кривичног поступка.

Појам и циљеви диверзије

Развијање диверзионих модела један је вид реакције на сазнање да казна (а нарочито казна затвора) често више шкоди него што доприноси реализацији циљева, које кривично право поставља.³ Иначе, ови облици обухватају свако скретање од уобичајеног тока поступка, углавном у стадијуму пре оптужења, како би се мимоишло ангажовање суда, а окривљени, уместо пеналној институционализацији, подвргао одређеном ванпеналном третману. Тако се диверзија јавља као својеврсни коректив редовне процедуре - избегавањем кривичног поступка избегавају се стигматизујући ефекти и ефикасније удовољава интересима жртве, а све уз минимално ангажовање органа кривичног правосуђа. Управо овим карактеристикама детерминисани су и њени циљеви замена кривичног судског поступка и кривичних санкција ефикаснијим и хуманијим мерама према учиниоцима кривичних дела и смањење хроничне преоптерећености система кривичног правосуђа.⁴ Своје манифестационе облике,

2 К. Манхајм, *Дијагноза нашег доба*, Mediteran publishing, Нови Сад, 2009, стр. 21.

3 З. Стојановић, *op.cit.*, стр. 21.

4 Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 149.

диверзија најчешће налази у *мирењу странака и обештећењу жртве*. Мирење се сматра најефикаснијим и најприроднијим начином решавања спорова, јер најбрже води поновном успостављању нарушене друштвене хармоније.⁵ Међутим, неподељено досадашње искуство великог броја земаља показује да протежирање овог алтернативног вансудског облика није дало очекиване плодове. Што се тиче репарације, њеној растућој популарности доприниси то што је, после дугог потискивања на маргине кривичног права, дошло до рестаурације положаја жртве у кривичном поступку.

Описаном правцу еволуције кривичног поступка у великој мери погодује организовање кривичног гоњења на принципу опортунитета. Две напред апострофиране вансудске форме, чија самостална примена није имала приметније резултате, доживеле су своју пуну афирмацију тек као интегрални делови, односно појавни облици, начела опортунитета. Тако се потрага за могућим начинима растерећења правосудног система све чешће ослања на ширу примену начела опортунитета, „као једног диверзионог модела којим се остварује сврха упрошћених форми кривичног поступка.“⁶ Због тога ће даља разматрања бити посвећена испитивању потенцијалног доприноса овог начела захтевима рационализације кривичног поступка.

Дискреционо кривично гоњење пунолетних учиналаца кривичних дела

Значај кривичне тужбе (као акта којим се поступак покреће и одређује тема расправљања) рефлектује се и на огроман утицај, који начела, на којима је она организована, имају на кривични поступак и његову ефикасност.⁷ Тек са успостављањем јавне кривичне тужбе поставило се питање начина њеног уређења. До тада се судски поступак за сва дела покретао искључиво по приватној иницијативи. Процес је био безусловно контрадикторан и представљао је праву парницу или препирку између странака, док је судија био само ћутљиви сведок таквог правног двобоја. Када је држава од оштећеног преузела функцију кривичног гоњења, искрсло је питање обавезе покретања судског поступка, а одговор је нађен у принципу легалитета, односно опортунитета. Дакле, важење начела официјелности представља предуслов за деловање ових начела. Насупрот томе, питање обавезности кривичног гоњења се не поставља

⁵ С. Бркић, *op. cit.*, стр. 152.

⁶ В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 27.

⁷ В. Ђурђић, „Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка”, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд, 2009, стр. 105.

у условима неофицијелног гоњења, где је доминантан приватни интерес и које стога подлеже начелу диспозитивности.

Принципи легалитета и опортунитета представљају дакле два основна модела организовања јавне кривичне тужбе. Начело легалитета се најпре појавило у немачком праву, под утицајем апсолутних теорија о казни, које су у праведној одмазди налазиле њено оправдање и смисао, а доживљавано је као гаранција доследне примене одредаба материјалног кривичног права, у свим случајевима познатих учинилаца кривичног дела.⁸ С друге стране, у земљама француске правне традиције, у којима се идеје о оваквом смислу казне нису примиле, као модел уређења кривичне тужбе прихваћено је начело опортунитета (целисходности). Оно се у правној теорији дефинише као „обавеза органа кривичног гоњења да врши функцију кривичног гоњења, ако су испуњени законом предвиђени услови и ако је то у конкретном случају сврсисходно с обзиром на јавни интерес.“⁹ У прихваћеној дефиницији препознају се четири битна елемента овог начела: а) обавеза кривичног гоњења, б) носилац обавезе кривичног гоњења, ц) услови наступања обавезе гоњења и д) исходиште обавезе кривичног гоњења. Прва три елемента својствена су и начелу легалитета, будући да оба принципа установљавају обавезу кривичног гоњења, оба важе за државни орган коме је поверена функција кривичног гоњења (јавног тужиоца) и оба почињу да делују, тек са испуњењем законом предвиђених услова (стварне и правне природе). Њихова разлика читава се у четвртном елементу. Наиме, иако оба начела успостављају обавезу кривичног гоњења, њено исходиште је различито. Код принципа легалитета, она извире директно из закона, па је јавни тужилац обавезан да предузме гоњење увек кад постоје стварни и правни услови за покретање поступка. Начело опортунитета је нешто шире и овлашћује јавног тужиоца да у сваком конкретном случају, кад се стекну стварни и правни услови, уважавањем јавног интереса, оцењује целисходност покретања кривичног поступка. Наравно, овлашћење на дискрециону оцену не подразумева апсолутну слободу, нити се може поистоветити са самовољом, јер се врши искључиво са становишта заштите јавног интереса. Ипак, управо захваљујући описаној еластичности, принцип опортунитета је препознат као важно оруђе у креирању рационалнијег кривичног поступка. Стога, и у системима који кривично гоњење заснивају на *легалитету*, све више израза узима корективни и комплементарни карактер начела опортунитета.¹⁰ Иначе, еволуцију ових, у првој фази развоја оштро супростављених начела, карактерише тенденција њиховог приближавања. Додуше, ово „приближавање“ углавном се одликује ерозијом

⁸ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 93.

⁹ С. Циглер, „Однос начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења према другим правним начелима”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, бр. 4/1994, стр. 5.

¹⁰ С. Циглер, *op. cit.*, стр. 22.

начела легалитета и томе сразмерној експанзији некада супротног принципа. Тако је тренд сужавања подручја примене начела легалитета одлика свих реформи процесног законодавства спроведених у европским земљама, у последњих неколико деценија. У широкој примени принципа опортунитета пронађен је добар механизам за селекцију случајева, које је на самом почетку поступка могуће елиминисати из судског процеса и тиме допринети растерећењу судских органа од предмета багателног значаја. У том контексту је најилустративнији пример немачког законодавства, у којем се са ограничавањем владајућег начела легалитета отишло тако далеко, да је тешко одредити шта је правило, а шта изузетак.¹¹

Прогресију опортунитетског гоњења одликује стално повећавање броја ситуација које дозвољавају процену целисходности гоњења, а самим тим и пораст броја његових појавних облика од којих су најчешћи:

- *непредузимање кривичног гоњења за багателна кривична дела.*

Уобичајено је да се уступци начелу опортунитета пре свега чине у сфери багателног криминалитета. То су она дела код којих потреба за казном не постоји, због незнатности или непостојања штетних последица и ниског степена кривице. Додатни услов тиче се непрепознавања јавног интереса, који се може огледати у разлозима специјалне и генералне превенције, потреби расветљавања криминогене позадине конкретног дела, заинтересованости заједнице за то дело и сл.¹²

- *условни (привремени) одустанак од кривичног гоњења.* У основи ове установе лежи идеја да се у сфери ситног криминалитета скретањем кривичног поступка смањи притисак на судове, како би се могли бавити „тежим” предметима. Да би се могла применити, најчешће се захтева: а) да су у питању лакша кривична дела, б) низак степен кривице, в) непостојање интереса за гоњење, због спремности окривљеног да изврши одређене налоге и обавезе, д) да окривљени изврши преузете обавезе (санирање проузроковане штете, извршавање обавезе идржавања, обављање одређених опште корисних дела и сл. и, е) сагласност, најчешће оштећеног или вишег тужиоца, а каткад и суда.¹³

11 Без претеривања се може констатовати да је начело опортунитета једно од најважнијих начела у немачком кривичнопроцесном законодавству. Веома широке законске могућности коришћења овог изузетка обилато се употребљавају у пракси тако да се ово начело примењује у преко 25% свих кривичних случајева, односно у преко 50% случајева, кад је у питању лакши и ситан криминалитет.

12 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења (магистарски рад)*, Правни факултет, Нови Сад, 1992, стр. 80.

13 Давање ове надлежности суду дискутабилно је са становишта природе и суштине начела опортунитета кривичног гоњења, због чега је у Немачкој, у којој је прихваћено овакво решење, предмет бројних стручних расправа.

Поступак се обуставља, најпре привремено, са издавањем обавеза и налога, а потом и коначно, са њиховим испуњавањем;

- одустанак од кривичног гоњења због могућности ослобођења од казне.

Услов за примену овог облика је да су испуњене претпоставке под којима суд може ослободити окривљеног од казне;

- *непредузимање кривичног гоњења из политичких разлога*. Основи за коришћење овог облика налазе се у процени да би спровођење поступка за одређена дела (углавном против државе) створило опасност настанка тешке штете по земљу односно у постојању важних јавних интереса, који се супростављају гоњењу;

- *небитност споредне казне као основ могућности коришћења начела опортунитета кривичног гоњења*. Примена овог модела могућа је у два случаја: а) када је очекивана казна без значаја поред већ постојеће казне, изречене због извршења другог кривичног дела и б) када се окончање кривичног поступка не очекује у примереном року, а казна која је изречена, или се очекује због извршења другог кривичног дела, има довољан утицај на окривљеног односно заштиту јавног интереса;

- *кривична дела принуде и изнуде као основ начела опортунитета кривичног гоњења*. Ако је према неком учињено кривично дело принуде или изнуде, претњом да ће се обелоданити неко кривично дело, јавни тужилац може одустати од гоњења за дело чијим се пријављивањем претило, уколико због тежине дела није неопходно његово кажњавање. Овај изузетак указује на спремност државе да због заштите добара веће вредности одустане од доследне примене репресивног механизма за мање значајна дела;¹⁴

- *у односу на лица која се налазе на издржавању казне затвора*. Јавни тужилац може одустати од гоњења већ осуђеног лица, ако се ради о безначајном делу, а запређена казна чини сувишним поновно кажњавање.

У регламентацији овог полиморфног начела у конкретном процесноправном систему, не долазе увек до изражаја сви наведени облици. Множином својих облика истиче се пример немачког процесног права, који се *grosso modo* могу сврстати у три категорије: а) у првој су они видови чија се примена везује за тежину кривичног дела, цењену са аспекта прописане кривичне санкције (изостајање гоњења за багателна кривична дела – преступе, условни одустанак од кривичног гоњења), б) другу категорију чине облици, који за основ имају очекиван исход кривичног поступка (одустанак од кривичног гоњења због могућности ослобађања од казне) и, в) у трећој групи су облици, који за основ примене имају политичке разлоге.¹⁵ Но, и тамо се примена овог начела најчешће

14 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења* (магистарски рад), *op. cit.*, стр. 93.

15 С. Бејатовић, „Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном процесном праву”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију

испољава у виду непредузимања кривичног гоњења за багателна кривична дела,¹⁶ што је могуће под следећим условима: 1) да је предмет поступка преступ,¹⁷ 2) да је кривица учиноца незнатана, 3) да не постоји јавни интерес за гоњење и 4) да постоји сагласност суда.

Уопште узев, значајну карактеристику постојећих упоредноправних решења представљају готово изједначени услови примене начела опортунитета који се, готово без изузетка, односе на низак степен кривице и непостојање јавног интереса за кривично гоњење, али и на неке друге околности везане за кривично дело и учиниоца.

Pro et contra

Може се прихватити да опортунитет кривичног гоњења у бити представља диверзиони модел, проткан идејама консенсуалне и ресторативне правде, чија је сврха рационализација кривичног поступка.¹⁸ Тако схваћено начело опортунитета у потпуности се подудара са општим трендом у савременим законодавствима, који крактеришу напори у правцу продубљене диференцијације судског поступка, условљени пре свега, проблемом преоптерећења кривичног правосуђа и променама у обиму и структури криминалитета.

Опоненти оваквих тенденција приговарају да начело опортунитета вређа принцип једнакости, јер отвара могућност неоснованог одустајања од гоњења и тиме незаслуженог привилеговања појединаца или група, док у широким дискреционим овлашћењима тужилаца препознају констатан извор неправде. Чини се ипак да снага ових аргумената није таква да би могла довести у питање даљу афирмацију опортунитета кривичног гоњења. Управо могућност неједнаког поступања у различитим ситуацијама може верније послужити идеји правичности. Овлашћењем да се по испуњењу законских услова нека лица гоне а нека не, не вређа се нужно уставно начело једнакости, будући да разлике, које се овде чине, почивају на различитом чињеничном стању сваког појединог случаја. Даље, дискреционо право није истовремено и право на произвољан избор између гоњења и негоњења, већ је вишеструко ограничено потребом заштите јавног интереса, односно обавезом да се поштују мањевише прецизни законски услови за примену ове установе. Дакле, дискрециона оцена не предствља апсолутну слободу избора, већ слободу унутар правом одређених граница, будући да је јавни тужилац везан: а) у погледу овлашћења

и праксу, Београд, 2009, стр. 129.

16 У преко 60% свих случајева примене начела опортунитета кривичног гоњења у Немачкој он се користи управо по овом основу.

17 Кривична дела у Немачкој се деле на злочине (*verbrechen*) и преступе (*vergehen*).

18 В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, *op. cit.*, стр. 28.

на опортунисање, које мора бити законом установљено, б) у погледу граница тог овлашћења, које су такође одређене у закону (у том смислу он се слободно креће само између законом понуђених алтернатива, пре свега с обзиром на питања *дали* (гоњење-негоњење) и *како* (услован-безуслован одустанак од гоњења)), в) у погледу минималних услова (основана сумња, елементи кривичног дела које се гони по службеној дужности, процесне претпоставке), који чине доњу границу испод које опортунисања не може бити, г) у погледу утврђивања чињеничног стања и правног квалификовања дела, д) у погледу правила поступка и *ђ*) у погледу самог начина опортунисања који, додуше, није подвргнут правним, али јесте правилима целисходности, јер се врши с обзиром на јавни интерес.¹⁹ На крају крајева, сам развој кривичног процесног права учинио је овакве приговоре анахроним, будући да би њихово доследно усвајање значило уклањање свих диверзионих форми, без којих се, међутим, савремени кривични поступак не може замислити.²⁰

С друге стране, ни начело легалитета не представља безусловну гаранцију примене права у сваком случају. Пракса је показала да ни најстрожа владавина овог начела није лишена извесног слободног кретања органа кривичног гоњења, те „да се испод његове фасаде крије значајно фактичко опортунирање“.²¹ До тога долази приликом оцене испуњености стварних и правних услова за гоњење²² (који су исти за оба начела), а врши се под окриљем слободне оцене доказа и тумачењем неодређених правних појмова, за шта је нарочито подобан растегљиви услов „основане сумње“. Слободно деловање органа гоњења испољава се и приликом правне квалификације дела. Дакле, ни увођење принципа легалитета није само по себи гарант једнакости пред законом. Шта више, његово стриктно примењивање може произвести супротне ефекте, тако што ће преоптерећено правосуђе тражити друге, мање рационалне путеве свог растерећења који опет воде неједнаком третману окривљених.²³ Уколико пракса показује тенденције да изобличава правила, која на одређеном правном подручју важе, неупоредиво

19 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења* (магистарски рад), *op. cit.*, стр. 62.

20 В. Ђурђић, *Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења*, *op. cit.*, стр. 26.

21 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења* (магистарски рад), *op. cit.*, стр. 110.

22 Једно истраживање у Финској указало је на веома честе обуставе истраге због недостатка доказа баш код багателних деликата. Тешко је, међутим, одржива теза да се баш код тих дела појављују непремостиве тешкоће у доказивању.

23 Хроничну преоптерећеност правосуђа Италија је својевремено покушала решити масовним помиловањима и обуставама поступка због застарелости. Слична појава догађала се код нас у последњој деценији прошлог века, а и до данас није сасвим ишчезла само у првих девет месеци 2005. године, застарелост је наступила у 625 кривичних предмета.

је боље такве тежње каналисати одговарајућом законском регулативом, него их игнорисати. У складу с тим, у упоредном праву је правило да се тамо, где би инсистирање на доследној примени важећег начела легалитета уродило негативним ефектима, прибегава његовом ограничавању и установљавању изузетака.

Осим тога, не постоји установа, која се не би могла злоупотребити. Зато бојазан од злоупотребе не може бити разлог да се потенцијално корисна решења *a priori* искључе из правног система. Нешто већа опасност, која у том смислу постоји код принципа опортунитета, једино намеће потребу за адекватним моделима и контролним механизмима овог начела. Спречавање неоправданог изостанка гоњења може се постићи различитим мерама, почев од унутрашње контроле засноване на хијерархијској структури јавног тужилаштва, из које извиру принципи супституције и деволуције, преко обавезне сагласности оштећеног, што је углавном постојеће решење у компаративном кривичнопроцесном законодавству, до условљавања давањем претходне сагласности суда. Истом циљу може допринети и прецизно нормирање разлога за примену начела опортунитета, одговарајућа заштита интереса оштећеног и сл. Правилну примена принципа опортунитета у великој мери обезбеђује и самосталност и независност органа кривичног гоњења. Заштићеност од уплива других грана власти треба да осигура да се оцена целисходности покретања кривичног поступка, у сваком конкретном случају, врши искључиво са аспекта функције кривичног гоњења.

Најзад, неподизање оптужбе ни у ком случају не значи ослобађање учиниоца од свих последица његовог дела. Условним одлагањем гоњења, које је у пракси најчешће испољавани облик начела опортунитета, окривљеном се намеће испуњење одређених дужности, изражених у обавези репарације штете проузроковане кривичним делом, плаћања одређеног новчаног износа у корист неке установе од општег значаја или извршавању других опште корисних дела. Терет ових налога није без ефекта на циљеве, како специјалне, тако и генералне превенције. Наметањем адекватних обавеза постиже се да се окривљени суочи са последицама свог дела, можда у већој мери него што се то дешава у случајевима изрицања условне осуде (од стране наших судова убедљиво најчешће изрицане санкције), или судске опомене (потпуно изопштене из исте праксе).

Садржина условног одлагања гоњења веома је блиска циљевима ресторативне правде.²⁴ Већ је речено да примена овог института најчешће подразумева отклањање штетних последица кривичног дела, чиме се врши својеврсно мирeње окривљеног и оштећеног. Осим тога, испуњењем преузетих обавеза, окривљени манифестује свест о одговорности и спремност на мењање свог понашања. У прилог примене начела опортунитета иде и предвидљивост

²⁴ В. Ђурђић, „Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка”, *op. cit.*, стр. 112.

исхода суђења у поступцима за лакша кривична дела. Такви случајеви најчешће се окончавају после неколико одржаних, односно одложених, рочишта за главни претрес и изрицањем већ поменути условне осуде. За такве се случајеве, са становишта процесне економије, показује оправданим прописивање неког од бројних облика начела опортунитета. На тај се начин постиже рационализација кривичног поступка, посматраног у целини, растерећењем судова за онај број кривичних предмета у којима јавни тужилац примени начело опортунитета, уместо да захтева покретање кривичног поступка.²⁵

Понекад баш одустанак од гоњења може допринети ефикаснијој кривичноправној заштити других вредности. Такав је случај код: а) кривичног дела изнуде, за чије се постојање, по правилу, може сазнати једино преко жртве, па се, ако изнуђач прети да ће пријавити неко дело оштећеног, може одустати од гоњења за то лакше кривично дело у циљу откривања учиниоца тежег дела (овај се изузетак од начела легалитета предвиђа у великом законодавстава) и, б) код кажњивог покушаја или припремања кривичног дела, од којих се још увек може одустати или могу отклонити последице, што се поспешује стављањем у изглед могућег одустајања од гоњења.

Ширем афирмисању начела опортунитета највише доприносе резултати његове примене у упоредном праву. Без обзира на одређене теоријске контроверзе, његов опстанак се не доводи у питање. Напротив, поље његове примене се стално шири, а приметна су настојања да се сталним законодавним корекцијама побољшају ефекти овог института. Стога нема разлога да се с подозрењем гледа на оно што се показало као добро у правним системима, у којима је заштита људских слобода и права на већем нивоу него код нас. У том смислу треба схватити и Препоруку Р(87) 18 Комитета министара Савета Европе земљама чланицама, у вези са поједностављењем кривичног правосуђа,²⁶ која у поглављу, посвећеном дискреционом гоњењу, истиче да истом „треба прибегавати или његову примену проширивати, кад год историјски развој и устав земаља чланица то омогућују. Одлука о одрицању од гоњења према овом начелу“ – наводи се још - „доноси се само ако орган који гони располаже одговарајућим доказима кривице. Даље, надлежни орган при вршењу ових овлашћења треба да се, у складу са домаћим законима, руководи начелом једнакости свих грађана пред законом и индивидуализацијом кривице, посебно озбиљношћу, природом, околностима и последицама кривичног дела, личношћу наводног починиоца, вероватном пресудом суда, ефектом казне на наводног починиоца и положајем жртве“.

25 Ђ. Лазин, „Одступања од начела легалитета у новом Законику о кривичном поступку”, у: *Практична примена новог југословенског законика о кривичном поступку*, Београд, 2002, стр. 34.

26 Усвојена од стране Комитета министара на 410. седници одржаној 17. септембра 1987. године.

О неким проблемима у примени начела опортунитета у позитивном праву

Законик о кривичном поступку из 2002. године²⁷ увео је принцип опортунитета, који је до тада постојао само за малолетнике, у ограниченом обиму и за пунолетна лица. Ради се, пре свега, о одредбама чл. 236 и 237 ЗКП, којима је уведена могућност да, под извесним околностима, јавни тужилац одложи кривично гоњење, односно од њега одустане. У одступање од начела легалитета може се још уврстити и уступање кривичног гоњења страниј држави (чл. 536 ЗКП).²⁸ Актуелни облик означеним одредбама дала је законска новела из 2010. године²⁹ којом је законодавац, због ретког коришћења ове процесне могућности, тужиоцима експлицитно наредио да увек пре иницирања кривичног поступка, за дела за која је као главна казна прописан затвор до три године или новчана казна, испитају постојање могућности за одлагање кривичног гоњења. Уз то, од тада се опсег примене начела опортунитета може, уз сагласност суда, проширити до граница које важе за скраћени поступак. У сличном облику, ово начело је нашло место и у најновијем Законику о кривичном поступку.³⁰ Овде је оно већ у свом основном облику, без уплива суда, разасртно на дела која потпадају под режим важећег скраћеног поступка. Суд је потпуно избачен из процеса оцене целисходности гоњења, док је са тужиоца скинуто бреме неизоставног испитивања постоје ли услови за одлагање гоњења кривичних дела одређене категорије.

Свакој од понуђених опција регламентације начела опортунитета могу се ставити плаузибилни теоријски приговори. Такође, одређене аномалије идентификоване су и у досадашњој практичној примени овог института. Начелне примедбе генерисане су дисхармонијом која карактерише однос између материјалноправних кривичних одредби и правила процесног права. Наиме, узима се да је начело опортунитета корелат формалном појму кривичног дела. Кривични закони, који за конструкцију кривичног дела не захтевају друштвену опасност, не прописују ни основе којима се искључује постојање кривичног дела због његовог малог значаја. Следом тога, кривичним делом се сматра свако дело које противправно, у закону одређено као кривично дело и скривљено, без обзира што је истовремено сасвим малог значаја, штета незнатна или је нема, а степен кривице учиниоца низак. Предузимање кривичног гоњења за таква дела било би депласирано, а њихова елиминација се постиже увођењем процесног принципа опортунитета, који овлашћује јавног тужиоца да у тим

²⁷ Законик о кривичном поступку, „Сл. лист СРЈ”, бр. 68/2002.

²⁸ В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења” *op. cit.*, стр. 23.

²⁹ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС”, бр. 76/2010.

³⁰ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС” бр. 72/2011.

случајевима не покреће кривични поступак.³¹ Дакле, разлози за увођење начела опортунитета су исти они разлози због којих се уводи незнатна друштвена опасност, кад се усвоји материјални појам кривичног дела.³² Домаћи законодавац је усвојио формални појам кривичног дела, али га није доследно спровео. По инерцији је (у материјалном кривичном праву) задржано дело малог значаја, институт инкомпатибилан оваквој конструкцији кривичног дела. С друге стране, кривично гоњење је и даље организовано на начелу легалитета, али не у чистом облику, већ са одступањима у појединим, законом предвиђеним случајевима, за које је прописано важење начела опортунитета. Међутим, поље распрострањања установљеног начела опортунитета у највећој мери се поклапа са опсегом појма дела малог значаја, због чега се коезистенција двају института показује узроком не мале теоријске конфузије. Веће практичне импликације има једно друго „преклапање“, изазвано истовременим промовисањем поравнања странака као разлога за невођење кривичног поступка и као основа за ослобођење од казне. Овим нису исцрпљена сва спорна питања разграничења између материјалног и процесног кривичног права. Наиме, инсистирање на обавезној примени начела опортунитета за одређену категорију кривичних дела отвара питање оправданости егзистирања ових инкриминација у кривичном закону. Овај проблем постаје сразмерно комплекснији, ако се прихвате тезе да систематски и доследно спроведена декриминализација представља средство растерећења кривичног правосуђа, те да се границе кривичноправне заштите пре свега имају одредити кривичним материјалним (а не процесним правом).³³ То није све. Интезивна експлоатација условног одлагања гоњења, подстакнута тужиоцевом обавезом да увек прво испита могућност примене ове установе, у пракси се извржава у механизам за наметање осумњиченом обавеза, које се у перцепцији тужилаца (и суда) поистовећују са кривичном санкцијом. Овакво форсирање претвара условно одлагање гоњења у мандатно кажњавање, на које се осумњичени (независно од кривице) све више навикавају.

Следећа значајна примедба односи се на непотпуну законску регулативу условног одлагања кривичног гоњења. Већ је поменуто да се у упоредном праву овај облик опортунитета обично везује за одређене услове везане за природу и тежину дела, степен кривице, непостојање јавног интереса за гоњење и сл. Али се и поред тога у тим земљама као најкрупнији приговор овој установи истиче прописивање услова примене неодређеним појмовима као што су „мала кривица“ и „јавни интерес“. Домаће законодавство, међутим, не садржи ни такве, условно речено „непрецизне“ одреднице. Последица оваквог нормирања

31 М. Грубач, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Службени гласник, Београд, 2004, стр. 153.

32 В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења“, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, стр. 13-28, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 16.

33 Зоран Стојановић, *op. cit.*, стр. 21-22.

је могућност условног одлагања гоњења без икаквих правних ограничења, па и независно од јавног интереса и степена кривице.

На квалитет примене ове диверзионе форме посредно утичу и други фактори. Један од њих се огледа у недовољној стручној оспособљености јавнотужилачког и судског кадра. Одавно је уочено да се „за остваривање многобројних и сложених циљева кривичног поступка све више траже општа, правна, етичка и политичка култура правосудног кадра”.³⁴ Супротно томе, у домаћој стручној литератури данас су све учесталији приговори да се због неспособности правосуђа да се привикне на примену добрих закона, закони једноставно прилагођавају лошем правосуђу.³⁵ Одређене негативне рефлексије производи и сама организација јавног тужилаштва. Уставне норме о уређењу јавног тужилаштва не пружају довољне гаранције за његову самосталност и заштиту од политичких утицаја, пре свега од уплива извршне власти.³⁶ Оно је код нас уређено „као крута пирамидална грађевина, успостављена на принципима чврсте хијерархије и монократског уређења,“ а искуства из упоредног права управо показују да што је јавно тужилаштво екстерно више подложно извршној власти, то су израженије црте његове хијерархијске организације на унутрашњем плану.³⁷ Позивањем на последње две примедбе могу се објаснити многе неправилности у операционализацији начела опортунитета.

Закључне напомене

Начела легалитета и опортунитета представљају два легитимна модела организовања кривичног гоњења. Међутим, актуелне тенденције у развоју савременог кривичнопроцесног права бележе да се у правним системима, у којима је кривична тужба устројена на начелу легалитета, све више шири примена принципа опортунитета, чија гипкија садржина истовремено омогућује његово комплементарно и корективно деловање. Овакво схваћено начело опортунитета представља један од кључних инструмената за стварање

34 Цит. према: С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења*, *loc. cit.*

35 С. Бељански, „Кривични поступак између права и политике”, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 02/07, стр. 578. Слично сматра и В. Ђурђић, кад тврди да би принципијелно концепцијско спровођење начела опортунитета „изискивало прилагођавање правосудне праксе, па би због тога било са мање изгледа за равноправност пред законом и правну сигурност” (В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, *op. cit.*, стр. 18).

36 Избор и разрешење јавних тужилаца предлаже Влада, а одлуке доноси народна скупштина. Ни састав Државног већа тужилаца није у функцији његове улоге да „обезбеђује и гарантује самосталност“ (чл. 164 ст. 1 Устава) носилаца јавнотужилачке функције, пошто у њему преовлађују представници политичке већине у парламенту.

37 В. Ђурђић, „У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека”, у: *Зборнику радова Правног факултета у Нишу* „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 309-310.

рационалнијег поступка и растерећење хронично преоптерећеног правосуђа, а одликује га мноштво облика прилагођених различитим ситуацијама, у којима се примат даје разлозима целисходности кривичног гоњења.

Искуства из упоредног права представљају добру препоруку за ширу афирмацију принципа опортунитета и у домаћем законодавству. Пракса је тамо оправдала процесне реформе и показала да коректно нормирано начело опортунитета може бити веома погодно средство за убрзање и поједностављење кривичног поступка. На истој је линији и Препорука Комитета министара Савета Европе, којом се шири примена дискреционог гоњења пропагира као један од предуслова рационалнијег кривичног поступка. Међутим, ни пут рационализације кривичног поступка није без својих замки. Несумњиви потенцијали опортунитетског гоњења постају изражени само уколико се оно концепцијски доследно нормира. У супротном, добијају се релативни и лако оспорљиви резултати.

Литература

Бејатовић С., „Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

Бељански С., „Кривични поступак између права и политике”, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 02/07.

Бркић С., *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004.

Циглер С., „Однос начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења према другим правним начелима”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 1994.

Циглер С., *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења (магистарски рад)*, Правни факултет, Нови Сад, 1992.

Ђурђић В., „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 13-28.

Ђурђић В., „У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека”, у: *Тематски број Зборника радова Правног факултета у Нишу*, Приступ правосуђу, Ниш, стр. 301-319.

Грубач М., *Кривично процесно право*, Београд, Службени гласник, 2004.

Крапац Д., *Казнено процесно право*, *Књига прва: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010.

Лазин Ђ., „Одступања од начела легалитета у новом Законнику о кривичном поступку”, у: *Практична примена новог југословенског законика о кривичном поступку*, Београд, 2002.

Манхајм К., *Дијагноза нашег доба*, Mediteran publishing, Нови Сад, 2009.

Стојановић З., „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд, 2009.

Strahinja Davidov, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

DIVERSION MODELS IN THE PRE-TRIAL INVESTIGATION PROCEEDINGS

Summary

Taking into account the standpoints that creating a rational criminal procedure is one of the imperatives of the contemporary science on criminal procedure and that a differentiation of procedural forms is a basic means for fulfilling this requirement, the author of this paper analyzes the procedural potentials of increasingly popular diversion models. Given that the two most common forms of diversion (“conciliation of the parties” and “indemnification of the victim”) have been fully affirmed only after introducing the principle of opportunity, the author focuses on the latest tendencies in the development of the discretionary criminal prosecution. Further on, the author explores the dynamic relationship between the two principles of organizing public criminal prosecution, concluding that a more flexible content of opportunity principle may be more appropriate for the contemporary tendencies in the development of criminal procedure. In the second part of this paper, the author evaluates the contrasted arguments which either affirm or dispute a wider application of the opportunity principle in prosecution. The epilogue of this debate is the standpoint that the only adequate means of rationalizing the criminal procedure may be the appropriate standardization of the opportunity principle. In the author’s opinion, this standpoint is clearly reflected the national legislation and case law.

Key words: *diversion, principle of opportunity, principles, criminal charge*

ПОПУЊАВАЊЕ СЛОБОДНИХ РАДНИХ МЕСТА У СЛУЖБЕНИЧКОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

***Апстракт:** Општи режим радног односа темељи се на правним нормама садржаним у закону, колективном уговору или другом општем акту и односи се на све запослене, ако посебним законом није другачије уређено. Поред једног општег, постоји одређени број посебних режима који подразумевају правила и принципе радног односа која су утврђена посебним законом. Тако, у Републици Србији посебним прописима регулисан је радни однос државних службеника.*

Важећим Законом о државним службеницима из 2005. године обухваћен је читав низ питања радног односа државних службеника (права и дужности службеника, начела њиховог деловања, напредовање, одговорност итд.). Међу овим питањима као посебан изазов за проучавање истиче се проблематика попуњавања слободних радних места, односно дефинисање службеничких радних места, њихово разврставање а, затим, и сама процедура пријема у службу. Овде се јасније него било где другде може уочити разлика између општег режима радног односа прописаног Законом о раду и посебног режима радног односа државних службеника прописаног Законом о државним службеницима.

Из наведеног разлога, овај рад бави се анализом прописа Републике Србије у домену питања разврставања радних места државних службеника и процедуре попуњавања ових радних места.

***Кључне речи:** извршилачко радно место, положај, општи услови за пријем, интерни конкурс, јавни конкурс.*

Увод

У свету данас јасно се може уочити тенденција ка модернизацији радних односа у јавном сектору, као и тренд приближавања статуса јавних службеника статусу радника у приватном сектору. Такође, приметно је увођење механизма тржишног деловања у јавни сектор ради његове веће ефикасности. Ипак, границе у овим трендовима се морају поставити. Наиме, држава као послодавац у свом деловању мора заштити и обезбедити остваривање јавног интереса.

Свака правна држава посебним прописима регулише радноправни положај државних службеника. Република Србија је 2005. године донела Закон о државним службеницима¹ и Закон о државној управи.² Ови закони представљају неопходан темељ за отпочињање и успешну реализацију дуго очекиваних промена државне управе у нашој земљи. Доношењем ових закона постављене су основе за функционисање новог службеничког система у Србији. Закон о државним службеницима ступио је на снагу 1. јула 2006. године.

Разлози за доношење овог Закона су бројни. Запослени у државним органима имају специфичан положај у односу на запослене код других послодаваца из чега произилази потреба да се њихов положај регулише на посебан начин. Даље, на рад у државним органима не делују тржишни принципи који би најбоље обезбедили ефикасност рада државног органа, па се је неопходно успоставити посебан режим рада у државним органима који треба да надомести тржишни принцип. За запослене у јавном сектору важи посебан режим права и дужности и због тога што се њихов рад плаћа из јавних средстава, а држава је њима и послодавац и законодавац у исто време.

Специфичност радноправног положаја државних службеника огледа се, поред осталог, и у начину заснивања радног односа, тачније у начину попуњавања слободних радних места у државним органима.

Законска дефиниција државних службеника

Пре него што се почне са анализом попуњавања слободних радних места у службеничком систему Републике Србије, потребно је дати дефиницију државних службеника и указати на још неке кадрове у управи.

Као што се може приметити већ у уводним одредбама Закона о државним службеницима, запослени у државним органима деле се на државне службенике

¹ Закон о државним службеницима („Службени гласник РС“, број 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008 и 104/2009)

² Закон о државној управи („Службени гласник РС“, број 79/2005, 101/2007 и 95/2010)

и намештенике. Државни службеник је, према законској дефиницији, лице чије се радно место састоји од послова из делокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштва, Републичког јавног правобранилаштва, служби Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина или с њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова. Овакво негативно одређење појма државних службеника значило би, даље, да државни службеници нису народни посланици, председник Републике, судије Уставног суда, чланови Владе, судије, јавни тужиоци, заменици јавних тужилаца и друга лица која на функцију бира Народна скупштина или поставља Влада и лица која према посебним прописима имају положај функционера. Дакле, ова лица су функционери.

Као врста кадрова у управи постоје и намештеници. Намештеник је лице чије се радно место састоји од пратећих помоћно-техничких послова у државном органу (спремачица, курир, возач и др.). Наиме, државни службеници врше послове који су примерени искључиво државним органима и који су непосредно повезани са вршењем државне власти, док намештеници врше послове који су опште природе и који се врше и у приватном сектору.

Послодавац државним службеницима и намештеницима је Република Србија, док права и дужности послодавца врши руководилац државног органа, ако овим или посебним законом или другим прописом није другачије одређено. Ово решење, поред тога што прецизно одређује послодавца и лице која врши права послодавца, тим одређењем истовремено обезбеђује континуитет радног односа при преласку државног службеника из једног у други државни орган, што према претходно важећем закону није било могуће јер је запосленом службенику престајао радни однос преласком у други државни орган где је он поново заснивао радни однос.

По својој природи, Закон о државним службеницима је посебан закон, јер се на права и дужности из радног односа која овим Законом, или на њему заснованим прописима, нису уређена на државне службенике примењују општи прописи о раду, тј. Закон о раду.³ Уколико се има у виду да Закон пружа могућност да се поједина права и дужности државних службеника у појединим државним органима могу уредити и другачије од овог Закона, ако то произилази из природе послова тих службеника, намеће се закључак да, и у односу на овај Закон који има карактер *lex specialis*, може постојати још ужи и „специјалнији“ закон који има карактер *lex specialisimus*. За намештенике обим примене овог Закона је знатно ужи јер се на њих примењују општи прописи о раду и Посебан колективни уговор, осим у погледу оних права и дужности које су уређене Законом о државним службеницима или другим законом.

³ Закон о раду („Службени гласник РС“, број 24/2005, 61/2005 и 54/2009)

Врсте радних места државних службеника

У зависности од сложености послова, овлашћења и одговорности за рад државног органа, сва радна места државних службеника деле се на положаје и извршилачка радна места.

Положај је радно место на коме државни службеник има овлашћења и одговорности везане за вођење и усклађивање рада у државном органу. Ово је највише радно место на коме може да се ради у својству државног службеника и до кога може да се напредује. Положај се стиче постављењем од Владе или другог државног органа или тела. Влада поставља на положај помоћника министра, секретара министарства, директора органа управе у саставу министарства, помоћника директора органа управе у саставу министарства, директора посебне организације, заменика и помоћника директора посебне организације, директора службе Владе, заменика и помоћника директора службе Владе, заменика и помоћника Генералног секретара Владе, Републичког јавног правобраниоца, заменика Републичког јавног правобраниоца и начелника управног округа. Положаји у судовима и јавним тужилаштвима одређују се актом Врховног касационог суда Србије, односно Републичког јавног тужиоца, а положаји у осталим државним органима одређују се њиховим актима.

Преостала радна места припадају категорији извршилачких радних места, укључујући и радна места руководиоца ужих унутрашњих јединица у државном органу. Извршилачка радна места разврставају се, у зависности од сложености и одговорности послова, потребних знања и способности и услова за рад, на звања: виши саветник, самостални саветник, саветник, млађи саветник, сарадник, млађи сарадник, референт и млађи референт.

Овакав систем разврставања радних места усмерен је ка стварању предуслова за квалитетан рад државних службеника, награђивање и напредовање који, пре свега, узима у обзир послове на којима државни службеник ради, а тек онда његово радно искуство, а са циљем да стимулативно делује на најстручније кадрове у државној управи.

Попуњавање слободних радних места – опште напомене

Попуњавање слободних радних места једно је од централних питања службеничке политике. Она подразумева планско и систематско деловање на попуњавању службеничких радних места и стварање услова за рад, тако да органи јавне управе или јавне службе функционишу делотворно и ефикасно, да се стварају услови да се службеници оптимално стручно усавршавају и развијају своје каријере, да истовремено имају осећај задовољства у таквом раду, као и да се подиже друштвено уважавање рада у јавној управи.⁴

4 М. Влатковић, Службеничко право, Бања Лука College, Бања Лука, 2009., стр. 82.

Због специфичности послова које државни службеници обављају, као и због одсуства тржишних механизма у одређивању положаја државних службеника што може резултирати доношењем погрешних одлука приликом нових запошљавања (као што је запошљавање на основу политичке припадности, непотизам и слично), заснивање радног односа у својству државног службеника подлеже посебним условима. Стицање својства службеника претпоставља одређену процедуру која је регулисана законом и која треба да обезбеди поштовање одређених демократских принципа као што су јавност, слобода, једнакост и доступност државне службе свима под једнаким условима, али и да обезбеди конкуренцију способности, што ће омогућити избор најквалитетнијих кадрова. Без обзира која техника пријема у службу се користи (намештање, именовање, конкурс итд.) воља обе стране остаје битан елемент заснивања службе.⁵

Закон о државним службеницима предвиђа да се као државни службеник може запослити пунолетан држављанин Републике Србије који има прописану стручну спрему и испуњава остале услове одређене законом, другим прописом и правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места у државном органу, ако му раније није престајао радни однос у државном органу због теже повреде дужности из радног односа и није осуђиван на казну затвора од најмање шест месеци. Поред ових услова, за рад на положају потребан је и завршен факултет и најмање девет година радног искуства у струци.

Радна места, потребан број извршилаца и услови за рад на сваком радном месту одређују се правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места у државном органу. Да би могло да се попуни радно место потребно је да кумулативно буду испуњена два услова – да је радно место предвиђено правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места и да се попуњавање слободног радног места уклапа у донесени кадровски план.

Начин попуњавања слободних радних места зависи од тога да ли се попуњава извршилачко радно место или положај.

Попуњавање извршилачких радних места

Приликом попуњавања извршилачких радних места приоритет има премештај државног службеника из истог државног органа. Ако руководица одлучи да слободно радно место не попуни службеником државног органа којим руководи, може се спровести интерни конкурс, а уколико интерни конкурс није спроведен или није успео, обавезно се спроводи јавни конкурс. Ако не успе ни јавни конкурс, радно место се не попуњава или руководица може одлучити да спроведе нови јавни конкурс.

⁵ Б. Шундерић, Природа акта којим се успоставља службенички однос, Радно и социјално право, Југословенско удружење за радно право и социјално осигурање, Београд, 2005., стр. 37.

Треба нагласити да Закон прави разлику између попуњавања извршилачких радних места у органима државне управе и службама Владе и попуњавања извршилачких радних места у осталим државним органима.

У органима државне управе и службама Владе обавезно се спроводи интерни конкурс ако радно место није попуњено премештајем службеника из истог државног органа. На интерном конкурсима могу да учествују само државни службеници из органа државне управе и служби Владе. Све конкурсе оглашава Служба за управљање кадровима. На овај начин интерни конкурс представља средство које омогућава оптимално коришћење унутрашњих кадровских потенцијала државног органа. Интерни конкурс спроводи конкурсна комисија коју именује руководилац. Када интерни конкурс успе, доноси се решење о премештају, где садржина решења зависи да ли је изабрани кандидат из истог или другог државног органа. Решење о премештају се доноси, јер се кандидат већ налази у радном односу и то код истог послодавца, Републике Србије. Интерни конкурс није успео уколико конкурсна комисија утврди да ниједан кандидат није испунио мерила прописана за избор.

Уколико не успе интерни конкурс, обавезно се спроводи јавни конкурс. На јавном конкурсима имају право учешћа сва заинтересована лица. Овај конкурс, такође, спроводи конкурсна комисија и објављује се у „Службеном гласнику Републике Србије“ и неком од дневних јавних гласила које излази на територији целе Републике. Када се оконча рок за пријављивање, конкурсна комисија проверава формалну исправност пријава и, затим, саставља списак кандидата који испуњавају услове конкурса и међу њима спроводи изборни поступак. У изборном поступку се оцењују стручна оспособљеност, знања, вештине кандидата. Кандидате који покажу најбоље резултате конкурсна комисија уврштају на листу за избор, а затим листу доставља руководиоцу. Руководилац је обавезан да изабере лице са листе. Уколико се изабере лице које је већ државни службеник, доноси се решење о премештају. Уколико се изабере лице које то није, доноси се решење о пријему у радни однос. У случају да ниједан кандидат није испунио мерила прописана за избор, јавни конкурс није успео.

Када је реч о попуњавању извршилачких радних места у осталим државним органима, примењују се одредбе о интерном и јавном конкурсима које важи за попуњавање радних места у органима државне управе и службама Владе, осим одредаба о саставу конкурсне комисије и о надлежности Службе за управљање кадровима.

По правилу, радни однос се завива на неодређено време. На одређено време може се да заснује радни однос ради замене одсутног државног службеника, због привремено повећаног обима посла који постојећи број државних службеника не може да изврши, на радним местима у кабинету и ради обуке приправника. Радни однос на одређено време заснива се без интерног или јавног конкурса, изузев при пријему приправника.

Пробни рад је обавезан за све који први пут засивају радни однос у државном органу, а нису приправници, нити раде у кабинету. Државни службеници на положају не подлежу пробном раду.

Попуњавање положаја

Попуњавање положаја одвија се према Законом утврђеном редоследу радњи. Овде се, такође, спроводи интерни и јавни конкурс. При том, интерни конкурс је обавезан ако положај попуњава Влада. У осталим случајевима може се одмах спровести јавни конкурс, а интерни конкурс је само могућност. Државни службеник може, по протеклу времена на које је постављен на положај, бити поново постављен на исти положај без спровођења икаквог конкурса.

Када положај попуњава Влада, интерни и јавни конкурс оглашава Служба за управљање кадровима, а спроводи конкурсна комисија. На интерном конкурс кад положај попуњава Влада могу да учествују само државни службеници из органа државне управе и служби Владе. По окончаном изборном поступку, конкурсна комисија саставља лису од највише три кандидата који су показали најбоље резултате и листу доставља руководиоцу или другом лицу надлежном да Влади предложи кандидата за постављење на положај. Али, ова лица нису дужна да изабере лице са достављене листе, с тим да уколико то не учине, у обаези су да о разлозима за то обавесте Високи службенички савет и Службу за управљање кадровима.

Уколико интерни конкурс не успе, спроводи се јавни конкурс. Интерни конкурс није успео ако Влади није предложен кандидат за постављење на положај или ако Влада није поставила предложеног кандидата. Ако ни после јавног конкурса Влади не буде предложен кандидат за постављење на положај или она не постави предложеног кандидата, спроводи се нови јавни конкурс. Иначе, на интерни и јавни конкурс кад положај попуњава Влада примењују се одредбе закона о интерном и јавном конкурс при попуњавању извршилачких радних места.

На попуњавање положаја у осталим државним органима сходно се примењују одредбе Закон о интерном и јавном конкурс кад положај попуњава Влада, осим одредаба о саставу конкурсне комисије и о надлежности Високог службеничког савета и Службе за управљање кадровима.

Државном службенику престаје рад на положају кад протекне време на које је постављен, ако поднесе писмену оставку, ако ступи на функцију у државном органу, органу аутономне покрајине или локалне самоуправе, ако буде укинут положај, ако му радни однос престане навршењем радног века или његовим писменим отказом, или ако буде разрешен. Престанак рада на положају утврђује се решењем које доноси државни орган или тело надлежно за постављење државног службеника.

Државни службеник коме је положај укинут због укидања државног органа има право да, до протеча времена на које је био постављен, буде постављен на положај у државном органу који је преузео делокруг укинутог државног органа, ако новим правилником буде предвиђен исти или сличан положај и он за њега испуњава услове. Уколико такав положај не постоји, државни службеник има иста права и дужности као да му је положај престао протеклом времена на које је постављен. Иста права и дужности има и државни службеник коме је положај укинут услед тога што је део делокруга државног органа, у коме је и положај, преузео други државни орган. Ако државни орган буде укинут, а његов делокруг не преузме ниједан државни орган, државни службеник коме је положај укинут постаје нераспоређен.

Закључак

Због сецифичности и важности послова које државни службеници обављају, од велике важности је да заснивање радног односа ових лица буде подвргнуто посебној процедури. Ово је неопходно да би се избегло могуће доношење погрешних одлука приликом нових запошљавања, као што је запошљавање на основу политичке припадности, непотизам и слично.

Закон о државним службеницима детаљно нормира поступак пријема лица у службу, односно попуњавање слободних радних места у државним органима. Прописане сложене процедуре требало би да представљају брану за све евентуалне грешке и пропусте приликом пријема лица у службу, јер, познато је да створити квалитетног државног службеника није лако, па се зато ни њихова упражњена места не могу заменити лицима која не испуњавају постављене захтеве.

Aleksandra Ilić, LL.B.

Teaching Assistant, Faculty of Occupational Safety, Niš

VACANCY FILLING IN THE CIVIL SERVICE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The general operational mode of employment relationship is founded on legal norms contained within the law, collective contracts, or other general acts, and pertains to all employees unless otherwise specified by a special law. In addition to one general, there are a certain number of more specific modes of operation, which include regulations and principles of employment relationship defined by a special law. Thus, in the Republic of Serbia, special provisions regulate the employment relationship of civil servants.

The current Law on Civil Servants from 2005 includes a whole set of issues of civil servants employment relationship (rights and obligations of civil servants, principles of their work activity, advancement, liability, etc.). Among these issues, especially challenging for studying is the issue of filling employment vacancies, i.e. the definition of civil service job positions, their classification, and finally, the hiring procedure. Here it is easier than anywhere else to observe the difference between the general mode of employment relationship, prescribed by the Labour Law, and the specific mode of civil servant employment relationship, prescribed by the Law on Civil Servants.

Hence, the paper provides an analysis of Serbian regulations pertaining to the classification of civil service job positions and the procedure of their subsequent filling.

Key words: *non-executive position, executive position, general hiring terms and conditions, internal vacancy announcement, public vacancy announcement.*

ГЕНЕРИЧНИ НАЗИВИ И ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА (случај „Parmesan“)

Апстракт: Предмет овог рада је заштита ознака географског порекла у праву Европске уније и Светске трговинске организације. Аутор анализира проблем заштите ознака географског порекла које се у појединим државама чланицама ЕУ сматрају генеричним ознакама. У том смислу ће бити приказана новија европска судска пракса. Проблем заштите ознака географског порекла које би се могле сматрати генеричним аутор посматра и у контексту светске трговине, односно правила Светске трговинске организације.

Кључне речи: ознаке географског порекла, имена порекла, генерични називи.

1. Увод

У праву Европске уније ознаке географског порекла штите се на основу Уредбе бр. 510/2006. До усвајања ове Уредбе важила је Уредба бр. 2081/92. Важећа Уредба прави јасну разлику између географских ознака и имена порекла. Веза између локалитета и карактеристика производа израженија је код имена порекла. Не могу се, међутим, регистровати називи који су постали генерични.¹ Под генеричним називом подразумева се назив који, додуше, садржи податак о географском пореклу робе, али је током времена изгубио првобитно значење и постао општи назив за одређену врсту производа.² Другим речима, произвођачи из области на коју генерична онака указује немају више монопол у њеном

¹ Мр Соња Спасојевић, асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Чл. 3, ст. 1 Уредбе бр. 510/2006.

² Генерични називи су нпр.: „Camembert“, „Denim“, „Eau de Cologne“, „Mozzarella“, „Edamer“, „Emmentaler“, „Pils“, „Moutarde de Dijon“.

коришћењу. Генеричну ознаку може користити произвођач из било које области за обележавање одређене врсте производа.

Да ли је један назив постао генеричан утврђује се не само према стању у држави из које назив потиче, него и областима у којима се производ користи. При том се узимају у обзир релевантни национални и комунитарни прописи.³ Да је питање претварања ознаке географског порекла у генеричну ознаку сложено правно питање показао је спор око заштите ознаке „Feta“. После више од десет година колико је трајао овај спор, Европски суд правде је на крају донео одлуку да је назив „Feta“ име порекла за врсту белог сира који се по посебним методама производи у континенталној Грчкој.⁴ Назив „Feta“ није, дакле, постао генеричан.⁵

Питање претварања ознаке географског порекла у генеричну ознаку и даље је актуелно. Одлука Европског суда правде поводом спора око назива „Parmesan“ показује да ово питање може имати не само економске, него и политичке последице.⁶

2. Сир из Парме и околине

Пармезан спада у категорију изузетно тврдих сирева.⁷ У Италији се производи више од 800 година по непромењеном, традиционалном поступку.⁸ Сир има посебу арому, пре свега, захваљујући испаши.⁹ Богатство укуса и арома,

3 Omsels, H.J., *Geografische Herkunftsangaben*, Köln 2007, стр. 30; Ramirez C.A., *Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel nach der Verordnung (EG) Nr. 510/2006*, Köln 2007, стр. 175.

4 Omsels, H.J., исто, стр. 34.

5 Тумачење критеријума за претварање ознаке географског порекла у генеричну ознаку у пракси се показало веома компликованим. Наиме, ретки су случајеви да се једна ознака у свим државама јединствено сматра генеричном ознаком. Ознака „Feta“ била је заштићена у Грчкој и Аустрији, док је у Немачкој, Данској и Француској представљала генеричну ознаку. Такође, ознака „Münchener Bier“ била је заштићена у Немачкој, док је у Белгији примењивана као генерична ознака до 1998. године, када је уписана у европски регистар заштићених ознака порекла.

6 Европски суд правде, предмет бр. С 132/05; Текст пресуде доступан на адреси: <http://eur-lex.europa.eu>.

7 Право име сира је „Parmigiano Reggiano“. Овај назив сир је добио по именима градова из којих потиче, Парме и Ређо Емилије. Ипак, Пармиђано Ређано је у свету познатији као пармезан. То је кратка ознака која води порекло из француског језика (пармезан је придев пармски у француском језику) и представља тржишни псеудоним сира Пармиђано Ређано.

8 Традиционална производња намирница, која има изражен занатски карактер, посебно је изражена код сирева. Посебан допринос у развоју и усавршавању производње сирева остварен је у средњем веку, када је заснована производња највећег броја врста и варијетета сирева.

9 Основна храна за краве које дају млеко за израду пармезана су локална летња трава, сено и луцерка. Једини дозвољени додаток приликом израде пармезана је со. Наведено

услед чега спада у јединствене, врло тражене и скупе сиреве, пармезан дугује и процесу сазревања који траје најмање 12 месеци. Стручњаци кажу да се у овом случају ради о младом пармезану. Процес сазревања обично траје између 18 и 24 месеца, а посебне врсте сазревају и до 6 година. Производња пармезана сме да се обавља само у периоду од 1. априла до 1. новембра текуће године.¹⁰

У Италији је Законом из 1955. године ознака „Parmigiano Reggiano“ добила заштиту као име порекла.¹¹ Од тада, пармезан носи највишу италијанску ознаку квалитета DOP (Denominazione d’Origine Protetta).¹² Јасно су одређене и области производње сира. Тако се данас пармезан производи на око 800 фарми у областима Парме, Модене, Ређо Емилије, Падове и Болоње, при чему је сваком произвођачу ограничена дневна производња на највише шест колутова. Пре пуштања на тржиште, служба надлежна за контролу квалитета утискује ознаку „Parmigiano Reggiano“ свуда по кори на сваки колут сира.¹³

На захтев Италије Европска комисија је 1996. године регистровала назив „Parmigiano Reggiano“ као име порекла за врсту белог сира произведеног у италијанским областима Парме, Модене, Падове, Ређо Емилије и Болоње. Уредба бр. 2081/92 у складу са којом је регистрација извршена предвиђа вишеструку заштиту за ознаке географског порекла. Тако, забрањено је свако имитирање, злоупотреба или позивање на ознаку географског порекла, чак и када је наведено право порекло производа или ако се регистрованој ознаци додају речи „врста“, „тип“, „начин“, „по поступку“ и слично. Забрана се простире и на превод регистрованог имена порекла.

Спор око назива „Parmesan“ најпре је настао у Италији. Наиме, 2000. године покренут је кривични поступак пред судом у Парми против италијанског предузећа „Nuova Castelli SpA“, произвођача сувог, ренданог сира, који се састојао из мешавине више врста сирева различитог порекла.¹⁴ Овај сир је био намењен искључиво за продају на европском тржишту (посебно за француско тржиште) под ознаком „Parmesan“, иако се у паковању није налазио оригинални „Parmigiano Reggiano“. Јавни тужилац је сматрао да стављање у промет сира под ознаком „Parmesan“, а који не одговара елаборату о начину производње, посебним својствима и квалитету производа на који се односи заштићена ознака

према: Маур М., Was ist unter der Bezeichnung „Parmesan“ zu verstehen?, ZLR 4/94, стр. 445.

10 Маур М., исто, стр. 446.

11 На међународном плану ознака „Parmigiano Reggiano“ ужива заштиту на основу двостраних споразума (нпр. споразум између Италије и Немачке из 1963. године, између Аустрије и Италије из 1952. године, између Француске и Италије из 1964. године), као и на основу вишестраних споразума, нпр. Конвенција закључена у Стрези (Италија) 1951. године.

12 У преводу: заштићено име порекла (енгл. – Protected Designation of Origin).

13 Маур М., исто.

14 Riemer B., Ist „Parmesan“ Gattungsbezeichnung?, EWS 8/2002, стр. 380.

„Parmigiano Reggiano”¹⁵, представља кривично дело преваре, као и повреду Закона из 1955. године.¹⁶ Конзорцијум „Formaggio Parmigiano Reggiano“ заступао је, при том, став да је реч „Parmesan“ превод појма „Parmigiano“.¹⁷

Тужено предузеће се, пак, са друге стране позвало на чл. 13, ст. 2 Уредбе бр. 2081/92 сматрајући да Италија нема право да предузима било какве мере против италијанских произвођача сира намењеног за европско тржиште.¹⁸ Суд у Парми није био сигуран како треба тумачити спорни чл. 13, ст. 2 и затражио одговарајуће тумачење од Европског суда правде. У међувремену Немачка је упутила приговор Суду сматрајући да је ознака „Parmesan“ генерична ознака, због чега није потребно претходно одлучивање о седам питања која је поставио италијански суд.¹⁹

Европски суд правде је ипак 2002. године донео одлуку у овом случају, и дејство чл. 13, ст. 2 ограничио само на производе који немају порекло у држави из које потиче заштићена ознака географског порекла.²⁰ Питање да ли је назив „Parmesan“ генерична ознака суд је, пак, оставио отвореним.²¹ Наиме, на приговор Немачке Суд је кратко одговорио да изузетно може да одбије да одговори на питања која му постави национални суд, и то само ако је реч о питањима хипотетичке природе или која нису повезана са предметом спора. У

15 У даљем тексту: Елаборат.

16 Чл. 9 и 10 италијанског Закона забрањује свако имитирање, злоупотребу или коришћење заштићене ознаке географског порекла праћене разним додацима. Наведено према: Rieke J., Parmesan und Verordnung (EWG) Nr. 2081/92, ZLR 1/2003, стр. 46.

17 Конзорцијум „Formaggio...“, који у свом саставу данас има преко 5.000 произвођача млека, надгледа производњу пармезана.

18 Дословни текст чл. 13, ст. 2 Уредбе бр. 2081/92 оставља могућност коришћења имена порекла и лицима која нису уписани као његови овлашћени корисници најдуже пет година после регистрације (у овом случају до 21. јуна 2001. године), под условом да су производи под том ознаком најмање пет година пре регистрације легално и редовно стављани у промет и да се на основу етикете јасно може видети право порекло производа.

19 Према ранијој пракси Европског суда правде (у правним стварима С 129/97 и С 130/97) заштита појединим саставним деловима сложеног знака призната је само под условом да није реч о генеричном, одосно уобичајеном појму.

20 Пошто, дакле, стање ствари у спору покренутом пред судом у Парми није подпадало под чл. 13, ст. 2 Уредбе бр. 2081/92, Европски суд правде није морао да одговори на питања постављена од стране италијанског суда. Одлука Европског суда, са друге стране значи да у Италији не смеју да се производе и обележавају производи под знаком који је заменљив са заштићеним именом порекла „Parmigiano Reggiano“ или са његовим преводом, а који не одговарају елаборату производа на које се односи заштићена ознака. Ово важи без обзира да ли су производи намењени за италијанско или тржиште неке друге чланице ЕУ. Другим речима, тужено предузеће „Nuova Castelli SpA“ је морало да обустави производњу сира под ознаком „Parmesan“.

21 Ramírez C.A., исто, стр. 184.

конкретном случају, по мишљењу Суда, није очигледно да је ознака „Parmesan“ постала генерична ознака. Наиме, осим Немачке и у одређеној мери Аустрије, већина осталих држава (нпр. Италија, Грчка, Португалија и Француска), укључујући и Комисију сматрају да је ознака „Parmesan“ превод заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“. Суд се, дакле, није посебно бавио питањем да ли је ознака „Parmesan“ генерична ознака или превод заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“.

За разумевање спора у случају „Parmesan“ у даљем раду ће бити наведени немачки аргументи за тврдњу да је ознака „Parmesan“ генерична ознака.²² Наиме, поводом спора покренутих пред судом у Парми, Европска комисија, конзорцијум „Formaggio Parmigiano Reggiano“ и јавни тужилац сматрали су да је француска реч „Parmesan“ превод италијанске речи Parmigiano, а не појма „Parmigiano Reggiano“. Осим тога, у брошури информативног карактера конзорцијума „Formaggio...“ истакнуто је да је још у XIV веку италијански писац, Ђовани Бокачо, описивао рендани Parmigiano сир. На основу тога дошло се до закључка да је седам векова раније у Италији одређена врста ренданог сира означавана као Parmigiano. Такође, суд у Милану је 1994. године потврдио да је ознака Parmesan генерична ознака, односно да није ни превод, ни подражавање заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“. И многобројне етикете на италијанском ренданом сиру са ознаком „Parmesan“ потврђују да се у Италији више од једне деценије производи пармезан који се састоји од различитих врста сирева, и то ван области производње сира „Parmigiano Reggiano“. То је Немачку заправо навело на закључак да се у Италији прави јасна разлика између заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“ и појма Parmesan.

Став Немачке био је, дакле, да је Parmesan превод речи Parmigiano и да је овај појам, за разлику од појма „Parmigiano Reggiano“ генерична ознака за рендани сир или тврди сир намењен за рендање. Као генерична ознака Parmesan не вређа заштићено име порекла „Parmigiano Reggiano“.

Што се тиче појединих држава, све до 2000. године Француска је заступала став да је ознака Parmesan генерична ознака. У међувремену мења свој став, и појам Parmesan објашњава као превод ознаке „Parmigiano Reggiano“. Са друге стране пак, Холандија, Аустрија и Данска заступају став да је ознака Parmesan генерична ознака и отворено се залажу за стварање кодекса, односно стандарда за пармезан.²³

²² Ове разлоге Немачка је навела и у поступку који је 2005. године Европска комисија покренула против ње пред Европским судом правде.

²³ Rieke J., исто, стр. 59-60.

3. Тужба Европске комисије против Немачке

Спорно питање, да ли је ознака „Parmesan“ генерична ознака или превод заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“ остало је, дакле, нерешено. Ако је ознака „Parmesan“ генерична ознака, тј. уобичајено име за рендани сир или тврди сир намењен за рендање, онда ову ознаку може користити сваки произвођач који такав сир производи или га ставља у промет. У супротном, то не би било могуће. Наиме, чл. 13, ст. 1 Уредбе бр. 2081/92 забрањује сваку комерцијалну примену заштићеног имена порекла и његовог превода за производе који не одговарају елаборату производа за које је односно име порекла регистровано. То је био разлог за нови спор пред Европским судом правде, сада против Немачке, а по тужби Европске комисије.

Познато је да су у свету велики произвођачи пармезана САД и Аустралија.²⁴ Пармезан се производи у великим количинама и у Немачкој. Ипак, сир који се произведе ван Италије не прави се по традиционалном, већ у поступку индустријске производње, уз додавање адитива. Сточна храна је лошијег квалитета, а процес сазревања краћи. Трошкови производње су нижи, али се и поред тога, кривотворени пармезан продаје по врло високој цени.

Краћи рок сазревања битно оштећује префињени укус и арому пармезана, што се надокнађује разним адитивима. У највећем броју случајевима овакво стање ствари није познато потрошачима, који сматрају да купују италијански, стари, традиционални сир изузетног квалитета, о чему никако не може бити речи.

За разлику од Немачке, САД имају посебне прописе, тачније стандарде за производњу пармезана. Тако је првобитно у САД-у рок сазревања износио 14 месеци, да би 1973. био скраћен на 10 месеци. На америчком тржишту се 1999. године појавио сир стар само 6 месеци. Додуше, и даље важи десетомесечни рок, али изузетно америчка Управа за храну и лекове, као у случају захтева компаније „Kraft Foods“, дозвољава краћи рок.

Свесна да посао са скупим, а јефтино произведеним пармезаном добро иде, Немачка није предузимала никакве мере да на свом тржишту спречи продају преварног пармезана. Аргумент Немачке за то био је да ознака „Parmesan“ није регистровано име порекла, већ генерична ознака. У прилог овој тврдњи Немачка је навела податак да се у Немачкој годишње произведе између осам и десет тона пармезана. Слична ситуација је и у Данској и Аустрији. Такође, истакнуто је да су италијански произвођачи неколико деценија извозили у Немачку и друге земље Европске уније рендани сир различитог порекла који није имао ознаку

²⁴ Rieke J., исто, стр. 61.

„Parmigiano Reggiano“. Комисија је, пак, навела да је оваква пракса прекинута 2000. године.²⁵

Познато је да Европска комисија може поднети тужбу Европском суду правде против сваке државе која не поштује њене одлуке. Таква средства нису пожељна имајући у виду зависност Комисије од држава чланица. Пре него што се одлучи за тужбу, Комисија покушава да непослушну државу добровољно усмери на поштовање њених одлука. У случају „Parmesan“ то је трајало више од седам година, док коначно 2005. године Комисија није поднела тужбу Европском суду правде против Немачке наводећи да је Немачка повредила своје обавезе из чл. 13, ст.1(б) Уредбе бр. 2081/92 тиме што није по службеној дужности предузела неопходне мере да на својој територији спречи стављање у промет преварног пармезана, тј. сира под знаком „Parmesan“, а који не одговара елаборату производа на који се односи заштићена ознака „Parmigiano Reggiano“.

Немачка је оспорила наводе из тужбе наводећи три разлога: први, да име порекла ужива заштиту у смислу Уредбе бр. 2081/2 само у оној форми у којој је регистровано; други, примена речи „Parmesan“ не представља повреду заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“, и треће да она није по службеној дужности у обавези да спречава повреде у смислу чл. 13 Уредбе бр. 2081/92. Комисија се, пак, позвала на ранију праксу Европског суда правде према којој и саставни делови заштићеног знака уживају заштиту, осим ако је у питању генерична ознака. Заштита појединим саставним деловима се не признаје и за случај да је држава приликом подношења захтева за регистрацију навела да не тражи заштиту за одређени део знака. Зато је Комисија даље настојала да докаже да ознака „Parmesan“ није изгубила своју географску конотацију, тј. да свако недозвољено коришћење овог знака за сир који не одговара елаборату заштићеног имена порекла „Parmigiano Reggiano“ представља недозвољено позивање на заштићену ознаку у смислу чл. 13, ст. 1(б) Уредбе бр. 2081/92.

Ценећи околности једне и друге стране Суд је крајем фебруара 2008. године одбио тужбу Европске комисије против Немачке.²⁶ Насупрот мишљењу Комисије, Суд је сматрао да државе чланице нису у обавези да по службеној дужности на својој територији спрече повреду ознака географског порекла других држава чланица. Контрола усклађености квалитета производа са елаборатом спада у надлежност контролне организације државе из које заштићена ознака потиче, а не државе у којој се ознака (не)дозвољено користи. Међутим, Суд је указао и на то да се заштита ознака географског порекла у ЕУ не простире само на форму у којој је она регистрована. У том смислу, Суд је констатовао да, имајући у виду оптичку и фонетичку сличност спорних ознака и њихових

²⁵ Пресудом Европског суда правде из 2005. године италијанским прозвођачима кривотвореног пармезана забрањено је да овај сир продају у другим држава чланицама ЕУ.

²⁶ Европски суд правде, предмет бр. С 132/05; Текст пресуде доступан је на адреси: <http://eur-lex.europa.eu>.

производа, ознака „Parmesan“ представља недозвољено позивање на заштићену ознаку „Parmigiano Reggiano“ у смислу чл. 13, ст. 1(б) Уредбе бр. 2081/92. Питање да ли је ознака „Parmesan“ превод појма „Parmigiano Reggiano“ при том не игра никакву улогу.

Немачка, дакле, није успела да пред Европским судом правде докаже да је ознака „Parmesan“ постала генерична ознака. Другим речима, под ознаком „Parmesan“ сме да се производи и ставља у промет на тржиште ЕУ само тврди сир који се према традиционалном поступку производи у италијанским покрајинама Парма, Модена, Болоња, Ређо Емилија и Падова.

Следећи пресуду Европског суда правде, Земаљски суд у Берлину, као прва судска инстанца, је већ 22.04.2008. године усвојио тужбу конзорцијума „Formaggio...“ против предузећа „Allgäuland-Käseereien GmbH“ из области Алгој у јужној Немачкој (Баварској).²⁷ Тужено предузеће је, између осталог, производило и продавало сир под ознакама „Parmesan“, „Bio-Parmesan“ и „Parmigiano“ не само у Немачкој, већ и у другим европским земљама. Суд је у пресуди истакао две значајне ствари, наиме да се заштита имена порекла „Parmigiano Reggiano“ простире и на реч Parmesan, као и да ова реч није генерична ознака за тврди сир. То су уједно били главни аргументи да се пресудом туженом предузећу забрани продаја сира под ознаком Parmesan.

У међувремену тужено предузеће је поднело жалбу Вишем земаљском (покрајинском) суду у Берлину. Овај суд је, пак, 15.06.2010. године потврдио пресуду Земаљског суда у Берлину.²⁸ Према томе, коришћење знака „Parmesan“ за сир произведен у области Алгој, тј. ван заштићених области производње сира представља повреду имена порекла „Parmigiano Reggiano“, заштићеног на основу Уредбе 2081/92 (сада Уредба 510/2006). Реч Parmesan је превод, односно недозвољено позивање на заштићено име порекла „Parmigiano Reggiano“, што је забрањено по основу обе уредбе.

Коришћење знака „Parmesan“ за обележавање сира произведеног ван заштићених области његове производње има за последицу превару потрошача о географском пореклу и очекиваном квалитету сира. Пресуде берлинских судова представљају, дакле, значајан корак у сузбијању кривотворења намирница.²⁹ У том смислу, италијански конзорцијум „Formaggio“ најавио је нове тужбе против корисника преварних ознака.

²⁷ Текст пресуде доступан је на адреси: <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/landgericht>.

²⁸ Текст пресуде доступан је на адреси: <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg>. Против ове пресуде није дозвољена ревизија.

²⁹ Сир који је тужено предузеће „Allgäuland..“ раније продавало под ознаком „Parmesan“, сада продаје под ознаком „MonRocco“.

4. Спор између ЕУ и САД

Одлука Европског суда у случају Parmesan у великој мери је погодила економске интересе немачких произвођача. Статистички подаци говоре да се у Немачкој годишње произведе између осам и десет тона пармезана. У сличној ситуацији су и дански и аустријски произвођачи. Ипак, Европска унија одговарајућим правним механизмима обезбеђује да државе чланице поштују одлуке Комисије и Европског суда. Проблем је са државама нечланицама које не поштују имена порекла заштићена у европским државама, сматрајући их генеричним, тј. ознакама читаве врсте производа.

У свету велики произвођачи пармезана су САД и Аргентина. Ипак, ове државе светско тржиште снабдевају пармезаном старим само 6 месеци. Технологија је данас напредовала тако да се шестомесечни пармезан по физичким и органолептичким својствима не може разликовати од дванаестомесечног пармезана. Ипак, убрзано сазревање захтева бројне појачиваче арома као и средства за уништавање бактерија. Другим речима, тешко да се јефтинији производ америчке компаније „Kraft Food“ може квалитативно поредити са оригиналним, изузетно тврдим и ароматичним сиром, добијеним од висококвалитетног млека, по традиционалном поступку.

Одлука Европског суда у случају Parmesan показује намеру ЕУ да штити мале произвођаче, тј. традиционалне методе производње и трговачка ознаке као индустријску својину. У том смислу ЕУ је против сваког увођења стандарда за пармезан, за шта се, уз подршку неколико европских држава, дуги низ година залажу САД. Захваљујући недавној одлуци Европског суда правде, италијански произвођачи пармезана уживају заштиту само унутар ЕУ. На светском тржишту морају, пак, као и до сада конкурисати са јефтиним производима из САД и Америке. Европска унија ће спор о ознакама географског порекла морати да решава под окриљем СТО. Чак и да постоји тржиште за кривотворени пармезан, ови производи не би смели да се продају под заштићеним традиционалним именом. Сваки други поступак представљао би превару потрошача.

5. Закључак

Случај „Parmesan“ је показао да ЕУ одговарајућим правним механизмима обезбеђује да државе чланице поштују одлуке Комисије и Европског суда правде. Да би се заштитила од поступака ваневропских држава, које не поштују географске ознаке заштићене у европским државама сматрајући их генеричним ознакама, ЕУ је са тим државама почела да закључује билатералне споразуме о узајамној заштити имена порекла. Најлошији резултати у преговорима за закључење ових споразума постигнути су са САД. И поред тога, ЕУ не одустаје да путем билатералних споразума обезбеди већи степен заштите за своје ознаке географског порекла у односу на ваневропске државе, нудећи заузврат лакши приступ свом огромном тржишту.

Мр Соња Спасојевић

ГЕНЕРИЧНИ НАЗИВИ И ОПШТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА (“СЛУЧАЈ PARMESAN”)

Sonja Spasojevic, LL.M.

Teaching Assistant

University of Kragujevac, Faculty of Law

**Generic names and protection of geographical indications
(„Parmesan“ case)**

Summary

The case „Parmesan” has shown that EU ensures by adequate legal mechanisms that Member States obey decisions of the European Court of Justice and European Commission. For the purpose of protecting itself from the actions of non European states that do not obey the geographical indications protected in the European Member States considering them to be generic names, EU started to conclude bilateral Agreements on mutual protection of the geographical indications with those states. The worst results of the negotiations for conclusion of these Agreements were those from dealing with the USA. Although it represents some kind of blackmail, EU does not give up from providing higher protection level from the non European states by using bilateral treaties for its geographical indications, offering them in return easier approach to its gigantic market.

Key words: *Geographical Designations, Designations of Origin, Generic Names*

ПОКУШАЈ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ

***Апстракт:** Линија разграничења између радњи које јесу и оних које нису довољне за постојање покушаја, према формулацији Кривичног закона Руске Федерације, мора бити повучена на основу четири елемента. Уколико постоји директан умишљај, то значи да је оптужени приликом извршења конкретног кривичног дела, за једину сврху своје радње имао проузроковање последице које то дело носи са собом, независно од тога да ли је њено наступање могуће, вероватно или извесно. Нека радња мора постојати, али не треба свака радња која се предузима у циљу извршења кривичног дела, да буде кажњива. Радње које ни најмање не воде ка извршењу злочина, не могу се сматрати покушајем, већ само у случају када су непосредно повезане са остварењем кривичног дела.*

***Кључне речи:** покушај, припремне радње, директан умишљај, изостанак последице, недовршено кривично дело.*

Увод

Кривични закон Руске Федерације из 1997. године¹ по први пут у својој историји, дефинисао је припремање и покушај као самосталне етапе кривичног дела и издвојио их у главу 6. КЗРФ, која носи назив „Недовршено кривично дело” (неоконченное преступление). У складу са чланом 8. КЗРФ, као јединствен основ кривичне одговорности јавља се “извршење радње, која садржи све елементе кривичног дела, прописане кривичним законом”. Са друге стране, према ставу 3. члана 29. КЗРФ, кривичну одговорност повлачи и недовршено кривично дело, (позивајући се на одредбу члана 30. КЗРФ “Припремање и покушај кривичног дела”), које за разлику од довршеног, не садржи све елементе кривичног дела.

¹ Кривични закон Руске Федерације усвојен је у Државној Думи 24. 05. 1996. године, Савет Федерације га је одобрио 05. 06. 1996. године, а ступио је на снагу 01.01.1997. године.

Нови КЗРФ у целости је сачувао, за руско кривично законодавство, традиционално дефинисање појма покушаја кривичног дела. Према законској одредби (став 3. члан 30. КЗРФ) под покушајем кривичног дела подразумева се умишљајно чињење (нечињење) неког лица, које је непосредно усмерено на извршење кривичног дела, ако притом кривично дело није извршено до краја (није довршено), услед околности које не зависе од тог лица. За разлику од раније важећег КЗ РСФСР из 1960. године (став 2. члан 15.), законодавац је узео у обзир да покушај кривичног дела може да се оствари како путем активних радњи, тако и путем нечињења (типичан пример: мајка у циљу лишења живота не храни своје новорођенче). У свему осталом, дефиниција покушаја кривичног дела, по КЗ РСФСР-у из 1960. године, скоро да се текстуално поклапа са данашњом.

Приликом покушаја кривичног дела долази до непосредног напада од стране субјекта, на друштвене односе заштићене кривичним законодавством, који су директно угрожени намером учиниоца да причини штету. Управо директна усмереност лица на извршење кривичног дела разликује покушај од припремних радњи. Опасност од наступања штетних последица, односно од завршетка планираног противправног дела у таквим случајевима постаје реална. Ипак, кривично дело, не извршава се до краја, остаје недовршено, услед околности које не зависе од датог лица.

*Покушај кривичног дела, то је почетак његовог непосредног остварења, самостална етапа његовог извршења.*² Другим речима, то је недовршено кривично дело, односно дело које не повлачи жељене последице, након непосредног извршења умишљајног кривичног дела.³

Појам покушаја кривичног дела

Кривични законик Руске Федерације у чл. 29 - 31. одређује кажњиве стадијуме у извршењу кривичног дела : 1) припремање кривичног дела, 2) покушај кривичног дела и 3) добровољни одустанак. При томе сам законик у члану 29. разликује довршено и недовршено кривично дело. Према овом законском решењу довршено кривично дело постоји ако оно садржи све елементе бића кривичног дела која су предвиђена законом. Насупрот томе, недовршено кривично дело постоји у два случаја : 1) код припремања кривичног дела и 2) у случају покушаја кривичног дела. У члану 30. став 3. Кривичног законика Руске федерације дат је појам покушаја кривичног дела. Тако се покушај кривичног дела одређује као умишљајна делатност (чињења или нечињења) која је непосредно (директно) усмерена на извршење кривичног дела, ако при томе

2 Е. В. Благов, *Особенности назначения наказания за неоконченное преступление*, Ярославль, 1994, стр. 24.

3 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, *Уголовное право России, Общая часть*, НОРМА, Москва, 2000, стр. 128.

кривично дело није доведено до краја због околности које нису зависиле од тог лица. За покушај кривичног дела се кажњава као и за довршено кривично дело.⁴

Дефиниција покушаја кривичног дела према КЗ РФ-у из 1997. године, на одређени начина понавља садржину обележја покушаја према КЗ РСФСР из 1922. и 1926. године, као и основних принципа кривичног законодавства из 1924. године, али тренутно важећи кривични закон, пошао је путем објективне диференцијације кривичне одговорности за радње извршене у различитим стадијумима развоја друштвено опасне делатности.

То налази одраз и у формалном разликовању кажњавања за припремне радње, покушај и довршено кривично дело (члан 66.)⁵ Савремена доктрина кривичног права Русије, радњу непосредно усмерену на извршење кривичног дела посматра као деловање помоћу којег учинилац *почиње да остварује објективну страну кривичног дела*.⁶

Укратко, може се рећи да је покушај – започето, а недовршено кривично дело. Ипак, због његове сличности са другим стадијумима извршења кривичног дела, тј. припремним радњама и довршеним кривичним делом, потребно је да се појам покушаја подробније размотри. Пре свега, може се запазити да је покушај кривичног дела опаснији од припремних радњи, јер подлеже кажњавању код било ког кривичног дела, а не само код тешких или особито тешких, као што је то код припремних радњи. За покушај, као и за припремне радње, карактеристично је да учинилац делимично већ реализује конкретну умишљајно кривично дело, али последица кривичног дела у том случају не наступа, услед прилика које не зависе од воље учиниоца. С тим у вези, покушај кривичног дела, суштински се разликује од припремних радњи са једне и довршеног кривичног дела, са друге стране. Разлике су очите, приликом анализе објективних и субјективних претпоставки, у погледу одговорности за покушај кривичног дела.⁷

4 Д. Јовашевић, „Покушај у европском кривичном праву”, *Страни правни живот*, 2/2011, стр. 123.

5 Према члану 19. КЗ РСФСР из 1926. године “за покушај извршења кривичног дела, као и за припремне радње испољене у виду тражења оруђа, средстава и стварања услова за извршење кривичног дела, гони се исто као и за довршено кривично дело”.

6 А. И. Рарог, Г. А. Есаков, *Уголовное право России, Общая часть*, Эксмо, Москва, 2009, стр. 184.

7 И. Я. Козаченко, *Уголовное право России, Общая часть*, НОРМА, Москва, 2008, стр. 315-316.

Елементи покушаја

Објективну страну покушаја⁸ и његову специфичност, карактеришу три елемента:

- чињење (нечињење) које је *непосредно* усмерено на извршење кривичног дела,⁹
- кривично дело није завршено, тј. није доведено до краја и
- кривично дело није завршено, услед околности које не зависе од учиниоца.

Под покушајем кривичног дела, подразумева се извршење радњи које улазе у састав објективне стране преступа. У питању су радње којима се непосредно остварује биће конкретног кривичног дела. *То је први објективни елемент покушаја*. Карактеристична особеност покушаја, која га разликује од припремних радњи, састоји се у томе што се при покушају кривичног дела, објект кривичноправне заштите непосредно угрожава наношењем штете; већ су извршене радње које улазе у састав објективне стране кривичног дела.

Међутим, код покушаја, за разлику од довршеног кривичног дела, недостаје неколико елемената објективне стране преступа: последица, предвиђена у одговарајућем члану Посебног дела Кривичног законика или потпуни завршетак свих радњи које образују објективну страну кривичног дела.¹⁰

Покушај, као радња непосредно усмерена на извршење кривичног дела, подразумева остварење чињења (нечињења), која улазе у састав његове објективне стране. Та чињења или нечињења манифестују се кроз извршење кривичног дела.

8 У обичном животу за неког се каже да је нешто покушао, ако је у себи имао представу о одређеном циљу, дакле, ако је свесно тежио његовом остварењу. Међутим, појам покушаја у кривичном праву темељи се на његовом реалном појму, који нам показује само временски след догађаја и састоји се од започињања радње извршења и њеног прекида (или евентуалног довршетка), али ненаступања последице. То је објективна страна покушаја.

9 Лорд Goddard C. J. је истакао да се одговарајући “тест”, у погледу тога да ли је извршен покушај, може наћи у одлуци В. Park-а у случају Regina v Eagleton [1885] где је речено: “Нека радња мора постојати, али не сматрамо да свака радња која се предузима у циљу извршења кривичног дела, треба да буде кажњива. Радње које ни најмање не воде ка извршењу злочина, не могу се сматрати покушајем, већ само у случају када су непосредно повезане са остварењем кривичног дела.” (The dividing line between preparation and attempt to commit a crime, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/sasklr19&div=20&id=&page=>, 17. јануар 2012).

10 Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рапог, А.И. Чучаев, *Уголовное право России, Общая часть*, ИНФРА, Москва, 2008, стр. 231-232.

Она су директно уперена на објект кривичноправне заштите (имовинске односе¹¹, живот и здравље¹², полну слободу и др.) који долази у непосредну опасност од nanoшења штете. Када би кривично дело било доведено до краја, те радње би произвеле штету на заштитном објекту. На пример, неко у циљу лишења живота, пуца из пиштоља, али промашује, наноси убод ножем, али нож се ломи, избацује жртву из воза у пуној брзини, али она остаје неповређена. У датим примерима, учинилац је извршио радњу, директно усмерену на лишење живота оштећеног, али његов живот ипак остаје само непосредно угрожен, обзиром да смрт није наступила услед промашаја, неисправности оруђа или стицаја срећних околности, који не зависе од учиниоца.¹³

Термин “непосредно“ означава да је лице почело да извршава или је извршило објективну страну конкретног кривичног дела. На пример, приликом покушаја убиства учинилац је пуцао у жртву, али је промашио; код тешке крађе извршене обијањем или проваљивањем, почео је да обија заштитни механизам на вратима; код силовања примењује физичку или психичку силу, са циљем да сломи отпор жртве. Оно што је заједничко за све наведене примере је да се објект кривичноправне заштите угрожава nanoшењем штете. Према овим обележјима – остварење радњи, које образују објективну страну конкретног кривичног дела и угрожавају заштитни објект nanoшењем штете – разликују покушај од

11 Полазећи од става, заступљеног код неких совјетских теоретичара да се објект кривичног дела, односно објект кривичноправне заштите и непосредни објект налазе у односу суштине и појаве, овај однос је на специфичан начин решен када су у питању кривична дела против имовине. Објект кривичноправне заштите, код ове групе кривичних дела представља однос власништва или власништво, а непосредни објект су делови имовинске масе. (в. Ј. Павлица, *Друштвени односи - објект кривичноправне заштите*, Нова просвета, Београд, 1987, стр. 35-36).

12 У погледу покушаја кривичног дела тешке телесне повреде (члан 121. КЗ РС), постоје различита схватања у теорији и пракси. Околност да се квалификација тешке телесне повреде врши на основу проузроковане последице, послужила је као основ за схватање да покушај овог кривичног дела није могућ, јер самим предузимањем радње извршења није могуће одредити да ли је тиме започето извршење обичне или особито тешке телесне повреде или је, пак, у питању лака телесна повреда. Осим тога, у оваквим случајевима најчешће се остварује и биће једног посебног кривичног дела – угрожавање опасним оруђем при тучи или свађи (члан 124. КЗ РС), тако да је тешко утврдити да ли је реч о овом кривичном делу или покушају телесне повреде. Несумњиво је да се у одређивању покушаја код овог кривичног дела јављају одређени теоретски и практични проблеми, али то, по нашем мишљењу, не искључује могућност примене института покушаја. Дело угрожавања опасним оруђем при тучи или свађи има своју самосталност и свако „машење“ оруђа или оруђа, не мора да значи и започињање nanoшења телесне повреде; према свим околностима, а посебно с обзиром на умишљај учиниоца, мора се процењивати да ли је реч о овом кривичном делу или покушају телесне повреде. (Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 237)

13 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, оп. цит. стр. 129.

припремних радњи, код којих се још увек само стварају услови за извршење кривичног дела, али радње нису непосредно усмерене на његово довршење.

У апсолутној већини случајева покушај се предузима чињењем. Ипак, у одређеним ситуацијама, према материјалном саставу кривичног дела, покушај може бити извршен и нечињењем, ако се на тај начин испољава воља лица, које тежи остварењу последице кривичног дела.

Ако мајка, у намери лишења живота, не храни своје новорођенче, што је довело до потпуне изнурености детета, а смрт није наступила само захваљујући интервенцији трећих лица, њене радње (ако се докаже постојање умишљаја) могу бити квалификоване као покушај убиства.¹⁴

Извршење кривичног дела, може имати различит израз, према обележјима његовог састава. У чињењу (нечињењу) учиниоца може бити садржан само део елемента објективне стране кривичног дела, који се односе на његову радњу (приликом покушаја силовања само се изражава претња употребом силе, са циљем да се жртва принуди на полни однос.)

Други објективни елемент покушаја кривичног дела је чињеница да се кривично дело не доводи до краја. Управо недовршеност разликује покушај од окончаног кривичног дела и представља један од основа за његово издвајање у посебан стадијум. Ипак, ово не треба увек схватати као недовршеност фактичких радњи учиниоца, премда то јесте чешћи случај. Приликом покушаја дато лице обично не успева да изврши све намераване радње. На пример, код покушаја убиства, радње учиниоца, често се спречавају интервенцијом других грађана. Недовршеност кривичног дела приликом покушаја означава да кривично дело није окончано, мада његове радње фактички могу бити завршене. Тако, приликом свршеног покушаја, учинилац је често убеђен, да је учинио све што је неопходно и рачуна да је кривично дело завршено, па зато обуставља своје друштвено опасне радње.

Недовршеност приликом покушаја треба разумети, пре свега, као одсуство свих објективних елемената кривичног дела, прописаних одговарајућом нормом Посебног дела Кривичног закона. Треба имати у виду да приликом покушаја често наступају одређене друштвено опасне последице, које су другачије од оних којима је тежио учинилац. На пример, приликом покушаја убиства често се наноси штета здрављу. Ипак, те околности не претварају ову радњу у довршено кривично дело, јер би у том случају било неопходно наступање, не било којих последица, већ тачно оних које су прописане у закону. Истовремено, у случајевима када законом предвиђена последица не настаје одмах, већ након извесног периода (нпр. смрт наступа након одређеног времена, после рањавања ножем, у циљу лишења живота) кривично дело треба сматрати довршеним. Кривично законодавство не познаје такозване критичне рокове развоја узрочне везе између радње и последице, већ ће дело бити довршено када наступи законом

14 И. Я. Козаченко, оп.цит., стр. 316.

предвиђена последица, независно од тога колико је времена прошло од извршења друштвено опасних радњи.

Покушај се карактерише како одсуством наступања последице, што је карактеристично за материјална кривична дела, тако и тиме што кривично дело није доведено до краја. На тај начин, појам покушаја је примењив како код кривичних дела са материјалним, тако и код оних са формалним саставом.¹⁵

Управо недовршеност криминалне активности разликује покушај од довршеног кривичног дела и представља један од основа за признавање покушаја као самосталног стадијума извршења кривичног дела. Недовршеност овог делања подразумева одсуство неких неопходних елемената објективне стране кривичног дела, прописаних конкретном нормом Посебног дела Кривичног закона. То може бити неизвршење намераваних радњи учиниоца, потребних за довршење кривичног дела. На пример субјект не успева да заврши све радње неопходне за наступање последице (замахује руком ради убода ножем, али њу задржава нападнуто лице).

Недовршеност криминалне делатности приликом покушаја може се одликовати и одсуством наступања законом предвиђене последице, иако је учинилац извршио све радње које је намеравао да предузме (нпр. у циљу лишења живота наноси се неколоко рана, због чега долази до оштећења виталних органа жртве, али је она ипак спасена, захваљујући медицинској помоћи која је благовремено указана).¹⁶ У датом случају субјективну довршеност радње

15 Л.В. Иногамовой-Хегај, А.И. Рапог, А.И. Чучаев, оп.цит., стр. 232-233.

16 У теорији кривичног права, познат је тзв. квалификовани покушај, који је од већег значаја за правну квалификацију извршеног дела, а до којег долази када је радњом којом је покушано извршење, остварено биће неког другог кривичног дела, које је законом одређено као посебно кривично дело. Тако би, нпр. постојао квалификовани покушај кривичног дела убиства, када би учинилац пуцао на другог са умишљајем, у циљу лишења живота, али је том радњом нанесена само тешка телесна повреда. Околност да је покушајем остварено биће другог кривичног дела, суд ће редовно узети у обзир при одмеравању казне за покушано кривично дело, водећи при томе рачуна и о казни која је прописана за оно дело које је у целини остварено покушајем другог, тежег кривичног дела. (Н. Срзентић, А. Стајић, *Кривично право, Општи и посебни део*, оп. цит., стр.105-106). Много је међутим спорније одредити квалификацију покушаја кривичног дела тешке телесне повреде, када је предузета радња извршења управљена на повреду телесног интегритета, односно нарушење здравља, а последица није остварена. У таквим случајевима битно је да ли је умишљај учиниоца био управљен на наношење лаке или тешке телесне повреде; ова субјективна околност, може се оцењивати и на основу објективних околности као што су природа радње, средство извршења, околности под којима се предузима радња. У сумњи увек треба поступити по принципу *in dubio pro reo*. На основу наведених околности може се закључити да ли је умишљај учиниоца био управљен на наношење тешке телесне повреде, а ако су њиме биле обухваћене и околности које би повреду чиниле особито тешком, постојаће покушај особито тешке телесне повреде. То је могуће у случају када особито тешка телесна повреда представља самостално кривично дело, односно када није квалификовани облик обичне

учиниоца треба разликовати од фактичке недовршености тих радњи (одсуство законом предвиђене последице).

Приликом покушаја често наступају друштвено опасне последице, али не оне којима је тежио учинилац, већ неке друге. На пример, код покушаја убиства, долази до тешког оштећења здравља жртве. То не претвара радњу у довршено кривично дело, будући да се за признавање криминалне активности окончаном не захтева наступање било којих друштвено опасних последица, већ само оних које су прописане законом. На тај начин, чињења (нечињења) лица које врши покушај могу произвести одређене штетне последице, али никада не могу бити оне којима је он тежио.

У случајевима када законом предвиђена последица не наступа одмах, већ након неког временског интервала (нпр. смрт жртве наступа неколико дана после трауме која му је нанета у циљу лишења живота) кривично дело се сматра довршеним. Са тачке гледишта закона, криминална делатност подразумева се као окончана, ако је учинилац проузроковао последицу својим умишљајним чињењем (нечињењем), независно од тога, колико је времена прошло од извршења његових радњи.¹⁷

У радњи учиниоца садржани су сви елементи објективне стране кривичног дела (ударац каменом по глави жртве, у потпуности одговара употреби силе са циљем лишења живота другог лица), али кривично дело није извршено до краја, због одсуства наступања последице (жртва је приликом пружања отпора избегла ударац, услед чега је камен само окрзнуо лице у области слепоочнице).¹⁸

Трећи објективни елемент покушаја односи се на чињеницу да се кривично дело не доводи до краја *услед околности које не зависе од воље учиниоца*. Законодавац посебно истиче да се криминална активност у датом случају не доводи до краја, али не на основу добровољног одустанка, већ због узрока који не зависе од учиниоца. Разлози због којих се кривично дело не завршава имају објективни карактер и не зависе од воље учиниоца. У њих можемо убројати нпр. интервенцију трећих лица, утицај природних сила, различитих механизма, неодлучност, неискуство, неприпремљеност нападача, због насталих грешака везаних за начин извршења, средства и објект кривичног дела итд. Уколико осим ових узрока делују и неки услови и детерминанте, услед којег се кривично дело не доводи до краја, можемо говорити о околностима, које ометају довршење кривичног дела.¹⁹

тешке телесне повреде. Покушај обичне или особито тешке телесне повреде постоји и у случају када је, у намери наношења тешке телесне повреде, остварено биће лаке телесне повреде. (Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 237).

17 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, оп. цит., стр. 129.

18 А. И. Рарог, Г. А. Есаков, оп. цит., стр. 185.

19 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, оп. цит., стр. 129-130.

Да би се извршило убиство, предузима се одређено чињење (нечињење), које је довољно, како са тачке гледишта свих елемената објективне стране кривичног дела убиства, тако и са тачке гледишта намераваног циља, али као резултат чињења (нечињења) наступа друга последица – тешко нарушавање здравља (са знацима опасности по живот), а намеравани циљ није постигнут, услед околности које нису зависиле од учиноца.²⁰

Са субјективне стране покушај кривичног дела карактерише свест учиниоца о друштвеној опасности коју производе његове радње, а које су непосредно усмерене на остварење конкретног кривичног дела и жеља да их предузме. Том приликом учинилац зна да извршење друштвено опасних радњи само ствара услове за извршење конкретног кривичног дела које он жели да доврши. Из овога произлази да се покушај кривичног дела може извршити *само са директним умишљајем*.²¹

Законска дефиниција покушаја садржи важно упутство да покушај кривичног дела представља умишљајно деловање. Самим тим истиче се основни субјективни елемент покушаја. Покушај кривичног дела, карактеристичан је само за умишљајну преступничку делатност. Не може бити покушаја, ни припремних радњи, приликом нехатног извршења кривичног дела. Лице које чини покушај и тежи ка томе да кривично дело изврши до краја, не може поступати нехатно.

У тим случајевима, може се говорити само о умишљају. **Ако субјект не жели да доврши кривично дело, из тога проистиче да неће бити ни покушаја.** Покушај, као и припремне радње, могућ је само са директним умишљајем.²²

Приликом евентуалног умишљаја, учинилац не жели наступање последице и не тежи ка довршењу кривичног дела, из чега произлази да дело не може да се припреми, нити може да се покуша његово извршење. У овом

20 А. И. Рарог, Г. А. Есаков, оп. цит., стр. 185.

21 И. Я. Козаченко, оп.цит.,стр. 317.

22 Пленум Врховног Суда Руске Федерације, дајући мишљење поводом тумачења низа категорија кривичног дела, у више наврата је истицао да покушај може бити извршен само са директним умишљајем. Тако је Пленум Врховног Суда РФ у одлуци од 27. јануара 1999. године № 1. „О судској пракси за кривично дело убиства” (члан 105. КЗ РФ) указао да се покушај убиства може извршити само са директним умишљајем, када радња сведочи о томе да је учинилац, увидевши друштвену опасност свог чињења (нечињења), предвидео могућност или немогућност наступања смрти другог човека и желео је да она наступи, али до смртног исхода није дошло, услед околности које не зависе од тог лица (због активног отпора жртве, интервенције других лица, благовременог пружања медицинске помоћи жртви и др.) (Билтен Врховног Суда Руске Федерације 1993. № 2. стр. 4). У одлуци „О судској пракси за кривично дело умишљајног убиства” од 22. децембра 1992. године, Пленум Врховног Суда РФ је указао да покушај убиства може бити извршен са директним умишљајем, када радња учиниоца сведочи о томе да је он предвидео наступање смрти, желео је то, али до смртног исхода није дошло, услед околности које не зависе од његове воље. (Билтен Врховног Суда Руске Федерације 1999. № 3).

случају, последица кривичног дела представља један од могућих резултата његове радње, при чему се субјект према њеном наступању односи пасивно.²³

Садржај умишљаја код кривичног дела са материјалним саставом укључује сазнање о друштвеној опасности коју са собом носи чињење (нечињење) које је непосредно усмерено на довршење кривичног дела, предвиђање могућности наступања конкретних друштвено опасних последица и жеља за њиховим остваривањем; приликом покушаја кривичног дела са формалним саставом – сазнање о друштвеној опасности чињења (нечињења), непосредно усмереног на довршење кривичног дела и жеља да се оно изврши.²⁴

У једном примеру из судске праксе, особа К. је била осуђена на лишење слободе, због покушаја убиства С. и Т., (који је извршен са нарочитом окрутношћу, општеопасним средством) и за умишљајно уништење туђе имовине, подметањем пожара. Сазнавши да се Т. састаје са љубавницом С., оптужена је ноћу пришла кући где су се састајали, разбила стакло, сломила оквир и телевизијску антену, а затим улетела у собу, са раније припремљеном флашом напуњеном бензином и бакљом. Као резултат тога, у соби је избио пожар, имовина је уништена, а оштећени су добили опекотине које су проузроковале нарушавање здравља средњег степена. Судски колегејум Врховног суда Руске Федерације, дошао је до закључка да код лица К. не постоји директан умишљај, усмерен на лишење живота оштећених лица.

Околности под којима је запаљена соба, сведоче само о томе да је К. предвидела опасне последице својих радњи (могућност наношења штете здрављу и лишење живота оштећених) и свесно допустила њихово наступање, тј. поступила је са евентуалним умишљајем. Покушај убиства могућ је само са директним умишљајем (уз постојање жеље да се изазове смрт). Због тога, подобну радњу, прилагођену параметрима КЗ Руске Федерације треба дефинисати као “умишљајно нарушавање здравља средњег степена, којим је погођено двоје или више лица“ (члан 112. КЗ РФ, став 2, тачка а) и “умишљајно уништење или оштећење туђе имовине, извршено подметањем пожара“ (члан 167., став 2 КЗ РФ).²⁵

Врсте покушаја

Код покушаја, реч је о чињењу (нечињењу), којим се непосредно остварује биће конкретног кривичног дела, али се кривично дело не извршава до краја. Недостају одређена обележја, која образују објективну страну кривичног дела: последица кривичног дела, прописана у одговарајућем члану Посебног дела

23 Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарог, А.И. Чучаев, оп. цит., стр. 233-234.

24 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, оп. цит., стр. 130.

25 Постановления и определения по уголовным делам Верховного Суда РСФСР, 1981—1988 г., Москва, 1989, стр. 30—31.

Кривичног закона, или потпуни завршетак свих чињења (нечињења). Последње је карактеристично за тзв. формалне радње, објективна обележја код којих се не предвиђа наступање конкретних последица кривичног дела.

Покушај се разликује од припремних радњи по томе што се чињење (нечињење) учиниоца не ограничава на стварање услова за извршење кривичног дела, већ је непосредно усмерено на његово остварење. Са друге стране, покушај се разликује од окончаног кривичног дела, због своје недовршености или због одсуства наступања последице кривичног дела.²⁶

Објективна обележја покушаја кривичног дела описана у ставу 3., члана 30 КЗ РФ, као чињење (нечињење), непосредно усмерено на извршење кривичног дела, у суштини се дефинишу обележјима кривичног дела прописаним у Посебном делу Кривичног законика. Извршење кривичног дела на стадијуму покушаја, представља етапу у развоју криминалне делатности.

Разноврсност приказа развоја процеса извршења преступа, са обележјима бића конкретног кривичног дела, не допушта да се одреди појам покушаја кроз извршење само објективне стране кривичног дела. Појам покушаја мора да обухвати све случајеве започетог, а недовршеног кривичног дела. Различито изражавање чињења (нечињења) приликом покушаја, са обележјима бића кривичног дела, има значај код разграничења покушаја од других стадијума у извршењу кривичног дела.

За разграничење покушаја од припремних радњи, значајно је извршење објективне стране конкретног кривичног дела, док је за разликовање покушаја од довршеног кривичног дела важно установити да ли одговарајућа радња садржи све елементе објективне и субјективне стране преступа. Специфичност објективне стране покушаја огледа се такође и у законској одредби, по којој „започето кривично дело није било доведено до краја, услед околности које не зависе од учиниоца.“²⁷

Покушај се од довршеног кривичног дела разликује по томе што не наступају жељене последице које конструктивно улазе у биће конкретног кривичног дела (код свршеног покушаја) или неизвршењем свих радњи, неопходних да би последица кривичног дела уопште наступила (несвршен покушај). У науци кривичног права неопходност такве поделе доводи се у везу са питањем позивања учиниоца на кривичну одговорност и распоном кажњавања за недовршену криминалну делатност. Временски размак, између почетка извршења покушаја кривичног дела и његовог окончања може бити врло значајан, а радње учиниоца, њихов обим и карактеристике веома разноврсне, док ће се степен њихове друштвене опасности повећавати, што се више буду приближавале моменту довршења кривичног дела. Управо би ове околности требало да утичу

26 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, оп. цит., стр. 128-129.

27 И. Рарог, Г. А. Есаков, оп. цит., стр. 184-185.

на дефинисање кривичне одговорности учиниоца и одређивање казне, али да би се ова научна идеја спровела у живот, она мора да буде не само описана у научној литератури, него и прописана законом. Међутим, КЗ Руске Федерације не садржи ову поделу.²⁸

Као врсте покушаја, које се издвајају у судској пракси, а такође и у теорији кривичног права, истичу се свршени и несвршени покушај кривичног дела. Свршени покушај, за разлику од несвршеног, ближи је довршеном кривичном делу, а одликује се тиме што је учинилац предузео све радње које је сматрао неопходним за извршење преступа, али кривично дело ипак није доведено до краја, услед околности, које не зависе од њега. На пример, преступник у циљу лишења живота оштећеног, пуца из оружја, али га рањава или га не погоди. Тада ће постојати свршени покушај, обзиром да је учинилац предузео све што се сматра неопходним за окончање кривичног дела, али је кривично дело остало недовршено, захваљујући околностима, које не зависе од тог лица (у датом случају, рањавање није било смртоносно; учинилац није имао искуства у руковању оружјем).

Признавање покушаја за свршени или несвршени остварује се према субјективном елементу, обзиром да је за свршени покушај карактеристично да, према убеђењу учиниоца, није неопходно предузети више ниједну радњу, будући да, према његовом мишљењу, последица неминовно мора наступити услед већ извршених радњи. На пример, терориста, у циљу дизања куће у ваздух, подмеће експлозив, темпира сатни механизам на одређено време и напушта место извршења кривичног дела, уверен да ће наступити експлозија, али ипак, услед околности које не зависе од њега (заказао је сатни механизам) до експлозије није дошло.

Несвршени покушај постоји када учинилац, услед околности које не зависе од њега, не изврши све радње, које је сматрао неопходним за довршење кривичног дела.²⁹

У основи ове поделе лежи субјективни критеријум, који се базира на представи самог субјекта, о степену довршености његовог чињења (нечињења).³⁰ Свршен покушај постоји када учинилац изврши све што је сматрао неопходним за довршење кривичног дела, али последица ипак не наступи, или се кривично дело не доведе до краја, услед околности, које не зависе од њега. На пример, он наноси ударац жртви, ради тешког нарушавања здравља; оставља новац или драгоцености у кабинету службеног лица итд. Том приликом, учинилац је убеђен да само од њега зависи окончање кривичног дела, а да последица мора наступити

28 И. Я. Козаченко, оп. цит., стр. 317.

29 А. П. Брагин, *Российское уголовное право*, Москва, Изд. центр ЕАОИ, 2008, стр. 115.

30 в. Н. Д. Дурманов, *Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву*, Москва, 1955, стр. 146; Б. В. Здравомыслов, *Стадии совершения умышленного преступления*, Москва, 1960, стр. 16.

без икаквих додатних радњи, које би он предузео. Ипак, намеравана последица не наступа, односно, криминална делатност се не завршава, услед објективних околности, које не зависе од субјекта: оштећеног спасава благовремено указана медицинска помоћ; уместо тежег, долази до лакшег нарушавања здравља; службено лице одбија да прими мито.

Типичан пример свршеног покушаја наводи Л. М. Колодкин, који се позива на следећи случај из судске праксе. Лица С., Д. и С-ко, упознали су се у ресторану са лицем В.

Сазнавши да В. располаже већом сумом новца, они су решили да га убију и опљачкају.³¹ Са тим циљем С-ко је предложио В., који се налазио у пијаном стању, да се упозна са женом лаког морала, а он је пристао. Из ресторана, преступници су отишли са В. на пусту обалу реке. Овде је С. ударио В. флашом по глави, после чега су преступници опљачкали оштећеног и нанели му неколико удараца каменом. Затим је Д. опипао пулс лицу В. и саопштио да је В. жив. Преступници су поново претукли жртву, а С-ко му је мотком пробио очи.

Сматрајући да је В. мртав, учиниоци су га бацили у воду. В. је са обронка пао у плићак, након чега је дошао свести и допузао до обале, где га је пронашао чувар лучког пристаништа и одвезао у болницу. Живот лица В. је био спасен. Радњама С., Д. и С-ко испуњен је њихов план за извршење кривичног дела. Одсуство наступања намераване последице – лишење живота оштећеног – узроковано је случајним околностима, које не зависе од воље учиниоца. Овде је реч о стицају кривичног дела разбојништва и убиства у покушају.³²

Несвршен покушај постоји када учинилац, услед околности које не зависе од њега, још увек није у потпуности извршио сва, са његове тачке гледишта, неопходна чињења (нечињења) и на тај начин не доврши кривично дело. На пример, субјект је нанишанио из пиштоља, са циљем да опали и усмрти оштећеног; замахује ножем, у циљу тешког нарушавања здравља; ломи катанак на вратима, да би извршио крађу, али се у свим случајевима кривично дело прекида, интервенцијом трећих лица. У таквим ситуацијама, субјект не

31 Тумачећи криминалитет као масовну појаву, L. Cohen и M. Felson истичу три елемента која доприносе јављању криминалног понашања: мотивисани учинилац, погодна жртва и одсуство способног чувара. Ови аутори полазе од схватања да криминалци врше рационалан избор и то тако што бирају жртву која омогућава велику добит, уз мало напора и ризика. (М. Костић, "Улични криминалитет", *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, 2009, стр. 428). Е. Fattah сматра да се жртва не може игнорисати ни у једном моделу или теорији који објашњавају злочин. Управо ту се крије неуспех неких од модерних теорија, које настоје да објасне злочин и криминалитет. Уместо да буду схваћени статички и само као плод особина учиниоца, потребно је применити динамичан, ситуациони приступ, у коме је злочин плод међуделовања. (Б. Игњатовић, *Теорије у криминологији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 141).

32 в. Л. М. Колодкин, *Стадии преступления и предупреждение преступлений*, Киев, 1974, стр. 84 - 85.

извршава све намераване радње, неопходне за довршење кривичног дела. Том приликом учинилац је свестан да још увек није у потпуности извршио све што је неопходно за довршење кривичног дела. Као пример несвршеног покушаја може се навести следеће дело.

Лице К. се попело на кров продавнице и сломило тавански прозорчић, али је био задржан од стране припадника полиције. Оптужени је намеравао да преко прозорчића продре на таван, пронађе плафонски простор и спусти се у трговински објекат, са циљем извршења крађе. Недовршеност покушаја лица К. је очигледна.

Свршен покушај је по правилу (при другим истоветним условима) опаснији од несвршеног. По својим обележјима, он је ближе свршеном кривичном делу. Ипак, њих је неопходно јасно разграничити. За разлику од довршеног кривичног дела, код свршеног покушаја не наступа последица, иако је учинилац томе тежио, или се не извршавају у потпуности све друштвено опасне радње, објективно неопходне за довршење кривичног дела. Подела покушаја на свршен и несвршен има велики практични значај. Она има важну улогу приликом одређивања степена друштвене опасности извршене радње, одмеравања казне и решавања питања добровољног одустанка.

Према степену подобности, разликују се подобан и неподобан покушај. Са своје стране, неподобан покушај дели се на покушај на неподобни објект и покушај неподобним средством. Под покушајем извршења кривичног дела на неподобном објекту (предмету), подразумевају се случајеви када учинилац изврши напад на одређени објект, али последице његових радњи, услед фактичког недостатка, не стварају реалну опасност од повређивања друштвених вредности, заштићених кривичним законодавством (нпр. пуцање у леш; обијање празног сефа; предаја мита лажном посреднику). Покушај извршења кривичног дела неподобним средством постоји када учинилац, за постизање својих друштвено опасних циљева користи средства, која по својим објективним својствима не могу довести до извршења кривичног дела, нити до наступања жељене последице.³³

Закључак

Као и свака делатност човека, његово преступничко понашање протиче кроз простор и време и састоји се из неколико етапа. Стадијуми – то су етапе остварења криминалне активности. Они се разликују према карактеру радњи и последица и степену реализације злочиначке намере. Кривични закон Руске Федерације под недовршеним кривичним делом подразумева припремање и покушај кривичног дела (члан 30. КЗ). На тај начин, дефинисана су три стадијума извршења криминалне активности:

33 А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков, оп. цит., стр. 130-132.

1. Довршено кривично дело,
2. Припремне радње и
3. Покушај кривичног дела.

Спољашње изражавање (усмено, писмено, претњом итд.) намере извршења кривичног дела, не представља стадијум тзв. испољавања умишљаја, јер у тим случајевима нема *радње* усмерене на његово довршење. Са друге стране, ако је утврђено да је учинилац испољио умишљај за извршење кривичног дела, потребно је учинити све што је могуће за спречавање криминалне активности. Од извршеног кривичног дела треба разликовати некажњиво угрожавање, чију објективну страну чини психичко деловање на оштећеног путем претње. Таква претња није законски кажњива.

Једно дело сматра се окончаним, ако радња учиниоца садржи све елементе кривичног дела, прописаног кривичним законом. У том случају постоји потпуно остварење објективне и субјективне стране кривичног дела, тј. обележја која су обухваћена конкретном нормом Посебног дела кривичног закона. Одређивање момента довршења кривичног дела представља једну од гаранција поштовања начела законитости, у процесу квалификације кривичног дела. Овај моменат зависи од законодавне структуре кривичног дела.³⁴

Литература

- Благов Е. В., *Особенности назначения наказания за неоконченное преступление*, Ярославль, 1994.
- Брагин А. П., *Российское уголовное право*, Москва, Изд. центр ЕАОИ, 2008.
- Дурманов Н. Д., *Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву*, Москва, 1955.
- Здравомыслов Б. В., *Стадии совершения умышленного преступления*, Москва, 1960.
- Игнатов А. Н., Красиков Ю.А., *Уголовное право России, Общая часть*, НОРМА, Москва, 2000.
- Иногамовой-Хегай Л. В., Рарог А. И., Чучаев, *Уголовное право России, Общая часть*, ИНФРА, Москва, 2008.
- Игњатовић Ђ, *Теорије у криминологији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Козаченко И. Я., *Уголовное право России, Общая часть*, НОРМА, Москва, 2008.
- Колодкин Л. М., *Стадии преступления и предупреждение преступлений*, Киев, 1974.

34 О. В. Богдашич, *Уголовное право Литовской Республики*, 2004, стр. 32.

Костић М., “Улични криминалитет“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, 2009.

Лазаревић Љ., *Кривично право Југославије, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1995.

Павлица Ј., *Друштвени односи - објект кривичноправне заштите*, Нова просвета, Београд, 1987.

Постановления и определения по уголовным делам Верховного Суда РСФСР, 1981—1988 г., Москва, 1989.

Рарог А. И., Есаков Г. А., *Уголовное право России, Общая часть*, Эксмо, Москва, 2009.

Срзентић Н., Стајић А., *Кривично право, Општи и посебни део*, Завод за издавање уџбеника, Сарајево, 1970.

Vukan Slavković

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

***ATTEMPTED CRIME IN CRIMINAL LEGISLATION
OF THE RUSSIAN FEDERATION***

Summary

The dividing line between acts which will or will not be sufficient for criminal attempt, under the formula of Russian criminal code, must be drawn on the basis of four elements. If direct intention is involved, that is the accused has no other aim or purpose in committing the alleged offence, than the result involved in that offence, it matters not that achievement of that result is possible, probable or certain. Some act is required, but all acts towards committing a crime are not indictable. Acts remotely leading towards the commission of the offence are not to be considered as attempt to commit it, but acts immediately connected with it are.

Key words: *criminal attempt, preparation, direct intention, absence of result, incomplete crime*

УЗАСТОПНО ОТУЂЕЊЕ НЕПОКРЕТНОСТИ НА ОСНОВУ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ И ДРУГИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА¹

Апстракт: Разнолика судска пракса и дивергентни теоријски ставови о решењу сукоба основа у случају узадног отуђења исте непокретности на основу уговора о доживотном издржавању и других правних послова, подстакли су аутора рада да покуша да, кроз сагледавање различитих хипотетичких ситуација, на ово питање баци ново светло. Посматрајући ову проблематику кроз призму актуелних критеријума о утврђивању јачег права стицаоца, које је утврдила судска пракса код вишеструке продаје ствари, у раду се анализира право ког стицаоца је јаче када је непокретност отуђена уговором о доживотном издржавању, са једне стране, и уговорима о поклон, продаји, као и на основу завештања, са друге, и износи став о прихватљивости, односно неопходности одступања од устројених критеријума, у неким ситуацијама.

Кључне речи: отуђење непокретности, уговор о доживотном издржавању, поклон, продаја, завештање.

УВОД

Сукоб правних основа вишеструког отуђења исте непокретности спорно је питање у домаћој теорији и судској пракси деценијама уназад. Разлог томе лежи у вишедеценијском одсуству његове законске регулативе. У недостатку законског решења, судска пракса устројила је критеријуме за утврђивање јачег права стицаоца на непокретној ствари у случају њене вишеструке продаје.

Специфичност и комплексност уговора о доживотном издржавању проблематици вишеструког располагања непокретном ствари даје другу

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

димензију. Поставља се питање да ли се усвојени критеријуми који се односе на уговор о продаји могу аналогно применити и на случај када је иста непокретност више пута отуђена сукцесивним закључивањем уговора о доживотном издржавању и других правних послова? Тачније: право ког стицаоца је јаче када постоји једна таква ситуација?

У редовима који следе анализира се однос уговора о доживотном издржавању са једне, и уговора о поклону, продаји и завештања, са друге стране, у случају узастопног отуђења непокретности овим правним пословима. Настојаћемо да кроз критичко сагледавање теоријских становишта и актуелне судске праксе, као и кроз анализу различитих чињеничних стања, дамо одговор на горе постављена питања, и да укажемо на неопходност одступања од утврђених критеријума у појединим ситуацијама.

1. УКРАТКО О СТИЦАЊУ СВОЈИНЕ НА ОСНОВУ ПРАВНОГ ПОСЛА У НАШЕМ ПРАВУ

Право својине, као грађанско субјективно право, стиче се на темељу више правних чињеница које су нормама објективног права прописане као основ, тј. „начин“ стицања. До преноса својине долази само када буду испуњене све претпоставке предвиђене законом - свака аутономија субјеката у овој сфери је искључена, јер би то угрозило правну сигурност.

Нашим позитивним прописима предвиђено је да се право власништва може стећи на основу закона, правног посла, наслеђивањем и одлуком државног органа, на начин и под условима предвиђеним законом.² У погледу стицања својине на основу правног посла, право Републике Србије, традиционално се ослањајући на решење садржано у Аустријском грађанском законнику³, прихвата тзв. традициони каузални систем преноса својине.⁴ За стицање својине на основу правног посла захтева се да преносилац (*tradens*) мора бити власник ствари, да постоји пуноважан правни основ (*iustus titulus*) и законит начин стицања (*modus acquirendi*).

За законодавства која усвајају традициони систем преноса својине карактеристично је то да самим закључењем уговора стицалац не постаје

² Видети: чл. 20 Закона о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005 - др. закон. У даљем тексту: ЗОСПО.

³ Законик је проглашен 1. јуна 1811. године у Бечу под насловом *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer (ABGB)*, а ступио је на снагу 1. јануара 1812. године.

⁴ У законодавствима земаља европског континенталног круга познати су и други системи преноса својине на основу уговора (француски, немачки). Детаљније о сваком од ових система видети код: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2006, стр. 128-135, М. Караникић, *Сукоб правних основа узастопних стицања исте непокретности*, *Правни живот*, бр. 10/2001, стр. 466 и даље.

сопственик ствари, јер уговор нема транслативно (стварноправно) дејство, већ се захтева и испуњење законитог начина стицања (модуса), као материјалне претпоставке за стицање својине. Право својине на непокретностима стиче се уписом права својине у јавним књигама (односно предајом тапије), или на други одговарајући начин предвиђен законом.⁵ Закључењем уговора преносилац преузима само обавезу да пренесе право својине на ствари, док стицалац има само потраживање према њему, облигациони захтев да му непокретност преда и дозволи упис права у јавним књигама. Упис права својине у јавним књигама у корист стицаоца, стога, представља акт настанка, „рађања“ – док упис не буде извршен стицалац не постаје власник.⁶ Упис права својине врши се на основу оверене писане безусловне изјаве о дозволи уписа књижног претходника, садржане у исправи о уговору или у посебној исправи (*clausula intabulandi*).⁷

Изузетно, када је то посебним прописима предвиђено, до стицања својине на непокретној ствари на основу правног посла може доћи и пре уписа права у катастар непокретности. Упис права у том случају има само декларативан карактер, а његов значај огледа се у томе што од тренутка уписа укњижена права производе дејство према трећим лицима.⁸ Један од таквих изузетака јесте и пренос својине на основу уговора о доживотном издржавању, где давалац издржавања у тренутку смрти примаоца издржавања постаје власник ствари обухваћених уговором. Практичне последице стицања својине на непокретности без нарочитог модуса код овог правног посла посебно се огледају, по нашем уверењу, у случају сукцесивног отуђења исте непокретности на основу уговора о доживотном издржавању и других правних послова, о чему ће бити више речи у другом делу овог рада.

2. О ДОПУШТЕНОСТИ ВИШЕСТРУКОГ ОТУЂЕЊА ИСТЕ НЕПОКРЕТНОСТИ

Свакако једна од најзначајнијих последица традиционог система преноса својине јесте могућност вишеструког располагања истом непокретношћу.⁹ Правно је могуће да преносилац, који до испуњења законитог начина стицања

⁵ Видети: чл. 33 ЗОСПО.

⁶ Упис у катастар непокретности, релевантан за стицање својине, јесте упис својине, као врста уписа стварних права (чл. 76 Закона о државном премеру и катастру, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2009, у даљем тексту: ЗДПК), али и предбележбом права својине стицалац постаје власник, под условом накнадног оправдања предбележбе.

⁷ Видети: чл. 87 ЗДПК.

⁸ Видети: чл. 60 ЗДПК.

⁹ Детаљније о мотивима за вишеструко отуђење ствари: Ђ. Вереш, Начело савесности и поштења у случају вишеструке продаје исте непокретне ствари, Право теорија и пракса, бр. 9/1986, стр. 43.

остаје сопственик, исту ствар отуђи више пута, и при томе се sukcesивно обавезе различитим лицима да ће им пренети својину на истој непокретности.

Вишеструко уговарање отуђења ствари не повлачи неважност касније закључених уговора. У јудикатури је заузет став да „постојање ранијег уговора о отуђењу одређене ствари не чини ништавим каснији уговор о отуђењу исте ствари“.¹⁰ Облигациони односи засновани између отуђиоца и више стицалаца потпуно су аутономни, јер у уговорном праву важи правило „што два углаве трећег не веже“ (чл. 1025 ОИЗ).¹¹ Између више стицалаца не постоји никакав правни однос у погледу стицања својине на истој ствари. Каснијег стицаоца, стога, не везује раније закључени уговор о преносу својине, уколико му постојање и садржина тог уговора није била позната. Осим тога, самим закључењем потоњег уговора преносилац не повређује право претходног стицаоца, већ ће то учинити ако пренесе својину каснијем стицаоцу. У тренутку закључења доцнијег уговора предмет обавезе преносиоца није немогућ, јер својина није пренета, тако да не важи правило *impossibilium nulla obligatio est*. Тек када отуђилац, који је закључио више уговора, дозволи упис права својине једном од уговарача, он је према њему извршио своју обавезу. Моментом уписа права једног од стицаоца наступа немогућност испуњења обавезе отуђиоца према осталим сауговарачима. Стицалац који први упише своје право у јавне књиге постаје власник ствари, под претпоставком савесности.

3. СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ У СЛУЧАЈУ ВИШЕСТРУКОГ ОТУЂЕЊА ИСТЕ НЕПОКРЕТНОСТИ

Пре Другог светског рата на територији коју данас обухвата Република Србија стицање својине код узастопног отуђења исте непокретности регулисао је Српски грађански законик: „Који пре на једну ствар непокретну у књиге јавне уведен буде, онога је ствар“.¹² Предратна судска пракса давала је апсолутни приоритет начелу уписа права својине на непокретности.¹³ И правни писци тога доба указивали су да права на непокретностима, док се не упишу у јавне књиге,

10 Видети: Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1323/84.

11 Р. Simonetti, Вишеструко уговарање отуђења, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3-4/2006, стр. 1778.

12 Видети: §298 СГЗ-а. Сличну одредбу садржао је и §440 АГЗ-а: „Ако је власник једну исту непокретну ствар двојници разних лица уступио, онда она припада ономе који је пре тражио укњижење у јавну књигу“.

13 Видети: одлуку Касационог суда Рев. 220/39-1 од 16. 4. 1940. године. Потпуно се придржавајући начела конститутивности уписа у земљишне књиге и поверења у земљишне књиге, суд је утврдио да је моментом уписа стицалац непокретности постао њен власник, без обзира што је био несавестан.

не постоје као стварна права, те се не могу са успехом истаћи према трећим лицима (*Quod non est in tabulas, non est in mundo*).¹⁴

Иако су у послератној правној теорији и судској пракси, у прво време, заузимају дивергентни ставови о томе да ли власник непокретности безусловно постаје лице које је исходило упис права у јавне књиге, временом се све више увиђало да решење садржано у СГЗ-у може бити дубоко неправично и послужити као параван за разне злоупотребе. Стога су домаћи судови све више пажње посвећивали испитивању (не)савесности¹⁵ потоњег стицаоца и анализирају правног значаја ове чињенице са аспекта стицања својине на непокретностима. Највећу дилему, како међу носиоцима судске власти, тако и међу посленицима правне мисли, изазивало је питање: да ли је чињеницу несавесности доцнијег стицаоца могуће претпоставити начелима конститутивности уписа и поверења у јавне књиге? Да ли се (и под којим условима) начелима правичности, савесности и поштења и забрани злоупотребе права може дати приоритет у односу на начела законитости и правне сигурности?

Сагледавањем вишедеценијске праксе може се уочити тенденција да је домаћа јудикатура настојала да на ова питања да афирмативан одговор. Начело савесности и поштења врховни је принцип облигационог права и један од темеља на којима почива читав правни систем.¹⁶ У стварном праву савесност подразумева нескривљено незнање да је ванкњижно стање другачије од књижног.¹⁷ Из тог разлога несавесност преносиоца и стицаоца има различит правни значај. Уколико се преносилац није понашао у духу *bona fides*, биће дужан да оштећеном савесном сауговорачу врати примљено по основу уговора

14 Иако свесни да овакво решење не би увек било у складу са тежњом за афирмацијом принципа правде и правичности, истицали су да је законодавац, стојећи у дилеми, те интересе жртвовао захтевима правног саобраћаја за већом сигурношћу у правном промету непокретности. А. Лазаревић, Архив за правне и друштвене науке, бр. 6/1931, стр. 498, (одељак Судска хроника).

15 Појам „савесност“ може имати значај начела, може се схватити као универзални принцип у праву, а може значити и чињеницу за коју право везује одређено правно дејство. Детаљније о етимологији и различитим значењима и теоријским ставовима о појму савесности видети: П. Трифуновић, Савесност у промету непокретности, Правни живот, бр. 10/1996, стр. 367-372, Д. Петровић, Начело савесности и поштења код двоструке продаје непокретности, Правни живот, бр. 11-12/1994, први том, стр. 773 и даље.

16 Ј. Радишић, Облигационо право, 2004, стр. 32. Чланом 12 Закона о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО) предвиђено је да су уговорне стране дужне да приликом заснивања и остваривања права и обавеза из облигационих односа поступају савесно и поштено.

17 Ч. Рајачић, Стварно право, Загреб, 1956, стр. 247. Наведено према: П. Трифуновић, *op. cit.*, стр. 370. Међутим, П. Трифуновић констатује да код правних писаца у последње време преовладава став да савесност треба посматрати као јединствену категорију и да не треба правити разлику у значењу савесности у стварном и облигационом праву. *Ibid.*

и надокнади штету. Ако је доцнији стицалац био несавестан, његово право својине, које је уписом стекао, биће компромитовано и ранији савестан стицалац ће моћи да захтева брисање уписа.

Савесност каснијег стицаоца, као услов стицања својине на непокретности, истакнута је у бројним судским одлукама, као коректив правног правила садржаног у СГЗ-у.¹⁸ Савесност се, код стицања својине на непокретностима, у околностима које су код нас постојале, због нетачне и непотпуне евиденције непокретности, схватала строжије. Стицалац своју савесност није могао оправдати само позивом на поуздање у апсолутну тачност уписа у јавним књигама,¹⁹ чиме је коригован принцип приоритета и поуздања у земљишне књиге. Основу за изражене ставове судови нису могли наћи у законским одредбама које су регулисале стицање својине, већ су се позивали на поштовање начела савесности и поштења и забране злоупотребе права, као универзалних принципа, будући да правни поредак не толерише непоштено понашање у правном промету. На тај начин су највиши судови, кроз доношење појединачних одлука којима се решавао сукоб правних основа, доприносили уједначавању судске праксе у овој сфери грађанскоправних односа.

4. САВЕСНОСТ СТИЦАОЦА КАО УСЛОВ СТИЦАЊА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНИМ СТВАРИМА DE LEGE LATA

У нашем позитивном праву ниједним важећим прописом није уређено чије право је јаче у случају када више лица конкуришу да постану власници исте непокретности, за разлику од стицања својине код узастопног располагања покретним стварима.²⁰ У Нацрту закона о основним својинско-правним односима било је предложено решење да други купац који је уписао своје право постаје власник „без обзира на своју савесност“, али таква одредба није нашла место у усвојеном тексту закона.²¹

18 „Купац коме је власник предао и продао ствар у посед јачи је у праву од лица коме је исти ранији власник исту ствар уступио уговором о поклону, ако је приликом закључења уговора о купопродаји и пријема у посед био савестан, и без обзира на то што је уговор о поклону раније закључен.“ Решење Врховног суда Србије, Рев. 2270/61, од 19.5.1962. године.

19 „Савестан купац непокретности је лице које поред поуздања у земљишне књиге утврди и стање поседа непокретности. Само поуздањем у земљишне књиге и уписом права својине купљене непокретности у земљишне књиге, купац није јачи у праву насупрот ранијем стицаоцу коме је непокретност на основу правоваљаног посла предата у посед, а право својине није укњижио у земљишне књиге.“ Решење Врховног суда Југославије, Рев. 315/73, од 26.12.1973. године.

20 Видети: чл. 35 ЗОСПО.

21 Из ове чињенице поједини аутори изводе закључак да је у нашем позитивном праву усвојено решење по коме доцнији стицалац постаје власник само под условом да је савестан.

Постојећа правна празнина попуњена је усвајањем Закључка бр. 3 на Саветовању грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, Врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда, одржаном 28. и 29. маја 1986. године у Београду.²² Закључак је проистекао из вишедеценијске богате праксе домаћих судова и представља својеврсну сублимацију и афирмацију доминантних ставова о утицају (не)савесности стицаоца на стицање својине на некретнинама.²³

а) Закључком је, најпре, у духу поштовања универзалних начела савесности и поштења и начела забране злоупотребе права, усвојено правило да у случају када је више лица закључило посебне правне послове ради стицања својине на истој непокретности, право својине стећи ће оно лице које упише своје право у јавне књиге, ако је било савесно.

б) Ако ниједан купац није уписао право у јавне књиге, својину ће, под претпоставком савесности, стећи онај коме је ствар предата у државину. Иако предаја непокретности у државину стицаоца, није правнорелевантан модус за стицање права власништва, ипак се тиме ствара претпоставка да је држалац ствари титулар права чију садржину врши. Каснији стицалац се, стога, не може позвати на своју савесност ако није извршио увид и у фактичко стање.

в) Када су сви купци савесни, а нико од њих није уписао своје право, нити је стекао државину, јачи правни основ има ранији купац. Заузет је, дакле, став да у недостатку других критеријума, у случају вишеструког отуђења непокретности на основу два уговора о продаји, први купац, по правилу *prior tempore potior iure*, има јаче право. Осим тога, треба нагласити да се у случају узастопног располагања теретним и добротним пословима, сходно чл. 41 ст. 2 ЗОСПО, као додатни критеријум примењује правило да је теретни правни посао јачи правни основ, под претпоставком савесности свих прибавиоца.

г) У случају када је продавац предао непокретност у државину каснијем несавесном купцу, или се несавесни купац уписао као власник у јавне књиге, јачи у праву биће ранији савестан купац. Доцнији стицалац несавестан је ако је знао или је према околностима могао знати да је раније закљученим уговором власник већ располагао некретником.

Видети: О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1999, стр. 66. Супротно: П. Трифуновић, *op. cit.* стр. 385.

²² Закључак је објављен у Билтену судске праксе Савезног суда, бр. 25/86. Детаљнија анализа код: М. Мићовић, Начело савесности и поштења у промету, Правни живот, бр. 11-12/1994, други том, стр. 1513.

²³ О различитим теоријским становиштима у погледу значаја савесности за стицање права својине видети: А. Гамс, Сукоб земљишнокњижног уписа својине са државином непокретности између лица која изводе право својине од истог претходника, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/1958, стр. 96 и Д. Петровић, *op. cit.* стр. 773 и даље.

Усвојени Закључак имао је значајан утицај на уједначавање судске праксе о овом спорном питању.²⁴ У недостатку позитивноправних решења, судској пракси и правној теорији данас не преостаје ништа друго него да се позову на изнети Закључак.²⁵ Дилеме су, чини нам се, ипак остале када је непокретност више пута отуђена сукцесивним закључивањем других правних послова. Ова констатација се нарочито односи на ситуације када је власник узастопно располагао непокретном ствари и уговором о доживотном издржавању. По овом питању судска пракса код нас још увек је неуједначена и неконзистентна, а у доктрини су ретко чињени покушаји да се на ово питање да адекватан одговор.²⁶

5. ВИШЕСТРУКО ОТУЂЕЊЕ НЕПОКРЕТНОСТИ НА ОСНОВУ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ – ПОЛАЗНЕ ПРЕМИСЕ

Становиште судске праксе, изнето у поменутом Закључку бр. 3, применљиво је када се ради о вишеструкој продаји исте непокретности. Из саме формулације може се недвосмислено закључити да је намера највише судске инстанце и била да заузме став о јачем праву стицаоца код вишеструке продаје исте непокретности, јер су такви случајеви у пракси најчешћи. Са друге стране, комплексност уговора о доживотном издржавању, специфичност неких његових карактеристике, оправдава питање да ли се наведено решење може применити и на случајеве када је непокретност више пута отуђена уговором о доживотном издржавању и другим правним пословима.

Уговор о доживотном издржавању представља правни посао којим се давалац издржавања обавезује да примаоца издржавања издржава, брине о њему до краја његовог живота и после смрти га сахрани, док се прималац издржавања обавезује да се после његове смрти на даваоца, као накнада за дато издржавање, пренесе својина на тачно одређеним стварима или нека друга права.²⁷

24 Видети нпр. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1153/98 од 23.9.1998., Решење Врховног суда Србије Рев. 5917/98 од 7.4.2000., Решење Врховног суда Србије Рев. 778/08, од 10.12.2008. године.

25 Вишеструко уговарање отуђења непокретности предуго је ван законске регулативе. У радној верзији Законика о својини и другим стварним правима (видети чл. 90) предложена су правила којима се уређује ова проблематика, а која у одређеној мери одступају од становишта заузетог у наведеном Закључку. Будући да се ради тек о радној верзији Законика, велико је питање да ли ће, тренутно актуелно, понуђено решење постати саставни део ове кодификације, или ће доживети одређене измене.

26 Н. Стојановић, Уговор о доживотном издржавању у судској пракси, Грађанска кодификација, зборник радова, св. 3, 2004, стр. 139-141, М. Убавић, Уговори о доживотном издржавању, Београд, 2004, стр. 21.

27 Видети: чл. 194 Закона о наслеђивању, „Сл. гласник РС“ бр. 46/95 и 101/2003. У даљем тексту: ЗОН. У доктрини и судској пракси посебним видом уговора о доживотном

По правилу, уговором о доживотном издржавању најчешће се преноси својина на непокретним стварима. Све ствари којима прималац располаже у корист даваоца издржавања морају бити таксативно наведене у уговору, и морају постојати и бити у својини примаоца издржавања у тренутку закључења уговора.²⁸

Питање које се у теорији јавило као спорно јесте: у ком тренутку давалац издржавања стиче својину на непокретностима из уговора – тренутком смрти примаоца или уписом права у јавне књиге? Дилему је изазвала формулација за коју се определио законодавац – да својина прелази на даваоца издржавања после смрти примаоца. Оваква формулација може имплицирати закључак да од тренутка смрти примаоца, даваоцу издржавања припада само право да захтева упис својине, а да власник постаје након што упис буде извршен. Супротно, регулишући доживотно издржавање у корист трећег лица, законодавац експлиците наводи да давалац издржавања стиче својину на предметима уговора у тренутку смрти сауговорача, ако уговором није одређено да својина прелази у тренутку смрти трећег лица, бенефицијара (чл. 198 ст. 1 ЗОН-а).

Управо зато, а полазећи од духа овог института, становиште савремене правне доктрине јесте да моментом смрти примаоца издржавања, давалац постаје власник отуђене непокретности, а да *modus acquirendi* није потребан.²⁹ Сходно томе, упис има декларативно, а не конститутивно дејство, што је значајан изузетак од правила да се својина на непокретностима на темељу правног посла стиче уписом права у јавним регистрима, и истовремено одступање од традиционог система преноса својине.³⁰

Чињеница да се ради о правном послу са трајним извршењем престација код кога је пренос својине одложен до смрти примаоца издржавања, као и да за пренос својине није потребан модус, проблематици вишеструког отуђења исте

издржавању сматра се и такав правни посао код кога се пренос својине са примаоца на даваоца издржавања остварује још за живота примаоца, најчешће одмах по закључењу уговора. Мишљења смо да тзв. неправи уговор о доживотном издржавању не представља посебан вид уговора о доживотном издржавању, већ се ради о посебном правном послу, који изискује да буде детаљно регулисан у нашем праву, с обзиром да постоји већ дугогодишња традиција његовог закључивања. Стога дејства која производи закључење овог уговора неће бити посебно разматрана.

28 Видети: чл. 194 ст. 2 ЗОН. У том смислу видети и: Одлуке ВСС Рев. 1814/98 од 24.9.1998 и Рев. 179/99 од 4.11.1999 (наведено према: М. Убавић, *op. cit.*, стр. 45).

29 Да би извршио упис права својине у јавним књигама довољно је да давалац, уз предлог за упис, приложи исправу о уговору о доживотном издржавању и јавну исправу којом се доказује чињеница смрти примаоца Овако нпр. В. Ђорђевић, *Наследно право*, Ниш, 1997, стр. 391; N. Gavella, *Наследно право*, Загреб, 1990, стр. 374.

30 Иако давалац издржавања непокретност у својину стиче у моменту смрти примаоца, у пракси се веома често у текст уговора уноси дозвола примаоца издржавања да се након његове смрти давалац упише као нови власник у јавним књигама (*clausula intabulandi*).

непокретности даје другу димензију. Стога ћемо покушати да дамо одговор на питање да ли се и у којој мери изнета становишта судске праксе о критеријумима на бази којих се утврђује јаче право стицаоца (купца) у случају вишеструке продаје исте непокретности, могу аналогно применити и када је непокретност сукцесивно отуђена уговором о доживотном издржавању и другим правним пословима. У фокусу наше пажње биће сукоб уговора о доживотном издржавању са једне и уговора о поклону, уговора о продаји и завештања, са друге стране.

Да бисмо, бар делимично, поједноставили анализу, поћи ћемо од претпоставке да су сви уговори правно ваљани, да нису ни на који начин стављени ван снаге, те да су даваоци издржавања код уговора о доживотном издржавању савесно извршавали уговорне обавезе.

5.1. Уговор о доживотном издржавању и уговор о поклону

Уговор о поклону је такав правни посао којим поклонодавац предаје одређену ствар поклонопримцу, или се обавезује да му пренесе својину на ствари или неко друго право, или да му учини какву другу корист на терет своје имовине, без накнаде.³¹ Будући да поклонодавац располаже својом имовином *animus donandi*, у циљу увећања имовине поклонопримца, правна природа овог уговора, без обзира на његове модалитете, увек је добročина. Ова чињеница свакако је од утицаја и на решење о јачем праву, у случају сукоба уговора о доживотном издржавању и уговора о поклону.³²

Наиме, у пракси се догађа да власник сукцесивно располаже истом непокретношћу теретно и добročино, темељем уговора о доживотном издржавању и уговора о поклону. У зависности од околности конкретног случаја, својину на предметној непокретности могу стећи и поклонопримац и давалац издржавања.

Најпре, уколико је по уговарању доживотног издржавања прималац издржавања са трећим лицем закључио уговор о поклону, којим је отуђио исту непокретност, поклонопримац ће стећи својину уколико се укњижио као власник непокретности. У том случају, уговор о доживотном издржавању остао је без предмета, и неће произвести дејство, али само под условом да је поклонопримац био савестан. Поклонопримац је савестан ако му није била позната околност да

31 Закон о облигационим односима не регулише уговор о поклону. Иако је *Скица за законик о облигацијама и уговорима* садржала одредбе о уговору о поклону (чл. 509-522), оне нису ушле у коначну редакцију законског текста, јер је заузет став да је регулисање уговора о поклону у надлежности република и покрајина. Република Србија није посебним прописом уредила овај правни посао. Стога се на уговор о поклону још увек примењују одредбе СГЗ-а (§ 561-568), али и одговарајуће одредбе ЗОО, које регулишу поједина дејства добročиних правних послова (чл. 53 ст.3, 62, 65 ст. 4, 101, 281 ст. 3 и 4, 282, 283 ст. 3).

32 О јачем праву стицаоца у случају вишеструког отуђења непокретности уговорима о поклону видети: М. Мијачић, *Облигациони уговори*, Београд, 1990, стр. 65.

је раније закључен уговор о доживотном издржавању, нити је то морао знати.³³ Ако је у том случају покљонио своје поверење стању у јавним књигама, постаће власник покљоњене непокретности. Подаци о непокретностима уписани у катастар непокретности сматрају се истинитим и поузданим и нико не може сносити штетне последице због тог поуздања.³⁴ Поклонопримац ће увек бити несавестан ако је давалац издржавања уписао своје право у јавним књигама или уколико му је непокретност предата у државину. Несавестан стицалац не може се користити фикцијом апсолутне тачности земљишнокњижног уписа, јер није поступао у духу *bona fides*. Поклонопримац ће бити несавестан и када је на неки други начин сазнао за раније уговорено доживотно издржавање, или је за то морао знати. У том случају, ако је поклонопримац исходно упис у јавним књигама, давалац издржавања моћи ће да захтева брисање уписа.

Уколико поклонопримац до смрти поклонодавца не изврши упис свога права, својину на непокретности стећи ће давалац издржавања, под условом да је давалац издржавања извршавао уговорне обавезе.

Власник непокретности може истом узастопно располагати и на тај начин што ће је најпре поклонити, а затим располагати њоме на основу уговора о доживотном издржавању. Све док поклонодавац поклонопримцу не преда непокретност у државину и не дозволи му упис у јавне књиге, њему припада право својине. Сматрамо да уколико се поклонопримац упише у катастар непокретности и након уговореног издржавања, стећи ће својину на предметној непокретности. Самим закључењем уговора о доживотном издржавању не може се манифестовати воља поклонодавца за једностраним раскидом уговора о поклону, па и када су испуњени услови из § 567 СГЗ.³⁵ Међутим, ако уговор о поклону касније буде раскинут и дође до ревокације покљона, поклонодавац ће моћи да пуноважно отуђи ствар другим правним послом.

У случају када поклонопримац не изврши упис права, савестан давалац издржавања стећи ће својину на непокретности смрћу примаоца издржавања.

33 Тако и: Пресуда ВСС, Рев. 751/06, од 17.10.2006. У другом предмету, у случају када је власник располагао истом непокретношћу најпре уговором о доживотном издржавању, затим завештањем, а напослету и поклоном, суд је стао на становиште да је најјачи правни основ првозакључени уговор. Видети: Одлука Општинског суда у Гучи, П 34/2000, од 10.11.2000. и Окружног суда у Чачку, Гж. 75/2001, од 30.1.2001. Не улазећи у то да ли је суд такву одлуку засновао на принципу *prior tempore* или на чињеници да је уговор о доживотном издржавању једини теретни правни посао, не можемо се априори сложити са овом, утисак је паушалном оценом суда. Мишљења смо да је суд најпре требао утврдити да ли је поклонопримац уписан у јавним књигама као власник и да ли је савестан стицалац, што није учињено, па на основу анализе свих правнорелевантних чињеница донети одлуку о јачем праву.

34 Видети: чл. 63 ЗДПК.

35 Детаљније о условима, и различитим ставовима у теорији о начинима раскидања уговора о поклону: М. Мијачић, *op. cit.*, стр. 66-72.

Такође, савесни виталицијент имаће јаче право и када је за живота виталицијата обезбедио своје потраживање из уговора.

Поставља се питање чије је право јаче када је власник узастопно отуђио непокретност уговором о доживотном издржавању и поклоном за случај смрти (*donatio mortis causa*). Уговор о поклону за случај смрти представља модификацију уговора о поклону - уговор закључен под одложним условом (ако поклонопримац надживи поклонодавца), али и под одложним роком (с обзиром да се смрт сматра роком јер је будућа извесна чињеница). У чл. 522 ст. 2 Скице за законик о облигацијама и уговорима, било је предвиђено решење да поклонодавац може, по својој вољи, уговор о поклону за случај смрти раскинути, а располагање стварима које су предмет тог уговора, било правним пословима *inter vivos*, било *mortis causa*, сматраће се раскидањем уговора у погледу тих ствари. Будући да поклонодавац остаје до смрти власник ствари, нема правних препрека да их отуђи било којим другим правним послом. У сваком случају, када непокретност, која је била предмет поклона за случај смрти, поклонодавац отуђи уговором о доживотном издржавању, без обзира на редослед закључења уговора, својину на ствари стиче давалац издржавања у моменту смрти сауговорача, под претпоставком савесности. Оба ова правна посла карактерише чињеница да је пренос својине одложен до смрти власника ствари. Стога, до изражаја овде долази добродина природа поклона за случај смрти. Као теретан правни посао, уговор о доживотном издржавању сматра се, сходно чл. 41 ст. 2 ЗОСПО, јачим основом за стицање права својине.

Треба нагласити да власник ствари истом може располагати и на основу поклона са налогом (*donatio sub modo*), код кога је пренос својине одложен до смрти поклонодавца. Ово је модалитет уговора о поклону, и представља специфичан уговор закључен под раскидним условом. У случају да поклонопримац не изврши уговорени налог, нити то учини у накнадном примереном року, поклонодавац ће моћи да раскине уговор једностраном изјавом воље и да захтева повраћај поклона.

Поклон под налогом за случај смрти, када је поклонопримац оптерећен обавезом издржавања поклонодавца, има доста сличности са уговором о доживотном издржавању. У случају сумње о коме се од ова два уговора у конкретном случају ради, потребно је утврдити да ли је природа тог правног посла добродина или теретна.³⁶ Да би се уговор сматрао поклоном битно је да терет за поклонопримца не буде такав да представља накнаду за учињени поклон, јер би се тада радило о теретном правном послу. Ако се утврди да претеже теретна компонента, овакав уговор сматрао би се уговором о доживотном издржавању и био би пуноважан само ако је закључен у форми предвиђеној чл. 195 ЗОН-а.

³⁶ О начину разграничења ова два правна посла детаљно: О. Антић, З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 511-512.

Разрешење дилеме о којој врсти правног посла је реч веома је значајна, пре свега, у сфери наследних односа. Наиме, имовина обухваћена уговором о поклону може ући у обрачунску вредност заоставштине, и из вредности поклона могу се намирити нужни наследници. Уговор о доживотном издржавању, са друге стране, не штити нужне наследнике. Осим тога, ова чињеница значајна је и код утврђивања јачег права у случају сукоба уговора о доживотном издржавању и уговора о поклону са налогом за случај смрти. Будући да је уговор о доживотном издржавању теретни правни посао, јачи је правни основ за стицање својине од поклона са налогом за случај смрти. Стога, уколико се утврди да је природа спорног уговора добротина, положај поклонопримца постаје неповољнији. Уколико се, пак, утврди да се ради о уговору о доживотном издржавању, правна позиција даваоца издржавања, у случају његове савесности, била би значајно боља, под условом да су задовољени захтеви форме.

На крају, само још напомињемо да нису ретки случајеви у судској пракси где су саговорачи закључили уговор о поклону са налогом, у намери да прикрију уговор о доживотном издржавању. У том случају, судска пракса стоји на становишту да дејство неће производити симуловани поклон, јер стране уговорнице нису ни желеле да га закључе, већ уговор о доживотном издржавању, као дисимуловани правни посао.³⁷ Како форма за закључење уговора о доживотном издржавању није испоштвана, а с обзиром да је пренос својине остварен по закључењу уговора, овде би се радило о тзв. неправом уговору о доживотном издржавању. Из ове чињенице произашле би и све последице које производи теретан правни посао код кога је по закључењу дошло до преноса својине, а које се односе на стицање својине код вишеструког отуђења непокретности. Напомињемо да оваква ситуација не би била правно могућа у случају да се уговором о поклону под налогом за случај смрти желео прикрити „прави“ уговор о доживотном издржавању, јер би такав правни посао најчешће био ништав због недостатака у погледу форме.

5.2. Уговор о доживотном издржавању и уговор о продаји

Прималац издржавања може, пре или након закључења уговора о доживотном издржавању, предметну непокретност отуђити и уговором о продаји. Поставља се питање који ће од ова два теретна правна посла представљати јачи основ за стицање својине на спорној непокретности.

Ако је најпре уговорено доживотно издржавање, којим је пренос својине одложен до смрти примаоца, он је, као власник, овлашћен да уговором о продаји пуноважно отуђи ствар која је предмет уговора о доживотном издржавању. Купац ствари стећи ће право својине уколико је савестан и уколико се пре

³⁷ Видети: Одлуке ВСС, Рев. бр. 2195/93, Рев. 3457/93, Рев. 1244/94.

смрти продавца упише у јавне књиге као власник.³⁸ Купац је савестан уколико у тренутку подношења захтева за упис права својине у катастру непокретности није знао, нити је према околностима могао знати, да је предметном непокретношћу продавац већ располагао уговором о доживотном издржавању. Приликом куповине ствари, купац је дужан да утврди не само стање у јавним књигама, већ и фактичко стање. Стога, каснији стицалац постаје несавестан ако је давалац издржавања обезбедио своје потраживање према примаоцу уписом права у јавним књигама, или је пре закључења уговора о купопродаји уведен у посед спорне непокретности.

Уколико се, пак, савесни купац до смрти продавца не укњижи у јавне књиге, то више неће моћи да учини, јер је у моменту смрти примаоца давалац издржавања постао власник. Купац има на основу уговора само тражено право према продавцу да му дозволи упис права својине. Смрћу продавца, у случају постојања уговора о доживотном издржавању, његово потраживање престаје, јер предметна непокретност по сили закона прелази на даваоца издржавања (под претпоставком да уговор о доживотном издржавању није стављен ван снаге).

Када је, пак, власник прво продао спорну непокретност, а потом закључио уговор о доживотном издржавању, могу настати различите ситуације. Најпре, када је пре уговарања издржавања купац уписао своје право својине, располагање неће произвести дејство, јер је продавац престао бити власник ствари. Такође, уколико је продавац купцу предао непокретност у државину пре закључења уговора о доживотном издржавању, јаче право, по нашем мишљењу, имаће купац, иако није уписао своје право у јавним књигама. Даваоцу издржавања, због саме природе уговора о доживотном издржавању, не може бити непозната чињеница у чијем се поседу налази непокретност обухваћена уговором, те га то сазнање и чини несавесним стицаоцем.

Међутим, ако купац није уведен у посед непокретности, нити је извршио упис свог права, власник непокретности остао је продавац, тако да је ствар могао отуђити уговором о доживотном издржавању. Стицање својине на спорној непокретности зависиће тада од савесности даваоца издржавања. Ако је давалац издржавања био несавестан, неће ни у ком случају стећи непокретност у својину. Али, ако је давалац издржавања био савестан, а до смрти примаоца издржавања купац није извршио упис права својине на основу уговора о продаји, својину ће стећи давалац издржавања. Неопходан модус за стицање својине на темељу

³⁸ У спору даваоца издржавања, који је у потпуности извршио уговорне обавезе, и несавесног купца, из касније закљученог уговора о продаји, Врховни суд Србије нашао је да ће јаче право на непокретности имати давалац издржавања. Видети: Одлука ВСС, Рев.5152/01 и Гзз. 649/01, од 26.9.2002. године. У другом случају, овај суд је утврдио да је прималац издржавања имао право да прода предметну непокретност, независно од тога што је његов захтев у парници за раскид уговора о доживотном издржавању, због неизвршења уговорних обавеза, био основан. Видети: Одлука ВСС, Рев. 2821/98.

купопродајног уговора није настао, а како до стицања својине код уговора о доживотном издржавању долази *ipso iure*, власник непокретности постаће виталицијент у моменту смрти виталицијата. У сукобу ова два теретна правна посла, код којих се начин стицања битно разликује и наступа у различитим тренуцима, јачи ће бити онај чији „модус“ најпре буде реализован, под претпоставком савесности свих стицалаца.

Савесни давалац издржавања, у сваком случају, имаће јаче право од купца ако, након закључења уговора, своје потраживање према примаоцу издржавања обезбеди забележбом у јавним књигама или конституисањем хипотеке. Ово стога што до уписа својине купаца има статус обичног, хирограферног повериоца, уколико своје потраживање није обезбедио. Са друге стране, искористивши законску могућност да своје потраживање обезбеди, давалац издржавања стекао је првенство у односу на све остале стицаоце, те ће постати власник спорне непокретности смрћу примаоца издржавања.

5.3. Уговор о доживотном издржавању и завештање

Следећа ситуација коју ваља анализирати, јесте однос завештања и уговора о доживотном издржавању, посматрано из угла стицања својине на непокретним стварима, које се преносе овим правним пословима. Завештање је једностранни правни посао *mortis causa*, којим завешталац врши распоред своје заоставштине. Тренутком отварања наслеђа завештаоца, завештајни наследници, сходно начелу стицања заоставштине *ipso iure*, постају власници покретних и непокретних ствари, којима је завешталац располагао у завештању. *Modus acquirendi* није потребан, тако да накнадни упис права својине на наслеђеним непокретностима има декларативан карактер.

Ако је власник непокретности најпре сачинио завештање којим је располагао предметном непокретношћу, а затим са даваоцем издржавања (у улози примаоца) закључио уговор о доживотном издржавању у погледу исте непокретности, касније закљученим уговором опозвао је одредбу из већ сачињеног завештања. Наиме, завештање је увек опозива изјава воље, и све до смрти завешталац га може опозвати на различите начине, делимично или у потпуности.³⁹ Како се, сходно чл. 178 ЗОН-а, завештаочево располагање индивидуално одређеном завешталом ствари или правом сматра опозивом завештања у погледу те ствари или права, то се располагање завешталом непокретном ствари каснијим уговором о доживотном издржавању сматра опозивом те завештајне одредбе.⁴⁰ Својину на непокретности стекао би, дакле,

39 Видети: чл. 176 ЗОН-а.

40 Ово под претпоставком да је уговор о доживотном издржавању правно ваљан правни посао. Ако се у судском поступку утврди да је уговор о доживотном издржавању ништав, завештање се неће сматрати опозваним. Тако и: ВСС, Рев. 2155/05, од 28.9.2005. године.

давалац издржавања у моменту смрти примаоца, и то без обзира да ли му је у тренутку закључења уговора било познато постојање и садржина завештања, под условом да је заиста постојала потреба за издржавањем примаоца. Његова несавесност, по нашем мишљењу, не угрожава његову правну позицију, јер је завештање једностран, строго личан правни посао, и само је остављено вољи завештаоца/примаоца издржавања да одлучи да ли ће и на који начин своје завештање или неку његову одредбу опозвати.

Спорнија је ситуација када је власник ствари, након уговарања доживотног издржавања сачинио завештање, којим је располагао непокретношћу обухваћеном уговором. У једном таквом случају Врховни суд Србије заузео је став да ће дејство произвести завештање.⁴¹ У образложењу овог става констатује се да прималац издржавања све до своје смрти остаје власник ствари која је предмет његове уговорне обавезе. Управо због тога, ако право даваоца издржавања ни на који начин није обезбеђено, овај правни посао *mortis causa* имао би приоритет у односу на уговор о доживотном издржавању, као правни посао *inter vivos*.

Међутим, оно што је суд пропустио да сагледа, а што је морао узети у обзир, јесте чињеница да је пренос својине и код завештања и код уговора о доживотном издржавању одложен до смрти завештаоца, тј. примаоца издржавања, и да накнадно сачињеним завештањем завешталац није могао ставити ван снаге уговор о доживотном издржавању. Будући да и завештајни наследници и давалац издржавања стичу својину у истом тренутку, мишљења смо да би у овом случају требало применити правило из чл. 41 ст. 2 ЗОСПО, по коме јачи правни основ има лице које је ствар стекло теретно, у односу на лице које је исту ствар стекло добротним правним послом, као што је завештање.⁴² С обзиром да имовина која је обухваћена уговором о доживотном издржавању није слободна за наслеђивање, то се ни завештајни наследници не би могли позивати на одредбу из завештања, јер предметна непокретност није ни ушла у заоставштину примаоца издржавања.⁴³

ЗАКЉУЧАК

Важећи законски прописи, који уређују сферу грађанскоправних односа, још увек не дају одговор на питање право ког стицаоца је јаче када је власник непокретну ствар више пута отуђио закључујући правне послове са различитим лицима. Судска пракса је, стога, утврдила критеријуме за решавање сукоба

⁴¹ Видети: ВСС, Рев. 3464/95, од 27.9.1995. године. Исто и: Окружни суд у Крушевцу, Гж. бр. 784/08, од 30.05.2008. године.

⁴² Тако и: Н. Стојановић, Осврт на поједина спорна питања о уговорном издржавању у домаћој судској пракси, Правни информатор, бр. 7-8/2006, стр. 78.

⁴³ Видети: чл. 195 ст. 1 ЗОН-а.

правних основа узастопног располагања истом непокретношћу на основу уговора о продаји, који се аналогно примењују и на друге правне послове.

Узимајући у обзир специфичности уговора о доживотном издржавању, нарочито да се ради о теретном правном послу са трајним извршењем престајања, те да давалац издржавања стиче својину на предметној непокретности у тренутку смрти примаоца, у раду се анализира њихов утицај на стицање својине на непокретности која је више пута отуђена уговором о доживотном издржавању и другим правним пословима. У фокусу пажње био је однос уговора о доживотном издржавању са једне и уговора о поклону, продаји, као и завештања, са друге стране.

У случају сукоба уговора о доживотном издржавању и уговора о продаји и поклону, савесни купац или поклонопримац који је извршио упис свога права у јавним књигама пре смрти преносиоца, постаће власник отуђене непокретности. Међутим, уколико до уписа својине није дошло, тренутком смрти примаоца издржавања својину на предметној непокретности стиче давалац издржавања, под претпоставком савесности, независно од тога који је правни посао раније закључен. Разлог немогућности примене правила *prior tempore potior iure* лежи, по нама, у чињеници да до тренутка смрти преносиоца сви стицаоци имају тражбено право према њему, које се у часу делације трансформише у стварно право само у односу на даваоца издржавања, те он постаје власник отуђене ствари.

Поред тога, констатовали смо да је уговор о доживотном издржавању увек јачи основ стицања својине од завештања и поклона за случај смрти. Како код свих ових правних послова до преноса својине долази у тренутку смрти преносиоца, уговор о доживотном издржавању, као теретан правни посао, имаће јачу снагу. У сваком случају, давалац издржавања стећи ће својину на предметној непокретности увек када је на неки начин обезбедио своје потраживање према даваоцу, пре осталих стицалаца, јер је на тај начин остварио првенство у намирењу.

Резиме: У недостатку законских решења, судска пракса изнедрила је критеријуме на основу којих се утврђује јаче право стицаоца у случају вишеструке продаје исте непокретности. У раду се разматра да ли су утврђени критеријуми применљиви и на случајеве када је непокретност сукцесивно отуђена уговором о доживотном издржавању и другим правним пословима. Анализирајући сукоб, са једне стране уговора о доживотном издржавању, а са друге уговора о продаји, уговора о поклону и завештања, аутор нарочито апострофира савесност доцнијег прибавиоца, као чињеницу од пресудног утицаја за стицање својине на непокретној ствари. Савесност, у условима који код нас постоје, мора се ценити строжије, те се савесним има сматрати само онај стицалац који се, поред увида у стање у јавним књигама, осведочио и у фактичко стање на

непокретности. Сагледавањем различитих хипотетичких ситуација, у раду се износи став да савестан купац или поклонопримац, који је уписао своје право у јавним књигама, има јаче право од даваоца издржавања, без обзира на то када су уговори закључени. Међутим, уколико упис није извршен, тренутком смрти примаоца савестан давалац постаје власник непокретности. Када се ради о односу уговора о доживотном издржавању и завештања, односно поклону за случај смрти, као правних послова код којих је пренос својине одложен до смрти завештаоца, односно поклонодавца, јачи основ увек ће бити уговор о доживотном издржавању, као теретан правни посао.

Novak Krstić, LL.B.
Teaching Assistant,
Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

**MULTIPLE DISPOSITION OF REAL PROPERTY
ON THE BASIS OF LIFETIME MAINTENANCE
AGREEMENT AND OTHER CONTRACTS**

Summary

Given the absence of relevant legal provisions, the judicial practice (case law) has yielded the criteria for establishing a stronger right of the acquirer in case of a multiple sale of the same real property. In this paper, the author examines whether the established criteria are applicable to cases where the same immovable property is subject to successive disposition on the basis of a lifetime maintenance agreement and other agreements. The author analyzes the conflict between a life maintenance agreement (on the one hand) and a contract of sale, a contract on gift and a will (on the other hand), drawing particular attention to the good faith of the subsequent acquirer which plays a significant role in obtaining title to real property. Given the circumstances in our country, the legal rules on the bona fides principle have to be set forth in much stricter terms; thus, in addition to providing relevant evidence on the status of a real estate in the Land Registry, a bona fides acquirer shall also be obliged to provide evidence of the actual state of affairs on the estate. Upon considering different hypothetical situations, the author of this article elaborates on a viewpoint that a bona fides purchaser or donee, who has entered his property right into the Land Registry, has a stronger right in case of a multiple sale of the same realty as compared to the donor of lifetime maintenance, regardless of the time when the contracts have been concluded. However, in case the real property has not been entered into the Land Registry, the bona fides donor becomes the owner of the real estate at the moment of death of the donee. When it comes to the relationship between a life maintenance agreement and a will or a gift in case of death (donatio mortis causa), where the transfer of property is postponed until the moment of the testator or donor's death, the life maintenance agreement (as an onerous contract) will always have a stronger title in property acquisition.

Key words: disposition of real property, lifetime maintenance agreement, gift, sale, will

ВАЈМАРСКИ УСТАВ

Апстракт: Анализирајући одредбе Вајмарског устава, аутор у првом, претежном делу рада указује на начин организовања и функционисања централних органа власти. Други, знатно сажетији део рада посвећен је грађанским правима и дужностима. Иако начин на који су уређена поменута питања указује на то да се ради о једном од најлибералнијих устава насталих на европском тлу почетком XX века, на може се занемарити чињеница да је једна његова одредба допринела и успостављању тоталитарног режима Адолфа Хитлера.

Кључне речи: Рајх, Рајхстаг, Председник Рајха, Савет Рајха, Влада Рајха.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Доношењу Вајмарског устава предходили су бројни грађански немири који су потресали Њемачку. Избори за уставотворну скупштину одржани су 19. јануара 1919 године.¹ Рад на уставу трајао је пет месеци (6. фебруар – 31. јул), да би коначно ступио на снагу 11. августа 1919. године.²

Вајмарским уставом је уведен републикански облик владавине, а Њемачка је постала федеративно уређена држава. То јасно произилази из чл. 2, у коме се каже да је „*територија Рајха састављена од територија немачких земаља*“. Иначе, у састав Њемачке је улазило седамнаест земаља.³

У вези односа централне и власти федералних јединица, уставом је предвиђено следеће: „*Земље задржавају право законодавне надлежности у*

1 А. Молнар, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi (moderne revolucije: Francuska-Rusija-Nemačka)*, Београд 2002, 378.

2 *Ibid*, 379 (ф.45)

3 Д. Пантић, *Опита правна историја (цивилизације, државе, правни системи и кодификације)*, Српско Сарајево 2003, 209.

оној мери у којој Рајх не користи своје право. Ово право се не примењује не послове који су у искључивој надлежности Рајха.“

У искључивој надлежности Рајха били су: односи са иностранством, колонијални послови, држављанство, слобода кретања, емиграција и миграција, екстрадиција, организација армије, новац, царине, поште, телеграфи и телефони. Дакле, све оно што није сврстано у искључиву надлежност Рајха, било је у надлежности федералних јединица. Са друге стране, уставом је предвиђено да у законодавну надлежност Рајха спадају и кривично право, грађанско право, судски поступак укључујући и извршење казни, режим пасоша и односа према странцима, трговина, осигурање, железнице итд. Међутим, пошто овде није реч о искључивој надлежности Рајха, федералне јединице су могле ова питања да регулишу и сопственим нормативним актима.

С обзиром на услове за његову измену, Вајмарски устав се може сврстати у категорију чврстих устава. Поступак измене устава предвиђен је чланом 76: „Устав се може мењати законодавним путем. Одлуке Рајхстага о измени устава важе само ако на седници којој присуствује две трећине законом одређеног броја чланова гласају за промену најмање двотрећине присутних чланова. Одлуке Савета о промени устава исто тако морају се донети двотрећинском ваћином датих гласова. У случају да се промена устава, на иницијативу народа, подноси на референдум, потребан је пристанак већине уписаних бирача. У случају да Рајхстаг изгласа промену Устава противно ставу Савета Рајха, Председник Рајха не може објавити тај закон ако Савет Рајха затражи референдум у року од две седмице.“

Устав је подељен на два дела. У првом делу, који има 108. чланова, говори се о организацији власти, док су 73. члана другог дела посвећена правима и дужностима грађана.

2. ОРГАНИЗАЦИЈА ВЛАСТИ

Централни органи власти према Вајмарском уставу били су: Рајхстаг, Председник и Влада Рајха.⁴ Такође, уставом је предвиђено постојање и Савета Рајха, као тела у коме би биле представљене федералне јединице.

2.1. Рајхстаг

Према Вајмарском уставу Рајхстаг су чинили посланици немачког народа, бирани по начелу сразмерног представништва, на општим, једнаким, непосредним и тајним изборима. Активно бирачко право имали су сви мушкарци и жене старији од 20 година. Занимљиво је то да је уставом изричито предвиђено да се избори морају одржати недељом или државним празником. Према чл. 21:

⁴ Анализа уставних одредаба је вршена на основу текста устава који је дат у: Lj. Kandić, *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*, Beograd 1988.

„Посланици су представници целокупног народа, одговарају само пред својом савешћу и нису везани никаквим мандатом.“

Рајхстаг се бирао на четири године, а морао се састати први пут најкасније у року од тридесет дана после избора. Иначе, Рајхстаг се састајао сваке године, прве среде у новембру у седишту владе Рајха. Изузетак од овог правила представљао је случај када је председник Рајха или једна трећина чланова Рајхстага захтевала његово сазивање. У том случају, председник Рајхстага био је дужан да га сазове раније.

Уставом је предвиђено и да су седнице Рајхстага јавне. Међутим, постојала је могућност да јавност буде искључена уколико је то захтевало педесет чланова Рајхстага. Одлука по том захтеву се доносила двотрећинском већином гласова. По истеку мандатног периода, новим изборима се морало приступити најкасније у року од шездесет дана.

Рајстаг је бирао свог председника, подпредседнике и секретаре. Председник и подпредседници настављали су да врше своје функције и између два заседања или два мандатна периода. Председник Рајхстага имао је следећа овлашћења:

- на захтев Председника Рајха или једне трећине чланова Рајхстага сазивао је ванредну седницу Рајхстага,

- могао је распустити Рајхстаг, али само једном из истог разлога. Нови избори су се морали одржати најкасније у року од шездесет дана од распуштања.

- одржавао је кућни ред и имао је полицијску власт у зградама Рајхстага,

- одлучивао је о унутрашњим приходима и расходима у складу са буџетом,

- представљао је Рајх у свим судским и спорним стварима његове управе.

Право и обавезу да присуствују седницама Рајхстага (уколико то захтева Рајхстаг или његове комисије) имали су канцелар и министри Рајха. Они су се морали саслушати и изван дневног реда, али су ипак морали да поштују овлашћења која је имао председник Рајхстага у погледу одржавања реда. Одлуке у Рајхстагу су се доносиле простом већином гласова, осим у оним случајевима за које је уставом предвиђено другачије.

Посланици по уставу нису били одговорни ни судски ни дисциплински због датог става или изјаве учињене у вршењу своје функције. У току заседања, против посланика се могла покренути истрага због кривичног дела, а лишен слободе је могао бити само по одобрењу Рајхстага. Такав пристанак је био потребан и за свако друго ограничење личне слободе које би представљало препреку у вршењу функције. Кривични поступак против члана Рајхстага, морао се по захтеву Рајхстага обуставити за време његовог заседања.

Рајхстаг је био законодавни орган. Право на подношење предлога закона имали су влада Рајха и чланови Рајхстага. За подношење предлога закона од стране владе тражила се сагласност Савета Рајха. У случају да те сагласности

није било, влада је ипак могла поднети свој предлог, али је морала да изнесе и став Савета.

Питање објављивања и ступања закона на снагу регулисано је члановима 70. и 71: „Председник Рајха дужан је законе који су изгласани на основу и у складу са Уставом, прогласити и објавити у „Службеном листу Рајха“ у року од месец дана. Ако другачије није одређено, закони Рајха ступају на снагу четрнаестог дана по истеку дана када је „Службени лист Рајха“ изашао из штампе у главном граду Рајха.“ Постојала је могућност да објављивање закона буде одложено за два месеца, уколико је то тражила једна трећина чланова Рајхстага.

У појединим случајевима закон се износио на референдум:

1. ако у року од месец дана Председник тако одлучи,
2. ако једна дванаестина бирача то затражи, а ради се о оним законима чије је објављивање одложено на захтев једне трећине Рајхстага,
3. ако је предлог закона поднет од стране бирачког тела. Наиме, ако једна десетина уписаних бирача поднесе предлог закона, влада је дужна да тај предлог (уз изношење сопственог гледишта) достави Рајхстагу. У случају да Рајхстаг усвоји тај предлог без икаквих измена, он се неће износити на референдум.
4. ако постоји неслагање између Рајхстага и Савета Рајха у погледу усвојеног закона. Тада председник Рајха може у року од три месеца расписати референдум о предмету неслагања. У случају да он не искористи ово своје право, сматра се да закон није ступио на снагу. Међутим, уколико Рајхстаг двотрећинском већином донесе одлуку која је у супротности са ставом Савета, тада је председник дужан да у року од три месеца објави закон онакав какав је усвојен у Рајхстагу или да га изнесе на референдум.

Одлука Рајхстага се могла поништити на референдуму само уколико је већина уписаних бирача узела учешће на њему.

2.2. Председник Рајха

Према чл. 41, председника бира народ. Пасивним бирачким правом је располагао сваки Немац са навршених 35. година старости. Приликом ступања на дужност председник је био дужан да положи заклетву, чији текст је дат у чл. 42. устава: „Заклињем се да ћу своје снаге посветити добру немачког народа, залагати се за његов напредак, отклањати сваку штету од њега, чувати Устав и законе Рајха, савесно вршити своју дужност и бити правичан према свакоме.“ Поред ове, уставом је дозвољено и полагање посебне верске заклетве.

Председник је биран на седам година уз могућност поновног избора. Међутим, уставом није прецизирано колико пута је једно исто лице могло бити бирано на место председника. Постојала је могућност да председник буде опозван и пре истека мандата. Наиме, уколико Рајхстаг двотрећинском већином усвоји одлуку о опозиву председника и та одлука буде потврђена на референдуму, председник престаје да врши своју функцију. Насупрот томе,

уколико би одлука Рајхстага била одбачена на референдуму, долазило је до његовог распуштања. На тај начин је успостављена својеврсна равнотежа у односу између Председника и Рајхстага. Рајхстаг је могао двотрећинском већином да иницира смену председника, али је ризиковао сопствено распуштање за случај да његова одлука не буде подржана од стране народа на референдуму. Дакле, као што је народ бирао председника, у крајњој линији он је могао да одлучује и о његовом останку на том положају. Председник Рајха није могао бити члан Рајхстага.

У надлежности председника била су бројна и значајна овлашћења: представља Рајх у међународним односима, врховни је командант армије, даје помиловања, акредитује и прима посланике, поставља и разрешава службенике Рајха и офицере, уколико законом није другачије предвиђено. Такође, председник је у име Рајха закључивао савезе и друге уговоре са иностраним силама. Уколико је реч о уговорима и савезима који се тичу законодавства, председник је морао имати сагласност Рајхстага.

Свакако најзначајније овлашћење председника предвиђено је чланом 48: *„Ако једна замља не испуњава своје обавезе на основу Устава или закона Рајха, председник Рајха може је на то присилити употребом оружане снаге. Ако су јавна безбедност и ред у немачком Рајху озбиљно поремећени или угрожени, председник Рајха може предузети потребне мере за поновно успостављање једног реда и безбедности, а ако је потребно прибећи и помоћи оружаных снага. У том циљу може привремено обуставити у целини или делом, основна права утврђена члановима 114, 115, 117, 118, 123, 124, 153. Председник Рајха мора одмах упознати Рајхстаг о свим мерама предузетим на основу става 1 и 2 овог члана. Ове мере се морају повући на захтев Рајхстага.“*⁵

Вероватно планиран за употребу само у случају ванредног стања, чл. 48 којим је омогућено председнику да доноси одлуке без сагласности Рајхстага, у пракси је послужио и Адолфу Хитлеру за успостављање сопствене диктатуре.⁶ А. Молнар наводи да је пре доношења Закона о пуномоћју од 23. март 1933, параграф 48. искориштен за доношење 20 уредби.⁷

5 „Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.“ Текст преузет са: www.wikipedia.org (јун 2011)

6 М. Јовић, *О Уставу (теоријско-компаративна студија)*, Београд 1977, 39.

7 А. Molnar, 424. Пожар у Рајхстагу је такође био повод за Хиндербургово прибегавање чл. 48 и потписивање уредбе о пожару у Рајхстагу (*Verordnung des Reichspräsidenten zum*

Када је реч о одговорности председника Рајха, она је регулисана члановима 43, 50, и 59. Првим чланом је предвиђено да *„Председник Рајха не може се кривично гонити без одобрања Рајха“*. Самим тим, кривично правна одговорност председника није била искључена.

Чланом 50. решено је питање политичке одговорности: *„Сва наређења и решења председника Рајха, чак и она о армији, пуноважна су само ако су их премапотписали канцелар Рајха или надлежни министар Рајха. Премапотпис повлачи одговорност.“* Као што можемо видети из наведеног члана, председник је лишен политичке одговорности.

Према чл. 59, Рајхстаг може поднети тужбу против председника, канцелара и министара Рајха због повреде устава или закона Рајха. Предлог о стављању под оптужбу морао је бити потписан од стране најмање стотину чланова Рајхстага, а затим и изгласан већином која се тражила за измену устава.

2.3. Влада Рајха

Владу Рајха су чинили канцелар и министри. Председник је постављао и опозивао канцелара, а на његов предлог и министре. И канцелар и министри морали су уживати поверење Рајхстага. У случају да изгубе то поверење, били су дужни да поднесу оставку. Према мишљењу А. Молнара, управо у овим одредбама се најбоље видело да је уставом направљен компромис између председничког и парламентарног система.⁸

Канцелар председава владом и руководи њеним пословима, а министри управљају пословима ресора на чијем челу се налазе и за њих одговарају пред Рајхстагом. Уколико би председник био спречен да врши своју дужност, њега је у првом реду замењивао канцелар. Своје одлуке влада је доносила већином гласова, а у случају једнаког броја гласова, одлучујући је био глас председника.

Schutz von Volk und Staat). На основу ове уредбе, влада је могла да ускраћује уставна права – право на окупљање, слободно изражавање мишљења, удруживање, неповредивост тајности писама, неповредивост стана и приватне својине.

⁸ „Ова мешавина председничког и парламентарног система у реалности је проузроковала низ нерешивих конфликта између председника Рајха и Рајхстага, чији је крајњи резултат био да су канцелар и влада уживали искључиво поверење председника Рајха и владали без подршке или чак противно вољи Рајхстага... Целу ситуацију је отежавало и практично неограничено овлашћење председника Рајха да распушта Рајхстаг (§25), чиме је у великој мери осујећена контролна функција Рајхстага.“ А. Molnar, 381-382.

2.4. Савет Рајха

Савет Рајха је тело у коме су биле представљене федералне јединице тј. немачке земље.⁹ Када је реч о расподели гласова, у принципу је свака земља имала најмање један глас. Значајнијим земљама давао се по један глас на сваких 700.000 становника. Вишак од 350.000 давао је право на још један глас. Земље су могле послати у Савет онолико представника колико су имале гласова. После сваког општег пописа становништва, Рајхстаг је утврђивао број гласова. Према чл. 63 у Савету Рајха земље су представљали чланови њихових влада.

Влада Рајха је имала обавезу да сазове Савет на захтев једне трећине његових чланова. Чланови владе су имали право, али и дужност уколико се то од њих тражило, да учествују у раду Савета. Такође, они су били дужни да обавештавају Савет о пословима Рајха. Као и у случају Рајхстага, и седнице Савета су биле јавне, али је постојала могућност њеног искључења приликом претресања одређених питања. Одлуке у Савету су се доносиле простом већином гласова.

3. ПРАВА И ДУЖНОСТИ ГРАЂАНА

У другом делу устава прокламована су основна права и дужности грађана. Реч је пре свега о једнакости пред законом (чл. 109), слободи кретања (чл. 111), изражавања мисли (чл.118), окупљања (чл.123), удруживања (чл. 124), неповредивости тајности писма, телеграфа или телефонског разговора (чл. 117) итд. Гарантована је и тајност избора (чл. 125), као и слобода исповедања вере (чл. 135).

Са друге стране, поред права, грађанима се намећу и одређене обавезе. Нпр. дужност прихватања функције која се не награђује (чл.132) или пружања личних услуга држави или општини (чл. 133). Мушкарци и жене су били изједначени у погледу уживања права и обавеза.

Осим ових, класичних грађанских права, Вајмарски устав је садржао и тзв. социјално – економске одредбе.¹⁰ Право својине је загарантовано чланом 153, али је прадвиђено и да „својине обавезује“, те да њено кориштење мора „бити и допринос који се чини општем интересу“.

⁹ Савет Рајха је представљао нови назив за некадашњи Бундесрат. За разлику од овлаштења којима је Бундесрат располагао пре доношења Вајмарског устава (делио је законодавну власт са Рајхстагом, био је надлежан за ревизију устава, решавао је сукобе између појединих федералних држава, ратификовао међународне уговоре, могао је и да распусти Рајхстаг), његов положај је овим уставом у многоме ограничен. А. Vajs, Lj. Kandić, *Opšta istorija države i prava*, Beograd 1989, 283-284.

¹⁰ Д. Пантић, *Опита правна историја (цивилизације, државе, правни системи и кодификације)*, Српско Сарајево 2003, 208. По узору на Вајмарски устав, и Видовдански устав Краљевине СХС је садржао социјално – економске одредбе. Љ. Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Нови Сад 2004, 423.

ЗАКЉУЧАК

Настао у условима револуционарних превирања, Вајмарски устав представља један од најлибералнијих буржоаских устава донетих у Европи почетком XX века. Уводећи републикански облик владавине и федеративно државно уређење, устав је означио и ново поглавље у историји Њемачке државности. Иако је њиме прокламовано низ демократских права и слобода, чл. 48. је омогућио и успостављање тоталитарног режима Адолфа Хитлера.

Sanja Savić, LL.M.

Assistant, Faculty of Law

University of East Sarajevo

WEIMAR CONSTITUTION

Summary

Originated in terms of revolutionary turmoil, the Weimar Constitution is one of the most liberal constitution adopted in Europe in the earli 20th. Introducing a republican form of government and federal system of government, the constitution marked a new chapter in the history of German nationhood. Although it was proclaimed a series of democratic rights and freedoms, article 48 has enabled the establishment of totalitarian regimes of Adolph Hitler.

Key words: *Reich, Reichstag, Reich president, Council of Reich, the Reich Government.*

**ПРИМЕНА ПРИНЦИПА ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ КРОЗ
НАЧЕЛО УЗАЈАМНОГ ПРИЗНАЊА НА ЈЕДИНСТВЕНОМ
ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: УНУТРАШЊЕ ТЕХНИЧКО
ЗАКОНОДАВСТВО И СЛОБОДА КРЕТАЊА РОБЕ**

***Апстракт:** Рад се бави интеракцијом начела узајамног признања и начела пропорционалности у систему права јединственог тржишта Европске уније. Начело узајамног признања предвиђа механизам функционисања јединственог тржишта путем обавезе за државу чланицу да дозволи пуштање у промет одређеног производа пореклом из друге државе чланице у којој је произведен легално, иако се њени прописи по којима је произведен и пуштен у промет разликују од прописа државе у коју се производ увози. Са друге стране, принцип пропорционалности уређује услове под којима држава чланица може одступити од примене принципа узајамног признања.*

***Кључне речи:** слобода кретања робе, принцип пропорционалности, хармонизација прописа, Cassis de Dijon принцип, начело узајамног признања.*

Увод

Слобода кретања робе између држава чланица Европске уније (ЕУ) је један од фундаменталних принципа на којима почива право ЕУ, а који је изражен у члану 34 Уговора о функционисању Европске уније (раније члан 28. Римског уговора од 1957.године) којим се забрањују квантитативна ограничења увоза између држава чланица и све остале мере које имају слично дејство. У прошлости је свака држава чланица доносила и примењивала сопствено техничко законодавство за индустријске производе. Због тога је хармонизација постојећих техничких стандарда и прописа у свакој држави чланици од есенцијалног значаја за елиминисање великог броја препрека за одвијање слободног кретања робе унутар ЕУ.

У унутрашњој трговини између земаља чланица Уније принцип узајамног признања има за циљ да обезбеди да производ који је легално произведен и стављен у промет у једној држави чланици по њеним прописима, без законских препрека може бити стављен у промет у другој држави чланици, иако се њени технички прописи разликују и евентуално захтевају другачије услове за стављање производа у промет.

Принцип узајамног признања се развио кроз праксу Суда правде Европских заједница, који је својим одлукама и мишљењима успоставио основне тачке и полазне критеријуме у оцењивању оправданости рестрикционих мера држава чланица приликом примене унутрашњег техничког законодавства у односу на производе или услуге из других чланица.

Један од основних критеријума које је Суд оцењивао је критеријум пропорционалности. У складу са овим критеријумом мера која се примењује мора за свој циљ имати заштиту интереса који има већу друштвену вредност од интереса слободне трговине, мора бити погодна за заштиту препознатог интереса и не сме бити већег интензитета од оног који је неопходан да би се циљ мере постигао. Такође, мера не сме бити арбитрарна и не сме да представља прикривено ограничење трговине у циљу заштите економских интереса.

На почетку рада се говори о појму принципа узајамног признања и пропорционалности у контексту права унутрашњег тржишта ЕУ. Затим следи детаљнији преглед праксе Суда правде Европских заједница која је до формалног отелотворења принципа узајамног признања кроз секундарно законодавство ЕУ била главни основ позивања на овај принцип. На крају следе кратке напомене о Регулативи која је пре неколико година ступила на снагу, а која овај принцип уздиже на ниво законског правила у систему права ЕУ.

1. Појам и природа принципа узајамног признања и принципа пропорционалности

Предуслов правилног функционисања јединственог тржишта ЕУ су одређени механизми који то омогућавају. Један од најважнијих механизма функционисања јединственог тржишта је усаглашавање, односно хармонизација прописа. То се чини на тај начин што државе чланице уносе у своје законодавство европске правне тековине (*aquis communautaire*) у облику директива којима се уређују бројне области од значаја за кретање робе, услуга, људи и капитала. Принцип узајамног признања је један од механизма функционисања тржишта Уније у оним случајевима када се ради о областима техничког законодавства за које не постоје хармонизовани прописи и који су остали у домену националног законодавства.

Техничко законодавство своју важност црпи из идеје да производи који су понуђени на тржишту морају испуњавати одређене техничке захтеве (пра-

вила која се односе на ознаку, облик, величину, тежину, састав, презентацију, етикетање, паковање и сл.), како у првом реду не би били опасни за њихове кориснике/потрошаче, а онда и за друга лица¹. За случајеве који нису регулисани усаглашеним законским прописима примењује се принцип узајамног признања, који подразумева да, уколико се производ легално производи и продаје у једној земљи ЕУ, и преостале земље морају омогућити његово слободно кретање на својим тржиштима.

Овај принцип омогућава поштовање начела супсидијарности избегавањем стварања детаљних правила на нивоу ЕУ. Принцип узајамног признања се чини много прихватљивијим и ефикаснијим од потпуне и свеобухватне хармонизације прописа. Према изворима из Европске комисије, 25% индустријских производа којима се тргује унутар ЕУ није обухваћено хармонизованим прописима². Тиме се осигурава веће поштовање локалне, регионалне и националне традиције и омогућава да се одржи разноликост производа и услуга. Стога је он постао прагматично и моћно средство трговинске и економске интеграције у јединствено тржиште ЕУ³.

Принцип пропорционалности, схваћен као средство балансирања између начела слободе трговине и сувереног права држава чланица да регулаторним мерама остварују различите јавноправне интересе, прихваћен је као релевантан правни стандард у међународној трговини. Иако се примењује као важан принцип у међународној трговини, он се не везује само за ову област. Принцип пропорционалности је већ дуже време признат као принцип који се поштује и на ширем плану међународних односа.

Пропорционалност у ужем смислу огледа се у његовом значају за просуђивање и евалуацију односа између економских интереса (слободна трговина), са једне, и других јавноправних интереса (заштита животне средине, јавног здравља, радноправних прописа), са друге стране. У овом значењу, начело пропорционалности је суштински критеријум за утврђивање приоритета конкурентних правнополитичких интереса и циљева⁴.

У ширем смислу, пропорционалност је одраз идеје да између средства и циља мора постојати разумни однос. У остваривању одређених легитимних јавних интереса, држава не може ограничити слободну трговину у већем сте-

1 Александар Ћирић, *Међународно трговинско право*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2010, стр. 423.

2 European Commission (14.02.2007): “*Commission Staff Working Document. Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in another Member State and repealing Decision 3052/95/EC*”.

3 Александар Ћирић, *op.cit.*, стр. 423.

4 Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2010, стр. 154.

пену него што је то неопходно. У том смислу тест пропорционалности има двостепену структуру⁵:

1) први степен је испитивање подобности (е. “*suitability*”) регулаторне мере државе да се њоме остваре легитимни јавноправни циљеви;

2) други степен је разматрање питања неопходности (е. «*necessity*») предузимања управо такве мере, односно испитивање могућности да се легитимни јавноправни циљеви остваре мерама и активностима које су мање штетне за трговинску активност.

Дакле, и принцип узајамног признања и принцип пропорционалности спадају, сваки на свој начин, у базичне принципе и механизме на којима почива начело слободног кретања робе на јединственом тржишту ЕУ. Поред свог одвојеног значаја, они се нужно преплићу у својој непосредној примени. До овога долази управо у случају када држава чланица сматра да има право да одступи од принципа узајамног признања зарад заштите неког јавног интереса. Тада несумњиво долази до примене принципа пропорционалности, од којег држава чланица не може ни у ком случају да одступи, јер је тај принцип замишљен као коректив и «последња брана» интереса и слобода заједничког тржишта од евентуалних ограничавајућих мера држава чланица.

2. Начело слободног кретања робе, допуштени изузеци и принцип пропорционалности на јединственом унутрашњем тржишту

Члан 34 Уговора о функционисању Европске уније (Лисабонски уговор)⁶ представља општу одредбу која предвиђа слободно кретање робе унутар свих земаља чланица ЕУ. Пре Лисабонског уговора идентичну одредбу је садржао и Римски уговор од 1957. године (Оснивачки уговор Европске економске заједнице), најпре у члану 28, а затим у одредбама различитих енумерација након измена Уговора које су следиле. Ова одредба гласи:

„Квантитативна ограничења на увоз и све мере са еквивалентним дејством забрањене су између држава чланица“.

Јединствено унутрашње тржиште представља територију без унутрашњих граница и где је слободан промет робе обезбеђен Оснивачким уговором који забрањује све мере које имају ограничавајуће дејство на увоз у квантитативном смислу. Ова забрана се односи на све унутрашње мере које имају потенцијал да ограниче, директно или индиректно, стварно или потенцијално, слободу кретања робе на унутрашњем тржишту.

⁵ Ibid, стр. 157.

⁶ *Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU, The Treaty of Lisbon)*. Ступио на снагу 2009. године. Овај Уговор је 2007. године заменио Уговор о оснивању Европске заједнице (Римски уговор од 1957. године)

Међутим, члан 36 Лисабонског уговора, допушта одређене изузетке од правила које предвиђа члан 34. Ови „Допуштени изузеци“ из члана 36 конституишу принцип пропорционалности у смислу баланса између интереса слободне трговине и одређених јавних интереса који су у тој одредби набројани. Члан 36 у првој реченици гласи:

« Одредбе члана 34 и 35 не забрањују забрану или друге видове рестрикције увоза, извоза или транзита робе, на основу оправдане заштите јавног морала, јавног поретка и јавне безбедности; заштите живота и здравља људи, животиња и биљака; заштите националног уметничког, историјског и археолошког блага; или заштите индустријске и приватне својине».

Међутим, друга реченица члана 36 успоставља принцип пропорционалности у смислу дејства и интензитета мере:

«Такве забране или рестрикције, се међутим, неће примењивати на арбитран и дискриминаторски начин, и неће представљати прикривену рестрикцију трговине између држава чланица».

Ову одредбу, додуше у другачијој еnumerацији, садржао је и Римски уговор од 1957. године, а задржала се и током свих измена Римског уговора.

Примењујући сопствену техничку регулативу у односу на производе из других држава чланица, органи државе чланице у коју се такви производи увозе могу доћи у прилику да прекрше одредбе Уговора, чак и ако се та правила примењују без изузетка на све производе, како домаћег, тако и иностраног порекла.

Принцип узајамног признања, који је изнедрила пракса Суда правде, је један од механизма којим се осигурава слободно кретање робе у оквиру јединственог унутрашњег тржишта. Овај принцип се примењује на производе који нису предмет хармонизације техничких прописа и стандарда које одређени производ мора да испуни. У складу са овим принципом, држава чланица не може да забрани на својој територији продају производа који је легално произведен у другој држави чланици, чак и у случају када је такав производ произведен у складу са техничким прописима који се разликују од оних који важе у чланици где се прозвод увози. Једини допуштени изузеци од овог принципа предвиђени су у члану 36 Уговора, а који се односе на заштиту одређених јавних интереса. Међутим, мере које се предузимају на основу допуштених изузетака морају бити пропорционалне циљу који се њима жели постићи (друга реченица члана 36), о чему ће надаље бити речи.

3. Развој принципа узајамног признања кроз праксу Суда правде Европских заједница

Обзиром да принцип узајамног признања није експлицитно навођен у оснивачким уговорима, он је прецизиран у одлукама Суда правде Европских заједница (у даљем тексту: Суд) приликом тумачења одредбе Римског уговора

(у даљем тексту: Уговор) о допуштеним изузецима. Наиме, у неколико важних одлука приликом оцењивања усаглашености примене унутрашњих техничких прописа на производ из друге државе чланице са поменутом одредбом Уговора, Суд је установио начело узајамног признања и регулисао примену допуштених изузетака од тог начела. Један од најважнијих принципа којим се Суд руководио том приликом је принцип пропорционалности.

3.1. *Cassis de Dijon* принцип

Иако је у још у случају *Dassonville* из 1977. године⁷ Суд наговестио успостављање овог принципа, принцип узајамног признања први пут је недвосмислено признат у чувеној одлуци *Cassis de Dijon* из 1979. године⁸. Поред тога, мера коју је држава чланица предузела била је од стране суда подвргнута тесту пропорционалности.

Власти Савезне Републике Немачке су забраниле увоз француског ликера *Cassis-de-Dijon* из разлога што је састав ликера чинило 20% алкохола, што није било у складу са домаћим прописима који су захтевали да таква врста алкохолног пића садржи најмање 32% алкохола. Ово подручје регулативе није било обухваћено хармонизацијом националних прописа, и у одсуству хармонизације, свака држава чланица је била слободна да регулише производњу, рекламирање и продају алкохолних пића на својој територији.

Као оправдање за забрану увоза ликера, власти СР Немачке изложиле су аргумент заштите здравља људи и позвале се на тадашњи члан 30. Уговора који је регулисао допуштене изузетке. Наиме, тврђено је како је смисао прописивања минимума количине алкохола заштита здравља људи, обзиром да је научно установљено да је на пића са малом количином алкохола знатно већа толеранција, а самим тим и опасност од већег и учесталијег конзумирања, него на пића са већим садржајем алкохола.

Суд је нашао да је заштита интереса здравља људи легитимна и да представља допуштени изузетак од примене начела слободног кретања робе (и да је у том делу у складу са одредбом о допуштеним изузецима), али је са друге стране закључио да је потпуна забрана увоза производа непропорционална наведеном циљу, односно да није у складу са другом реченицом одредбе која гласи „Такве забране или рестрикције, се међутим, неће примењивати на арбитраран и дискриминаторски начин, и неће представљати прикривену рестрикцију трговине између држава чланица». Мера је легитимна једино уколико је неопходна и подобна да се њоме постигне циљ заштите јавног интереса и не сме бити већег интензитета од оног који је потребан да би се такав интетрес заштитио. Мера потпуне забране увоза, по мишљењу Суда није неопходна да

⁷ Case 8/74 (*Dassonville*), 11.07.1977.

⁸ Case 120/78 (*Cassis-de-Dijon*), 20.02.1979.

би се постигао циљ заштите здравља људи. У овом случају Суд је сматрао да би мера обавезног означавања о колични алкохола и упозорење о повећаној толеранцији на свакој боци била довољна за постизање циља, а самим тим и пропорционална.

У овом случају Суд је, тумачећи одредбе Римског уговора које предвиђају слободно кретање робе, успоставио принцип према коме су власти једне државе чланице у обавези да се уздрже од подвргавања увезеног производа националним техничким прописима и стандардима, уколико је такав производ легално произведен по прописима и стандардима земље порекла. Држава чланица може да одступи од овакве обавезе једино уколико се ради о заштити одређеног јавног интереса од оних који су таксативно наведени у тадашњем члану 30 Уговора, а означени су као „допуштени изузеци“. Међутим и у том случају мера се мора подвргнути тесту пропорционалности (друга реченица одредбе).

3.2. Примена принципа узајамног признања и начела пропорционалности у односу на процедуре претходног одобрења

Процедура претходног одобрења представља административну процедуру давања *ex ante* одобрења од стране власти неке државе чланице као услова да се одређени производ нађе на домаћем тржишту. Дакле, да би дошло до увоза неког производа, неопходна је претходна дозвола власти земље увознице, а на основу пријаве и захтева заинтересованог лица.

Суд је у неколико својих одлука поновио свој став да овакве процедуре представљају ограничење слободне трговине и да су супротне начелима Уговора, а посебно начелу узајамног признања. Ипак, такве процедуре могу бити оправдане уколико се њима штите одређени јавни интереси и уколико се подвргну тесту пропорционалности.

Тако је у случају „*Canal Satélite Digital SL*”⁹ Суд упутио мишљење у којем је таксативно навео услове под којима се процедуре *ex ante* одобрења могу сматрати легитимним, односно под којима се такве процедуре могу сматрати сагласним са принципом пропорционалности.

Суд је заузео став да национално законодавство које предвиђа процедуру претходног одобрења представља препреку како за слободу кретања робе, тако и за слободу кретања услуга, а то представљају фундаменталне слободе на којима почива јединствено унутрашње тржиште. Због тога, да би примена таквих процедура била оправдана, њихов циљ мора бити искључиво заштита јавних интереса које препознају одредбе оснивачких уговора и морају бити у складу са принципом пропорционалности. Поред тога, такве процедуре морају бити адекватне за постизање циља заштите одређеног јавног интереса и не

⁹ Case C-390/99 (*Canal Satélite Digital SL*), 22.01.2002.

смеју по свом интензитету да иду изнад нивоа који је неопходан да би се циљ заштите постигао.

Поред овог начелног мишљења, Суд је прецизно набројао услове који приликом примене процедуре *ex ante* одобрења морају бити испуњени да би се би се примена такве процедуре сматрала пропорционалном:

1) процедура претходног одобрења мора бити заснована на објективним, недискриминаторним критеријумима који су унапред познати и не сме омогућити органима надлежним за давање одобрења да поступају на арбитраран и дискрециони начин;

2) мера коју држава чланица предузима се неће сматрати неопходном уколико суштински дупликује контролу која је већ била спроведена, било у тој држави чланици, било у другој држави чланици;

3) процедура претходног одобрења сматраће се неопходном само уколико би накнадна (*ex post*) контрола била неблаговремена и неефикасна за постизање легитимног циља;

4) процедура претходног одобрења не сме трајати дуго и изазивати непотребне и непропорционалне трошкове за привредне субјекте.

У случајевима који су следили Суд је потврдио своју позицију у вези примене принципа пропорционалности и принципа узајамног признања у случају процедура претходног одобрења.

У случају тужбе Европске комисије против Португала¹⁰, предмет спора је била примена домаћих прописа који су предвиђали обавезу прибављања претходног позитивног мишљења Националне лабораторије Министарства јавних послова о употреби грађевинског материјала са недовољним званичним спецификацијама и са недовољним практичним искуством у употреби. Са друге стране, члан 4 Директиве 89/106/ЕЕС од 1988. године¹¹ наводи да, уколико не постоје хармонизована техничка правила и спецификације, држава чланица треба да сматра да је производ погодан за употребу уколико задовољава основне захтеве и уколико носи СЕ ознаку (Conformity European)¹². Члан 16 Директиве предвиђа да у случају непостојања услова из члана 4, власти државе дестинације производа ће сматрати да је производ у складу са унутрашњим техничким

10 Case C-432/03 (*Commission v Portuguese Republic*) 10.11.2005.

11 Council Directive of 21 December 1988 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to construction products.

12 Предност “СЕ” ознаке је у томе што она представља неку врсту “трговинског пасоша за производ” за ЕУ тржиште. Она садржи: назив или идентификациони знак произвођача; идентификационе карактеристике самог производа; симбол организације која је, евентуално, била укључена у надзор, као и број атеста, уколико постоји. Производима са ознаком “СЕ” је омогућено слободно кретање на јединственом тржишту, на коме земље чланице немају право забране његовог промета, осим уколико не постоји кршење одредби директива, или уколико постоји ризик који директиве не предвиђају (*наведено у: Александар Тирић, op.cit. стр. 409.*).

прописима уколико су у држави порекла у односу на производ спроведена испитивања која би била еквивалентна испитивањима у држави дестинације. Међутим, власти Португала су подвргле својим прописима и испитивању ради одобрења за употребу водоводне системе увезене из Италије, у којој је претходно већ била спроведена контрола тих система.

Португал је у своју одбрану изнео аргумент да систем претходне контроле и одобрења у односу на употребу и подобност водоводног система не успоставља веће рестрикције у трговини између Португала и других држава чланица, и да се безбедност грађевинског објекта не може гарантовати без контроле водоводног система у грађевинском објекту.

Суд је изнео становиште да је Директива 89/106 донета са циљем да елиминира трговинске препреке и да обезбеди слободан промет грађевинског материјала унутар Заједнице. Директива предвиђа да држава чланица може подврћи претходној контроли одређени грађевински материјал пре уласка на њено тржиште једино у одсуству хармонизованих прописа за такав материјал. Али у том случају се не смеју кршити одредбе Уговора, односно такве контроле и одобрења не смеју превазилазити интензитет који је неопходан да би се постигао циљ на основу допуштених изузетака. У овом случају се радило о примени контроле која је већ спроведена у држави порекла, а према ставу Суда изнетог претходно у случају *Canal Satélite Digital SL* то представља кршење принципа пропорционалности, јер се ради о дуплој контроли.

Међутим, има случајева и када је Суд уважавао аргументе заштите јавног здравља и оцењивао да су процедуре претходне контроле и одобрења пропорционалне остварењу овог интереса.

У случају "*Nicolas Schreiber*"¹³, Суд је разматрао легалност италијанских прописа у погледу обавезног претходног одобрења на увоз биоцидалних производа, у време када стандарди у односу на те производе нису били у потпуности хармонизовани. У конкретном случају се радило о увозу кедровине из Немачке.

Николас Шрајбер, против кога је у Италији покренут кривични поступак због пропуштања пријаве ради процедуре претходног одобрења, бранио се аргументом да кедровина коју је увезао садржи само „основне супстанце“ у складу са Директивом 98/8¹⁴ о биоцидалним производима, и да је у складу са том Директивом пуштање таквих производа на тржиште било које државе чланице слободно, односно да одобрење власти није неопходно.

Суд је оределио став да се кедровина мора сматрати биоцидалним производом у складу са Директивом 98/8, а такви производи се сматрају ризичним за здравље људи, животиња и околине и да систем претходне контроле и одобрења има за циљ да заштити интерес јавног здравља и да је у том смислу та процедура

13 C-443/02 (*Nicolas Schreiber*) 15.07. 2004.

14 Directive 98/8 of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 concerning the placing of biocidal products on the market.

пропорционална циљу. Суд је даље установио да, иако је у Немачкој као земљи порекла увезене кедровине дозвољено стављање у промет таквих производа без претходног одобрења, чињеница да нека друга чланица прописује строже услове за тако нешто, не може се сматрати непропорционалном мером. Међутим, таква мера је по својој природи у супротности са одредбом Уговора која забрањује било каква квантитативна ограничења и мере са еквивалентним дејством, јер несумњиво представља препреку за слободан проток робе. Ипак, с обзиром да се ради о легитимном циљу заштите јавног здравља, и да не постоји мера заштите са слабијим интензитетом од претходног одобрења са којом би се постигао исти циљ, Суд је нашао да примена ове процедуре од стране италијанских власти није непропорционална.

3.3. Процена ризика и терет доказивања

Много година након одлуке у случају *Cassis de Dijon*, Суд је нашао још више разлога и аргумената да развије принципе узајамног признања и пропорционалности. Заштита јавног здравља се појављивала као један од главних разлога на који су се државе чланице позивале приликом примене административних мера које имају ограничавајуће дејство на трговину. Међутим, током решавања случајева Суд је установио обавезан захтев детаљне процене ризика по јавно здравље од стране власти државе чланице, и то у сваком конкретном случају, као и обавезу државе да докаже постојање таквог ризика. На тај начин, Суд је желео да предупреди предузимање рестрикционих мера на основу површних и неоправданих претпоставки и у недостаку јаких доказа.

У случају тужбе Комисије против Француске¹⁵, тужена није оспорила да њено национално законодавство има потенцијал да отежа трговину између држава чланица, али је са друге стране тврдила да су мере које се на основу тих прописа примењују оправдане јер за циљ имају заштиту јавног здравља и потрошача, што одрбе Уговора дозвољавају. Такође, Француска је тврдила да мере нису непропорционалне јер нема изричитих одредби комунитарног права које предвиђају узајамно признање прописа о адидивима који се додају прехранбеним производима намењених тржишту. Француска национална лабораторија је изнела мишљење да додавање адидива Л-тартрата и Л – карнитина прехранбеним производима штети здрављу људи због изостанка хранљивих и корисних материја.

Суд је заузео став да у вршењу свог дискреционог права заштите јавног здравља, држава чланица мора да поступа у складу са принципом пропорционалности. Држава може легитимно предузети оно што је заиста неопходно да се обезбеди очување јавног здравља или обезбеди заштита потрошача. Али конкретне мере које предузима морају да буду сразмерне циљу и мора се дока-

¹⁵ Case C-24/00 (*Commission v. France*) 05.02.2004.

зати да на располагању нису биле мере које су мање рестриктивне по слободну трговину унутар Заједнице. Међутим, по ставу Суда, допуштени изузеци се морају стриктно тумачити и власти државе чланице су у обавези да докажу у сваком конкретном случају, у околностима националних прехранбених навика и у светлу резултата међународних научних истраживања, да постоји стваран ризик по јавно здравље.

Забрана дистрибуције прехранбених производа са додатим адидивима у питању мора бити заснована на детаљној процени ризика од стране органа државе чланице. Одлука о забрани продаје прехранбених производа који су легално произведени и пуштени у промет у другој држави чланици, представља најрестриктивнију препреку за слободну трговину и може бити уведена само ако постоји реалан ризик за јавно здравље. Такав реалан ризик треба да се темељи на основу најновијих научних података доступних на дан доношења такве одлуке. У таквом контексту, предмет процене ризика од стране државе чланице је степен вероватноће штетног утицаја на здравље људи одређених хранљивих материја у намирницама и озбиљност тих потенцијалних ефеката.

Међутим, врло је велика вероватноћа да у одређеним случајевима не постоје прецизни научни подаци о постојању стварног ризика по здравље људи. У таквим околностима, мора се прихватити да државе чланице могу, у складу са принципом предострожности¹⁶, предузети заштитне мере без чврстих научних доказа о постојању и озбиљности тих ризика. Међутим, процена ризика не може бити заснована на чисто хипотетичким разматрањима. Суд је закључио да француске власти нису испоштовале минимум захтева који се очекују приликом примене принципа предострожности.

У једном другом случају, где се у контексту заштите јавног здравља оцењивао критеријум прехранбених потреба и навика становништва, Суд је заузео слично становиште, и поновио неопходност поштовања принципа пропорционалности.

Ради се о пресуди поводом тужбе Комисије против Краљевине Данске¹⁷, где је предмет спора била административна процедура коју су спроводили државни органи, а која је онемогућавала уношење на данско тржиште прехранбених производа који не одговарају прехранбеним сколоностима данске популације. У том тренутку нису постојали хармонизовани прописи који су уређивали услове под којима састојци попут витамина и минерала могу бити додати прехранбеним производима.

¹⁶ Принцип предострожности је такође један од важних принципа у међународној трговини, а који допушта одступање од преузетих обавеза забране ограничења трговине, уколико држава процени да има индиција које указују на постојање озбиљног ризика по неки јавни интерес. У том случају држава може и у недостатку довољних и научно утемељених доказа привремено предузети заштитне мере у циљу отклањања претпостављеног ризика.

¹⁷ Case C-192/01 (*Commission v. Denmark*) 23.09.2003.

Власти Краљевине Данске нису оспоравале ограничавајући ефекат примене својих прописа на прехранбене производе из других држава чланица на слободу трговине, али су се позвале на допуштене изузетке из Уговора.

Међутим, према ставу Суда у том случају, критеријум прехранбених сколности популације може утицати на детаљнију процену ризика одређених намирница по јавно здравље, али се никако не може искључиво тај критеријум сам по себи користити у коначној процени постојања ризика и као оправдање потпуне забране увоза производа из друге чланице.

Према томе, Суд је кроз праксу решавања спорова детаљно прецизирао примену допуштених изузетака у случају одступања од принципа узајамног признања. Држава, са једне стране, мора да докаже постојање стварног ризика како би оправдала одступање од својих обавеза, а са друге стране, примена ограничавајућих мера мора бити пропорционална циљу заштите јавног интереса.

4. Регулатива ЕУ 764/2008 о узајамном признању

Одлуке Суда у вези примене принципа узајамног признања и са њим у вези принципа пропорционалности биле су довољан основ да се ово питање уреди и путем секундарног законодавства Уније. Наиме, данас се примена овог принципа не заснива само на одлукама Суда, већ од недавно и на [Регулативи ЕУ 764/2008](#), која додатно разрађује ову материју. Регулатива је усвојена 2008. године, а ступила је на снагу маја 2009. године¹⁸. Основ за доношење Регулативе су претходне одлуке Суда, а пре свега чувена одлука у случају *Cassis de Dijon*.

Регулатива предвиђа да принцип међусобног признања гарантује слободно кретање роба и услуга без потребе за усаглашавањем националних законодавстава. Роби, која се легално производи у једној држави чланице, не може бити забрањен промет на територији друге државе чланице, чак и ако се производни и технички поступци њене израде, па и квалитет, разликују од оних примењених на домаћи производ исте врсте¹⁹.

Регулатива предвиђа обавезу државе да поштује стриктне услове у погледу времена и доказа уколико њене власти имају намеру да забране увоз производа или да наложе произвођачу измену састава производа као услов за улазак на тржиште²⁰. Једини изузетак је дозвољен превасходно ради заштите

18 „Regulation (EC) No 764/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in another Member State and repealing Decision No 3052/95/EC.

19 Александар Ћирић, *op.cit.* стр. 423.

20 Надлежни органи државе чланице су дужни да компанији која би била погођена забраном увоза, обезбеде рок од 20 дана да се изјасни о намераваној забрани. Након изјашњавања, органи државе имају рок од 20 дана да размотре изјашњавање компаније и да донесу одлуку. Уколико власти овај рок пропусте, по Регулативи се сматра да је донета позитивна одлука о пуштању производа у промет (Члан 6.1 и 6.2. Регулативе)

општег интереса, као што су здравље, заштита потрошача или заштита животне средине (члан 36. Уговора). Међутим, исто као и пракса Суда, и Регулатива у том случају обавезује државу да докаже на основу «техничких и научних чињеница» постојање ризика по одређени јавни интерес.

Доношењем Регулативе принцип узајамног признања се учврстио као један од принципа на коме почива функционисање унутрашњег тржишта, и добио је своје формалноправно утемељење, с обзиром да се донете Регулативе примењују директно у свим држава чланицама и након њеног ступања на снагу очекује се да ће се број спорова у вези примене овог принципа смањити.

Резиме

Члан 34 Уговора о функционисању Европске уније забрањује квантитативна ограничења увоза између држава чланица и све остале мере које имају слично дејство. Са друге стране члан 36 Уговора дозвољава одступање од ове забране уколико се нађу испуњени стриктно прописани услови који се означавају термином „дозвољени изузеци“. Ради се о интересима који се сматрају по друштвену заједницу важнијим од интереса слободног кретања робе. Међутим, приликом примене рестрикционих мера у том смислу мора се поштовати принцип пропорционалности – мера која се примењује не сме имати дејство које је супротно циљу који се жели постићи, не сме бити већег интензитета од оног који је довољан да се циљ постигне и не сме представљати прикривено ограничење трговине. У одсуству хармонизације техничких прописа, од стране држава чланица могу бити успостављене препреке слободном кретању робе, путем примене техничких прописа у односу на промет производа које је легално произведен у другој чланици. Принцип узајамног признања обезбеђује слободно кретање робе и услуга без потребе за хармонизацијом националних техничких законодавстава.

Закључак

На основу свега што је наведено, може се закључити да ова два принципа, а посебно принцип узајамног признања, дају велики допринос у развоју и интеграцији тржишта земаља Европске уније, које се по много чему препознаје као јединствени облик економске интеграције у свету. Ови принципи су веома значајни механизми функционисања унутрашњег тржишта ЕУ, који се у својој примени преплићу и допуњују.

Принцип узајамног признања има значај за суштинско и фактичко остварење темељног начела слободног кретања робе на територији јединственог тржишта ЕУ. Он спречава могућност да државе чланице, користећи околност нехармонизованих техничких прописа, уведу рестрикционе мере услед

несагласности са њиховим техничким законодавством и тако прекрше основне одредбе Оснивачког уговора.

Ипак, Уговор предвиђа допуштене изузетке у виду заштите одређених јавних интереса, услед чега држава чланица има право да одступи од забране примене рестрикционих трговинских мера. У том случају до изражаја долази принцип пропорционалности. Уколико се државе чланице позову на неки од допуштених изузетака које предвиђа Уговор, оне меру морају спроводити на начин да се њоме не ограничава трговина у већем степену него што је то неопходно да би се заштитио јавни интерес.

Од чувеног случаја *Cassis-de-Dijon*, принцип узајамног признања се развијао кроз праксу Суда правде Европских заједница и има за циљ да обезбеди да производ који је легално произведен и стављен у промет у једној држави чланице по њеним прописима, без законских препрека може бити стављен у промет у другој држави чланице, иако се њени њени технички прописи разликују и евентуално захтевају другачије услове за стављање производа у промет.

Став Суда правде изражен у пракси решавања спорова је недавно добио и званично утемељење путем секундарне легислативе ЕУ, доношењем Регулative 764/08 која прописује обавезу узајамног признања.

Са друге стране принцип пропорционалности у међународним трговинским односима се развијао не само у оквиру права ЕУ, већ и на ширем плану уређивања међународне трговине, али и међународних односа у ширем смислу. У контексту проблема којим се овај рад бави, принцип пропорционалности има улогу да спречи злоупотребу легитимног коришћења ограничавајућих мера на основу допуштених изузетака. Наиме, позивајући се на допуштене изузетке, држава чланица може и одступити од поштовања принципа узајамног признања, али притом не сме злоупотребљавати то своје право и ограничавати слободну трговину да би заштитила економске интересе. У том смислу се принцип пропорционалности може тумачити као инструмент који надомешта принцип узајамног признања путем кориговања случајева одступања од њега.

Uroš Zdravković, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

Applying the Proportionality Principle through the Principle of Mutual Recognition on the Common European Market: The Internal Technical Legislation and the Free Movement of Goods

Summary

The subject matter of this paper is the interaction between the principle of mutual recognition and the principle of proportionality in the legal system of the common European market. The principle of mutual recognition envisages a mechanism for the operation of the common market which obliges a member state to allow the circulation of goods and placement of a legally manufactured product from another member state on the (internal) market even though the regulations of the export state (on the production and circulation of a specific product) may differ from the regulations of the import state. On the other hand, the principle of proportionality lays down the conditions under which a member state may diverge from the application of the principle of mutual recognition.

Article 34 of the Treaty on the Functioning of the European Union explicitly prohibits any quantitative limitations on imports between member states and all other restrictive measures having equivalent effect. On the other hand, Article 36 of this Treaty makes allowances for an exemption from this prohibition in case of meeting the strictly prescribed requirements, which are termed as “admissible exceptions”. This term implies public interests which are considered to be more important for the community than the interest regarding the free movement of goods. Yet, the principle of proportionality must be observed in applying these restrictive measures; it means that the restrictive measure which is being applied may not have an effect which is contrary to the desired objective, it may not exceed the intensity which is sufficient for achieving the desired goal, and it may not imply a disguised restriction on trade. Due to the insufficient harmonization of technical regulations, member states may establish trade barriers to the free movement of goods by means of applying technical regulations on the circulation of a product which is legally manufactured in another member state. The principle of mutual recognition provides for the free movement of goods and services without the need for the harmonization of the national technical legislations.

Key words: free movement of goods, proportionality principle, harmonization of regulations, Cassis de Dijon principle, principle of mutual recognition

ПРАВНИ РЕЖИМ ИНВЕСТИЦИЈА У СЕКТОРУ ЕНЕРГЕТИКЕ У СРБИЈИ

***Апстракт:** Нови концепт инвестиционог законодавства Републике Србије, довео је до настанка енергетске заједнице са циљем стварања и омогућавања ефикасног функционисања заједничког енергетског тржишта. У том циљу, започета је хармонизација прописа у области енергетике по угледу на *acquis communautaire*. Поштујући опште усвојена основна и специфична начела инвестиционог права, која применом у сектору енергетике добијају посебну садржину, инвестиционо законодавство РС најављује и примену нових од којих се истиче начело заштите "gas-ring" концепта. Новине: 1) увођење принципа комплетног менаџмента инвестиција, и 2) деконцентрација правних правила на деконцентрационе области, треба да олакшају процес хармонизације прописа, и да енергетско тржиште Србије учине атрактивнијим за нове инвестиције*

***Кључне речи:** енергетска заједница, инвестиције, "gas-ring" концепт*

1. Увод

Концепцијски нови правни режим¹ за инвестиције у области енергетике, Србија је међународној заједници најавила још 1991. године (тада у саставу СФРЈ²). Потписивањем Повеље о енергији Србија је изразила јасну намеру

1 Према мишљењу проф. Белија (Andrei V. Belyi) термин режим је позајмљен из теорије међународних односа. Стефан Краснер (Stephen Krasner) у свом чланку: "**Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables**", (1982) International Organization Vol. 36, No. 2, International Regimes (Spring, 1982), pp. 185-205, сматра да је режим заправо "приближавање очекивања актера у међународним односима". Наведено према: Andrei V. Belyi, "**Reciprocity as a factor of the energy investment regimes in the EU–Russia energy relations**", Journal of World Energy Law & Business, 2009, Vol. 2, No. 2, стр.117-128, 117

2 Србија је у саставу заједнице Србија и Црна Гора потписала Повељу 2001, а након раздвајања поново као држава Република Србија 2008. године. Хрватска је Повељи приступила 1993. године, Македонија 1996, и Босна 1995.

да истраје на примени основних принципа Повеље³, односно да ради на: (1) заштити и унапређењу страних улагања у области енергетике (применом принципа националног третмана и најповлашћеније нације⁴); (2) промоцији принципа слободне трговине енергетским материјалима, производима и опремом по основу правила СТО; (3) уређивању слободе транзита енергије преко цевовода и мреже који пролазе кроз територију држава уговорница; (4) утврђивању смањења негативних утицаја енергетског циклуса кроз побољшање енергетске ефикасности; (5) утврђивању механизма за решавање спорова⁵. Међутим, политичка нестабилност која ја трајала на Балкану током деведестих, довела је до ерозије међусобних односа суседних земаља, што је учинило да приступање Повељи за те државе има претежно декларативни значај, односно да се њихова међусобна сарадња у области енергетике сведе на минимум⁶.

Петнаестак година касније, тенденција уласка у ЕУ подстиче жеље земаља Западног Балкана за остваривањем ближе међусобне сарадње у свим областима, а посебно у стратешки важним, каква је и област енергетике. Ова идеја конкретизована је склапањем Уговора о оснивању енергетске заједнице⁷, чијом ратификацијом су се државе обавезале да циљеве и принципе из Уговора, и шире, циљеве и принципе *acquis communautaire* ЕУ⁸, инкорпорирају у своје законодавство.

3 Више о томе у: Предраг Цветковић, “Повеља о енергији као правни оквир инвестирања у сектор енергетике земаља Западног Балкана”, Друштвена истраживања. – Зеница : Правни факултет, 2008. – Бр. 2 (2007), стр. 65-75

4 Ове инструменте препознајемо и у ГАТТ-у, односно праву СТО

5 Konoplyanik, Andrei; Wälde, Thomas; “Energy Charter Treaty and its Role in International Energy”, Journal Of Energy & Natural Resources Law, Vol 24 No 4 2006, стр.523-558, 529

6 Стога је можда и разумљиво што Скупштина РС још увек није ратификовала Повељу о енергији (Energy Charter Treaty)

7 Ступио на снагу у јулу 2006. године. Република Србија је ратификовала Уговор 2006. године Законом о ратификацији Уговора о оснивању енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене мисије Уједињених Нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета Безбедности Уједињених Нација („Сл. Гласник РС“ бр. 62/2006).

8 О процесу хармонизације прописа енергетског сектора виде више у: Срђан Голубовић, Предраг Цветковић, **Хармонизација регулаторног оквира енергетског сектора земаља Западног Балкана**, Балкан у процесу евроинтеграције : структурне промене и култура мира. – Ниш : Филозофски факултет, 2007. – Стр. 29-54

Велике енергетске кризе 2006⁹. и 2008/9¹⁰. године, углавном погодивши земље ЕУ и Западног Балкана, су у још већој мери истакле значај енергетског питања. Системско решавање регионалног енергетског питања најавио је председник Европске комисије, Жозе Мануел Баросо¹¹, на конференцији за штампу 2009. године¹² којом приликом је изјавио: “Наш циљ овде је да утврдимо заједничке обавезе које се тичу наших вредности, интереса, заједничких проблема, у свим областима сарадње, и које ће поштовати и примењивати обе стране. Недавна гасна криза између Русије и Украјине показује да би нови споразум требало да утврди снажна правила о енергетској сигурности, и очекујемо, увидевши да Русија дели исте идеје, међународни споразум у тој области.”¹³

Дугорочно гледано, неопходно је створити правно уређени, стабилни и опште прихваћени систем, који би довео до трансфера тражње са лимитираних и необновљивих ка обновљивим изворима енергије. У прелазном периоду трајања трансфера, потребно је обезбедити сигурност и уједначеност снабдевања

9 У марту 2005. године, настао је спор у вези са ценом природног гаса коју би Русија требало испоручује Украјини у 2006. Украјина је пристајала на повећање цене али је уједно тражила и повећање цене услуге транзита по кубном метру гаса који прође кроз њену територију, као и плаћање транзитне таксе у новцу а не разменом, односно у количинама гаса. Спор је достигао свој врхунац 1. јануара 2006. године, када је Русија прекинула доток гаса Украјини. 4.ог јануара, договор је постигнут и деловало је да је гасна криза завршена. Склопљен је споразум о испоруци гаса у наредних 5 година, с тим што је договор о цени имао важност од свега 6 месеци. Више у: Jonathan Stern, “**The Russian-Ukrainian gas crisis of January 2006**”, Oil, Gas and Energy Law Journal, Vol. IV, Issue br.1, 2006. стр.1-17

10 Други по реду неспоразум у оквиру тзв. “гасне кризе” настао је у октобру 2007. године. Русија је тражила исплату заосталих дугова Украјине за 2007. и први квартал 2008. године. Украјина је прихватила да плати за 2007. годину, али не и остало, тврдећи да све што је потрошила јесте плаћено и да количине које Русија приказује није потрошила. Русија је као одговор на то смањила испоруке гаса за 25%. Врло брзо, привремени договор је био постигнут и Русија је повећала своје испоруке. Надаље, цела 2008. година обележена је преговорима двеју земаља. Украјина је прихватила да измири своје обавезе за 2008. годину, али није договорена цена за 2009. 1. јануара 2009. године Русија је потпуно обуставила испоруке гаса Украјини. Земље ЕУ, али и суседне земље, првенствено земље Западног Балкана услед малих смештајних капацитета и непостојања већих резерви, осетиле су тежак удар. Више у: Simon Pirani, Jonathan Stern, Katja Yafimava, “**The Russo-Ukrainian Gas Dispute of January 2009: a comprehensive assessment**”, Oxford Institute for Energy Studies, February 2009. стр. 3-65

11 José Manuel Barroso, **Председник Европске комисије почевши од 23.11.2004. године**

12 Конференција са премијером Русије, Владимиром Путином, одржана у Москви 06.02.2009. године

13 Превод аутора: “Our aim here is to elaborate binding commitments that reflect our values, our interests, our common concerns in all areas of cooperation, and that are respected and implemented by both parties. The recent gas crisis between Russia and Ukraine shows that the new agreement should enshrine robust rules on energy security, and we are also looking at the same ideas put forward by Russia regarding a possible international agreement on energy security.” Извор: <http://premier.gov.ru/eng/events/pressconferences/3331/> на дан: 14.04.2010. године

приступачним енергентима свих релевантних тржишта. Овакав амбициозни подухват је могуће остварити великим инвестиционим улагањима и то не само на територији једне државе.

У овом раду, указаћемо на поједине опште правне институте инвестиционог права у области енергетике и даћемо кратак преглед кључних решења прописа РС који тангирају ову материју, а који за циљ имају стварање правног оквира који би потенцијалним инвеститорима пружио сигурност и утврдио опште прихватљива правила понашања.

2. Правни извори и начела инвестиционог законодавства у области енергетике у Србији

2.1. Правни извори

Правна начела инвестиционог законодавства у области енергетике у Србији црпе своју правну снагу из ратификованих међународних докумената и из одредаба националних прописа. Основни међународни правни документ ратификован од стране Скупштине РС, који уређују предметну материју јесте Уговор о оснивању енергетске заједнице¹⁴. Државе уговорнице су се обавезале да у циљу унапређења сигурности снабдевања јединственог регулаторног простора обезбеђивањем стабилног правног оквира неопходног за регион, у коме се могу развити везе са каспијским, северноафричким и блискоисточним резервама гаса и експлоатисати домаће резерве природног гаса, угља и хидроенергетски потенцијал развијају конкуренцију ширих размера на тржишту гаса и електричне енергије. Иако је примарни циљ установљење јединственог регулаторног простора за трговину гасом и електричном енергијом, индиректно, одредбе Уговора се односе на унапређење читавог енергетског сектора, укључујући и друге енергенте са ограничењем обавезног и константног побољшања стања животне средине. Уговор посебно инсистира на унапређењу енергетске ефикасности и на коришћењу обновљивих извора енергије.¹⁵ Идентична настојања видимо и у Закону о енергетици¹⁶. У намери да покаже озбиљност у области привлачења инвестиција, законодавац је обавезао првенствено надлежно министарство, али и целу Владу РС да далује у циљу повећања инвестиција у сектору енергетике

14 Op.cit.

15 Погледати преамбулу Уговора, Op.cit.

16 ("Сл. гласник РС" бр.57/2011)

(у складу са Стратегијом развоја¹⁷ и Програмом њеног остваривања¹⁸), и да о напретку на том пољу сачињава и презентује годишњи извештај¹⁹.

Извор права, који стављамо на прво место када су у питању страна улагања у Србији јесте Закон о страним улагањима²⁰ са подзаконским актима. Дајући опште гаранције инвеститорима не улази у конкретизацију могућих инвестиционих послова. Посебном предношћу усвојених решења може се сматрати могућност да се евентуални спорови могу решити пред неком од арбитража чије седиште није у РС²¹, што је у сагласности са одредбама Повеље о енергији²², коју Скупштина РС још увек није ратификовала.

Осим самог предмета регулација, на поједине прописе нас упућују и важећи извори права. Тако нас на Закон о концесијама, упућују члан 6. и члан 27. Закона о енергетици. Њиме се гарантују "права утврђена законом, уговором о концесији и уговором о финансирању пројекта, а страним лицима и права утврђена међународним уговорима о подстицању и заштити страних инвестиција које су закључили Савезна Република Југославија или Република Србија."²³ Веома је важно да системски закони за поједине области које нису директно везани за сектор енергетике, какав је Закон о планирању и изградњи²⁴, на пример, не садрже одредбе које су у колизији са одредбама прописа који се баве искључиво материјом из енергетске области. Оно што је такође веома уочљиво јесте да сви наведени прописи упућују на право и обавезу заштите животне средине, чиме се инвеститору јасно ставља до знања да ће потенцијална инвестиција морати да прође ригорозне захтеве по питању заштите земље, воде и ваздуха.

С обзиром да наше право није прихватило концепт искључивог специјалног законодавства²⁵, неоправдано би било таксативно набрајати све прописе који регулишу материју из области инвестиција, стога ћемо се трудити да у делу

17 Видети део 2. тачку 2.2. Одлуке о утврђивању стратегије развоја енергетике РС до 2015. године (»Сл. гласник РС«, бр.44/2005)

18 Видети тачку 3.3.3.7. Уредбе о утврђивању програма остваривања стратегије развоја енергетике Републике Србије до 2015. године за период од 2007. до 2012. године (»Сл. гласник РС«, бр. 17/2007, 73/2007, 99/2009 и 27/2010)

19 Видети: члан 7, 12, 52, и 159. Закона о енергетици *Op.cit.*

20 («Сл. лист СРЈ», бр. 3/2002 и 5/2003 и «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 – Уставна повеља)

21 *Ibidem*, чл.17.

22 Видети члан 26.ст.3. Повеље о енергији *Op.cit.*

23 Видети члан 33.ст.1. («Sl. glasnik RS», бр. 55/2003)

24 («Сл. гласник РС», бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС и 24/2011)

25 О системима националних законодавстава у области страних инвестиција више видети у: Александар Љ. Ђирић, Радомир Ђуровић; **“Међународно трговинско право – посебни део”**, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005. стр.322-323

овога рада који се бави карактеристикама законских решења споменемо и друге изворе које сматрамо најзначајним за уређење ове материје.

На послетку, као изворе права споменућемо и одлуке извршних власти поготово на нивоу локалних самоуправа којима се уређују услови и обезбеђује инфраструктура за нове инвестиције какви су на пример просторни планови, одлуке о утврђивању накнаде, односно ослобађању накнаде за коришћење грађевинског земљишта у циљу изградње енергетских индустријских постројења, и сл.

2.2. Начела

Осим основних правних начела који важе у међународном инвестиционом праву, а које је делом или у потпуности прихватило и право Републике Србије (начело правичног и једнаког третмана, начело заштите и сигурности, начело недискриминације, начело минималног третмана (објективна начела); начело најповлашћеније нације, начело националног третмана, начело повољнијег третмана (субјективна начела)²⁶), инвестиционе норме у области енергетике РС карактеришу и посебна начела, која се могу јавити и у другим областима, али која у области енергетике имају посебну садржину. Овом приликом навешћемо два таква начела која сматрамо круцијалним: начело проширења *acquis communautaire* и начело троструког обавезивања.

Начело проширења *acquis communautaire* подразумева обавезу државе да спроведе имплементацију релевантног *acquis communautaire* о енергетици, заштити животне средине, конкуренцији и обновљивим изворима енергије. Циљ је успостављање посебног регулаторног оквира који ће омогућити ефикасно функционисање заједничког енергетског тржишта земаља Европске уније и земаља Западног Балкана, укључујући и стварање јединственог механизма прекограничног преноса и/или транспорта енергије. Стварање енергетског тржишта без унутрашњих граница, укључујући координацију узајамне помоћи у случају озбиљних поремећаја у енергетским мрежама или спољних поремећаја, а које може обухватити и формирање заједничке спољне трговинске политике у енергетици.

Следеће специфично начело јесте начело троструког обавезивања које је општег карактера али ограниченог дејства. Ограниченог је дејства јер делује искључиво према државама чланицама енергетске заједнице. Општи карактер овог начела произилази из предмета обавезивања. Прво, примена овог начела подразумева обавезу државе да предузме све одговарајуће мере, било опште било појединачне, којима ће се обезбедити испуњење обавеза које произилазе из Уговора о оснивању енергетске заједнице. Друго, утврђена је и обавеза државе да омогући испуњење задатака Енергетске заједнице. И треће, одлука да се прихвати обавеза уздржавања од било каквих мера које би могле да угрозе

26 Ibidem стр.337-338

остварење циљева енергетске заједнице је донета самовољно и без притисака међународне заједнице.

Овом списку специфичних начела придружиће се и друга након развоја заједничког енергетског тржишта. Ту пре свега мислимо на начело апсолутне супремације заједничке инфраструктуре или скраћено, начело заштите "gas-ring" концепта²⁷, чији се прихват очекује у скорој будућности. Наиме, ово начело подразумева обавезивање државе да у случају истовремене угрожености енергетске мреже (услед природних непогода, терористичких напада, хаварија и сл), која користи искључиво за снабдевање домаћег тржишта и енергетске мреже која служи за снабдевање тржишта енергетске заједнице а уједно и домаћег тржишта предност у заштити има ова друга. Ово начело произилази из подељене одговорности за одржавање заједничких система без обзира на територији које земље уговорнице се налази.

3. Основне карактеристике усвојених решења

Поред општег режима који важи за улагаче на основу Закона о страним улагањима и Закона о девизном пословању²⁸, као основних закона за уређење права и обавеза страних улагача, инвестиције у области енергетике носе одређене специфичности, односно посебне карактеристике, те се поред општих норми инвестиционог законодавства, на односе настале поводом инвестиција у области енергетике примењују посебна правила.

Прва карактеристика произилази из односа државе према предмету инвестиције. С обзиром да се ради о стратешки важној области, држава има посебан интерес да планира, организује, прати и контролише инвестиције у тој области. Планови су средњерочни или дугорочни, зависно од усвојеног модела пројектовања кретања односа у вези са материјом која је у питању. Програм организације је увек краткорочан са пројекцијом до 5 година. Тако је Скупштина РС Одлуком о утврђивању стратегије развоја енергетике РС до 2015. године²⁹, "препоручила" Влади РС да сагласно Закону о енергетици усвоји основне циљеве нове енергетске политике, утврди приоритетне правце развоја у енергетским секторима и одобри програм доношења одговарајућих инструмената, којим се омогућује реализација кључних приоритета у раду, пословању и развоју целине енергетског система (у секторима производње и потрошње енергије) Србије. Основна премиса при избору циљева, утврђивању приоритета и одговарајућих инструмената, заснована је на политичком опредељењу земље за рационално усклађивање развоја енергетике са привредно-економским развојем земље и

27 Видети више у: *The Future of the Natural Gas Market in Southeast Europe*, World Bank Publications, 2010 - Business & Economics, стр.149.

28 («Сл. гласник РС», бр. 62/2006 и 31/2011)

29 («Сл. гласник РС», бр.44/2005)

њеном укључивању у европске интеграције. Ради остваривања промовисаних циљева енергетске политике и реализације приоритетних праваца стратегије, Одлуком се предлаже и динамика доношења одговарајућих инструмената, како би све укупне промене у енергетским делатностима биле остварене у сагласности са одговарајућим политичким, социо-економским, енергетским и еколошким опредељењима земље³⁰. Својим Програмом, РС је одредила и приоритете инвестирања у оквиру своје енергетске политике³¹. Програмом се обезбеђује услови на основу којих ће се вршити праћење и контрола инвестиција, коју Република Србија врши индиректно и то праћењем и контролом ефеката инвестиције у погледу: сигурности снабдевања тржишта енергентима (пре свега гасом и електричном енергијом), заштите животне средине, коришћења обновљивих извора енергије, енергетске ефикасности, и др.

Праћење и контролу инвестиције држава може да врши и директно и то на два начина. Прво, држава се може одлучити за примену система накнадне контроле, што подразумева да право за експлоатацију, односно коришћење природног богатства, добара у општој употреби и/или за обављање делатности од општег интереса, држава уступити концесионару уз накнаду и овластити инвеститора да по прибављеном одобрењу изгради, искоришћава и трансферише (В.О.Т. - Build operate and transfer) одређени објекат, постројење или погон, као и објекте инфраструктуре и комуникација у складу са законом³². Директна контрола проистиче из последице евентуалног раскида концесионог уговора, односно одузимања концесије, у ком случају би инвеститор био лишен права својине на објектима који су изграђени ради обављања концесионе делатности као и на уређајима, постројењима и другим средствима која су у функцији обављања концесионе делатности и то пре уговореног престанка концесионог предузећа³³, што није у његовом интересу јер може довести у питање исплативост извршене инвестиције. Разлоге на које држава може да се позове законодавац је дефинисао у виду опште форме³⁴ чиме је оставио велика овлашћења извршној власти управо у циљу обезбеђивања реалних инструмената за контролу стратешки важне инвестиције. Држава увек може прихватити

30 Видети преамбулу Одлуке, Ibidem

31 Видети Увод Уредбе о утврђивању програма остваривања стратегије развоја енергетике Републике Србије до 2015. године за период од 2007. до 2012. године, Op.cit.

32 Видети члан 5. Закона о страним улагањима, Op.cit.

33 Видети члан 42. Закона о концесијама, Op.cit.

34 Концесиони однос може престати одузимањем концесије актом који доноси концедент, у случају да концесионар не обавља концесиону делатност дуже од годину дана, не извршава уговором преузете обавезе, из разлога јавне безбедности, као и у случају да се обављањем концесионе делатности угрожава животна средина и здравље људи, а мере предвиђене посебним прописима нису довољне да се то спречи, на начин и под условима утврђеним уговором. Видети члан 41. Ibidem

принцип реалног праћења и контроле инвестиција. Овај концепт подразумева заједничке пословне подухвате државе, односно привредних друштава у јавној својини и страних инвеститора. У прилог успешности овог концепта у блиској будућности иду и решења новог Закона о јавној својини³⁵ који је на јасан и прецизан начин дао основе за дефинисање облика својине стратешких објеката из области енергетике као добара од општег интереса односно добара у општој употреби са посебним истицањем дистрибутивних мрежа³⁶, за разлику од претходно важећих Закона о средствима у својини Републике Србије³⁷ и Закона о имовини Савезне Републике Југославије.³⁸

Веома важна карактеристика тренутно важећих нормативних решења у домену инвестиција у области енергетике јесте деконцентрација правних правила с обзиром на стратегијом развоја и ратификованим међународним документима утврђене задатке и циљеве. У праву РС издваја се пет таквих деконцентрационих области: 1) прописи у вези стварања енергетске инфраструктуре, односно, стабилног регулаторног и тржишног оквира способног да привуче инвестиције у гасне мреже, производњу електричне енергије и преносне и дистрибутивне мреже; 2) прописи у вези заштите животне средине; 3) прописи у вези привлачења инвестиција у енергетска постројења која користе обновљиве изворе енергије; 4) прописи који гарантују отвореност тржишта сходно начелима права конкуренције; 5) прописи који гарантују слободу трговине и транзита енергетских ресурса. Немогуће је направити јасну границу између ових области и разврстати прописе на тај начин да представљају само једну а не више наведених подручја. Ипак, ради целисходнијег излагања материје, решења појединих прописа ћемо надале образлагати с обзиром на претежно опредељење материје коју садрже.

Дакле, стварање инфраструктуре подразумева поштовање било општих било посебних техничких прописа и стандарда за изградњу објеката. Правни основ из кога се црпе правила за изградњу објеката јесте Закон о планирању и изградњи РС³⁹. Сходно одредбама закона, потенцијалним инвеститорима на располагању стоје подаци Централног регистра планских докумената, који су у електронском облику доступни путем итнернета. Овакво законско решење наводи на помисао да је претрага локације за изградњу релативно лак процес, који се може завршити у кратком временском периоду. Ипак у пракси, то је један од најтежих задатака инвеститора. Наиме, саставни делови планских докумената јесу правила уређења, правила грађења и графички део. Правила

35 ("Сл.гласник РС" бр.72/2011)

36 Видети члан 10. и 11. Ibidem

37 («Службени гласник РС», бр. 53/95, 3/96 - исправка, 54/96, 32/97 и 101/05 - др. закон)

38 («Службени лист СРЈ», бр. 41/93, 50/93 - др. закон, 24/94 - др. закон, 28/96 - др. закон, 30/96 и 30/00 - УС)

39 (Сл.гласник РС бр.72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС и 24/2011)

уређења садрже правила усмеравајућег карактерта за даљу планску разраду и за инвеститора су од мање важности у односу на правила грађења, из којих инвеститор може сазнати врсту и намену објеката који се могу градити у појединачним зонама под условима утврђеним планским документом, односно врсту и намену објеката чија је изградња забрањена у тим зонама; затим услове за парцелацију, препарцелацију и формирање грађевинске парцеле, као и минималну и максималну површину грађевинске парцеле; положај објеката у односу на регулацију и у односу на границе грађевинске парцеле; највећи дозвољени индекс заузетости или изграђености грађевинске парцеле; највећу дозвољену висину или спратност објеката; услове за изградњу других објеката на истој грађевинској парцели; као и услове и начин обезбеђивања приступа парцели и простора за паркирање возила⁴⁰. С обзиром да се правила грађења утврђују према месним приликама, да би се инвеститор детаљно упознао са свим важећим условима на више локација са територије Републике Србије, мора да изврши детаљне анализе за које су понекад потребни месеци. Законска могућност да се сагласно месним приликама решења из правила о грађењу разликују, негативно утичу на одлуку инвеститора да се већ на самом почетку одлучи за улагање. Инвеститор је изложен и додатним трошковима. Орган надлежан за издавање локацијске дозволе издаће заинтересованом инвеститору, у року од 8 дана од дана подношења захтева, информацију о локацији која садржи податке о могућностима и ограничењима градње на катастарској парцели, на основу планског документа. Уз захтев за издавање информације о локацији подноси се копија плана парцеле коју издаје надлежна служба Републичког геодетског завода. За рад управних ограна инвеститор је дужан да плати припадајуће таксе. То значи да је осим велике количине утрошеног времена, инвеститор принуђен да сноси трошкове да би добио информацију где и под којим условима може да инвестира. Сматрамо да су нове инвестиције позитивна појава коју треба да гаји свако друштво, и да сви морају да се потруде да све информације потенцијалним инвеститорима буду дате брзо и наравно, бесплатно.

Осим процедуре за добијање грађевинске дозволе, инвеститор ће морати да иницира поступак за добијање енергетске лиценце и енергетске дозволе како би могао да се бави енергетском делатношћу. "Енергетска дозвола за објекте за пренос и дистрибуцију електричне енергије напона 110 kV и више може се издати само енергетском субјекту који има лиценцу за обављање делатности преноса електричне енергије и управљања преносним системом, односно дистрибуције електричне енергије и управљања дистрибутивним системом"⁴¹. Лиценца за обављање енергетске делатности није неопходна за обављање енергетских делатности релативно мањег економског значаја, односно ако се обавља

40 Члан 31. Закона о планирању и изградњи, *Op.cit.*

41 Видети члан 27. Закона о енергетици ("Сл.гласник РС" бр.57/2011)

искључиво за своје потребе. Све делатности за које није неопходно добити лиценцу су таксативно наведене у закону⁴². Примера ради није неопходно имати лиценцу за производњу електричне енергије у објектима укупне одобрене снаге прикључка до 1 MW, производњу електричне енергије искључиво за сопствене потребе, производња биогорива до 1000т годишње, производњу биогорива за сопствене потребе, и сл.

На доношење одлуке о инвестиционим улагањима у сектор енергетике у Србији од круцијалне важности су планирани развој стандардизације у области заштите животне средине. Акционим планом за спровођење националне стратегије одрживог развоја за период од 2011. до 2017. године константовано је да Република Србија није велики емитер гасова са «ефектом стаклене баште», али да постоје значајне могућности да се ограничавањем емисија остваре користи које би се огледале не само у привлачењу значајних страних инвестиција по основу примене флексибилних механизма из Кјото протокола⁴³ већ би се тако смањила увозна зависност и ублажила спољнотрговинска неравнотежа. Приоритет је замена фосилних горива горивима из обновљивих извора, која су неутрална са аспекта емисија гасова са «ефектом стаклене баште». Држава такође очекује и подржава инвестиције у области пречишћавања отпадних вода и прераде чврстог отпада али услед висине потребних улагања, не може пројектовати прецизнију слику брзине остваривања постављених циљних вредности показатеља напретка у тим областима до 2017. године⁴⁴. Законом о заштити животне средине⁴⁵ држава обавезује инвеститоре да у обављању своје делатности обезбеде: рационално коришћење природних богатстава, урачунавање трошкова заштите животне средине у оквиру инвестиционих и производних трошкова, примену прописа, односно предузимање мера заштите животне средине, у складу са законом⁴⁶. Контролу обављања делатности држава врши претходно (издавањем дозвола) и накнадно (контролисањем рада и евентуалним утврђивањем прекршајне одговорности). Тако је, примера ради, за изградњу енергетског постројења које се бави производњом електричне и топлотне енергије из отпадних материја неопходно прибавити и дозволу за сакупљање, транспорт, складиштење, третман, односно одлагање отпада, у зависности од врсте третмана отпада у оквиру делатности којима инвеститор

42 Видети члан 20. Ibidem

43 Скупштина Републике Србије је Законом о потврђивању Кјото протокола уз Оквирну Конвенцију Уједињених Нација о промени климе («Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 88/2007 и 38/2009 - др. закон) ратификовала Кјото протокол (Kyoto Protocol)

44 Видети наслов II Закључка о усвајању акционог плана за спровођење националне стратегије одрживог развоја за период од 2011. до 2017. године («Сл. гласник РС», бр. 62/2011)

45 («Сл.гласник РС» бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон и 43/2011 - одлука УС)

46 Видети члан 5. Ibidem

жели да се бави⁴⁷. Уколико је за такву врсту производње неопходно посебно коришћење воде, неопходна је и водна дозвола⁴⁸, која је и предуслов за добијање употребне дозволе за објекат⁴⁹. На послетку, инвеститору је за започињање обављања делатности неопходна и посебна дозвола за рад коју издаје орган надлежан за послове заштите животне средине у форми решења⁵⁰. Појава обавезивања потенцијалног инвеститора да прибави велики број одобрења и сагласности, од различитих органа управе, у теорији се назива “улична бирократија”⁵¹, односно “улични бирократизам”, и сигурно не иде у прилог степену повољности инвестиционе климе.

Посебан интерес за привлачење инвестиција у енергетском сектору, Република Србија изражава у делу експлоатације обновљивих извора енергије. Стога је у циљу олакшавања упознавања прописа у тој области, за потребе инвеститора, објавила званичну листу прописа релевантних за инвестиције у области енергетике које су у вези са директним коришћењем биомасе и других обновљивих извора енергије (ОИЕ)⁵². Уједно, на листи се налазе и прописи општег карактера који су релевантни и за инвестиције у другим областима у енергетском сектору.

Водећи пропис у области инвестиција везаних за коришћење ОИЕ јесте Уредба о мерама подстицаја за производњу електричне енергије коришћењем ОИЕ и комбинованом производњом електричне и топлотне енергије⁵³, којом се утврђују повластице, односно мере подстицаја инвеститорима са статусом повлашћеног произвођача. Повлашћени произвођач јесте произвођач који обавља делатност производње електричне енергије и који је актом надлежног органа стекао статус повлашћеног произвођача. Такав статус могу да стекну произвођачи који: 1) у процесу производње електричне енергије користе обновљиве изворе енергије или сепарисану фракцију комуналног отпада; 2) производе електричну енергију у електранама, које се у смислу закона којим се уређује област енергетике сматрају малим електранама; 3) истовремено

47 Видети члан 59. Закона о управљању отпадом (“Сл.гласник РС”, бр.36/2009 и 88/2010)

48 Ако се посебно коришћење вода врши по основу концесије онда право коришћења мора бити и у складу са уговором којим се уређује концесија. Видети члан 68. Закона о водама (“Сл.гласник РС” бр.30/2010)

49 Члан 127. *Ibidem*

50 Видети члан 56. Закона о заштити ваздуха (“Сл.гласник РС” бр.36/2009)

51 Michael Lipsky, “Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services”, Russell Sage Foundation, 2010 - Political Science, стр.3

52 Прилог бр.3. Закључка о усвајању акционог плана за биомасу од 2010. до 2012. године (“Сл.гласник РС” бр.56/2010)

53 (“Сл.гласник РС” 99/2009)

производе електричну и топлотну енергију, под условом да испуњавају критеријуме у погледу енергетске ефикасности⁵⁴.

Мере подстицаја које се гарантују повлашћеним произвођачима, обухватају откупне цене одређене према врсти електране у којој се производи електрична енергија коришћењем обновљивих извора енергије и према инсталисаној снази. С обзиром на врсту електране, прави се разлика између хидроелектрана, електрана на биомасу, електрана на биогаз, електрана на депонијски гас и гас из постројења за третман комуналних отпадних вода, електрана на ветар, електрана на енергију сунчевог зрачења, електрана на геотермалну енергију, електрана са комбинованом производњом на фосилна горива, електрана на отпад, и електрана са комбинованом производњом на природни гас. Свим повлашћеним произвођачима гарантује се откупна цена изражена у евро центима по киловат сату.

Инсталисана снага није меродавни критеријум искључиво за одређивање цене, већ и за извесна ограничења. Наиме, право на мере подстицаја за електричну енергију произведену у електранама које користе неакумулирану сунчеву енергију ограничава се на укупно инсталисану снагу у тим електранама до 5 MW, док је ограничење за електричну енергију произведену у електранама које користе ветар до 450 MW⁵⁵. На овај начин, држава не само да је предодредила своју наклоност према инвестицијама у области обновљивих извора енергије, већ је директно указала на облик и снагу електрана чији развој сматра приоритетним.

Приликом оцене инвестиционе климе, од изузетне је важности и степен отворености тржишта, односно количина примењених стандарда у домену права конкуренције на енергетском тржишту. Законом о енергетици, дато је овлашћење Влади РС да на предлог надлежног министарства, ствара услове за инвестирање у енергетски сектор Републике Србије и подстиче конкуренцију засновану на транспарентности и недискриминацији. Сам законодавац је, у циљу заштите конкуренције на тржишту, посебну пажњу посветио раздвајању оператора система и његовој независности⁵⁶. Наиме, оператор система који је део вертикално или хоризонтално интегрисаног предузећа⁵⁷, мора бити независан у

54 Видети члан 2. Уредбе о условима за стицање статуса повлашћеног произвођача електричне енергије и критеријумима за оцену испуњености тих услова («Сл. гласник РС», бр. 72/2009)

55 Видети члан 5. Уредбе о мерама подстицаја за производњу електричне енергије коришћењем ОИЕ и комбинованом производњом електричне и топлотне енергије, Оп.сit.

56 Оператор система је генерички назив за оператора преносног система електричне енергије, оператора дистрибутивног система електричне енергије, оператора транспортног система природног гаса, оператора дистрибутивног система природног гаса и оператора складишта природног гаса. Више видети у члану 2. Закона о енергетици, Оп.сit.

57 Израз предузеће је преузет из законског текста, и на основу закона не може се закључити да се ради искључиво о јавним предузећима јер приликом давања дефиниција

погледу правне форме, организације и доношења одлука од осталих активности које се не односе на управљање преносним, транспортним или дистрибутивном системом, односно складиштем природног гаса при чему се власништво над средствима преносног, транспортног или дистрибутивног система не мора одвојити од вертикално интегрисаног предузећа. Независност оператора система остварују се одвајањем органа управљања. Тако лица овлашћена за руковођење оператором система не могу учествовати у органима руковођења вертикално или хоризонтално интегрисаног предузећа, који су одговорни директно или индиректно за свакодневни рад у делатности производње, снабдевања и других оператора система. Надаље, лица надлежна за рад оператора система морају имати права и ефикасна средства за доношење одлука, независно од интегрисаног предузећа. Законом је такође утврђено да оператор система самостално одлучује о средствима потребним за управљање, одржавање и развој система, независно од вертикално интегрисаног предузећа⁵⁸. Није дозвољено међусобно субвенционисање субјеката који се баве делатностима чије су цене регулисане и оних субјеката који се баве делатностима чије су цене слободне, као и субвенционисање огранака унутар истог субјекта, ради омогућавања конкуренције и избегавања дискриминације корисника или група корисника система, било да се ради о вертикално или хоризонтално интегрисаном предузећу. Циљ гарантовања конкуренције на тржишту јесте достизање нивоа слободне трговине и слободног протока (транзита) енергије и енергената. Једини услов који законодавац намеће трговини и транзиту енергената јесте добијање лиценце за обављање енергетске делатности, о чему је већ било речи. Лиценцу издаје Агенција за енергетику која је регулаторно тело основано у циљу унапређивања и усмеравања развоја тржишта електричне енергије и природног гаса на принципима недискриминације и ефикасне конкуренције, кроз стварање стабилног регулаторног оквира, и за обављање других послова утврђених законом. Агенција је самостални правни субјект, функционално независан од било ког државног органа, као и од свих организација и лица који се баве енергетским делатностима⁵⁹. Оваквим решењем инвеститорима се шаље јасна порука да остваривост њихове инвестиције неће зависити од политичке воље појединаца, већ од стручног мишљења експерата.

Приступ систему је загарантован. Оператор система, као и енергетски субјект који обавља делатност транспорта нафте нафтоводима или транспорта деривата нафте продуктоводима је дужан да омогући корисницима система приступ систему по регулисаним ценама на принципу јавности и недискриминације. Приступ доводним гасоводима омогућава се на принципу

вертикално, односно хоризонтално повезаним предузећима, законодавац упућује на сва правна лица као могући облик организовања. Ibidem

58 Видети члан 15. Ibidem

59 Видети члан 36. Ibidem

јавности и недискриминације и није регулисан⁶⁰. Такође, транзит нафте уређен је на истим принципима, али за разлику од приступа систему који контролише оператор система, односно други енергетски субјект, јесте регулисан од стране Агенције. Енергетски субјект који обавља делатност транспорта нафте нафтоводом односно транспорт деривата нафте продуктоводом дужан је да омогући транзит нафте нафтоводом или транзит деривата нафте продуктоводом на принципу регулисаног приступа, недискриминације и јавности уз поштовање закључених међудржавних конвенција или уговора. Изузетно он може одбити приступ систему по захтеву за транзит нафте нафтоводима или транзит деривата нафте продуктоводом ако постоје техничко-технолошка ограничења, ако су капацитети нафтовода или продуктовода попуњени, или због преузетих уговорних обавеза и потрошње нафте или деривата нафте од стране купаца на територији Републике Србије⁶¹.

4. Закључак

Иако није ратификовала Повељу о енергији, Република Србија се укључила у активно стварање заједничког тржишта, додуше ограниченог круга земаља. Основ за такво настојање јесте стварање енергетске заједнице између Земаља ЕУ и земаља Западног Балкана.

Хармонизујући законска решења у области инвестиција у сектору енергетике са правом ЕУ, Република Србија поштује основна субјективна и објективна начела која познаје право страних инвестиција, али и специфична која применом у сектору енергетике добијају посебну садржину.

Усвојена законска решења су карактеристична по: 1) увођењу својеврсног принципа комплетног менаџмента инвестиција (држава планира, организује, прати и контролише инвестиције у области енергетике), и 2) деконцентрацији правних правила на деконцентрационе области, с обзиром на стратегијом развоја и ратификованим међународним документима утврђене задатке и циљеве.

Поједине државе⁶² у међународној заједници препознатљиве су као лидери у области инвестиција у сектору енергетике са завидним нивоом инвестиција у сектору обновљивих извора енергије. На тај начин обезбеђују своју независност и доминацију на тржишту нових енергетских вредности. Сматрамо да свој географски положај, ресурсе и повољне микроклиматске капацитете којима располаже, Србија може да искористи у истом правцу. Пожртвовани рад на усвајању међународних енергетских стандарда и развијање инвестиционог

60 Видети члан 122. Ibidem

61 Видети члан 168. Ibidem

62 Један од добрих примера јесте Данска која је тренутно највећи произвођач ветрогенератора на свету. Према подацима Данске агенције за енергију, у 2008. години, 18.9% укупно произведене енергије је добијено из ветрогенератора. Опширније погледати у: Danish Energy Statistics Report, доступан на: <http://www.ens.dk>, приступ извршен 21.8.2011. године

законодавства сврстаће Србију у ред земаља са повољном инвестиционом климом у тој области, што ће неминовно довести до привредног развоја. У прилогу овој тврдњи навешћемо две важне чињенице. Прво, приступањем енергетској заједници, Република Србија се обавезала на имплементацију прописа који важе у ЕУ. Потпуном имплементацијом, која подразумева и фазу спровођења закона, гарантоваће се идентични стандарди за инвестиције у сектору енергетике који важе у ЕУ, што ће драстично повећати атрактивност Србије за инвестиције у тој области.

Друго, потврђивањем Статута Међународне агенције за обновљиву енергију (IRENA⁶³)⁶⁴, Србија се и званично уписала у листу земаља које интензивно раде на: повећању енергетске сигурности, смањењу емисије гасова стаклене баште и ублажавању климатских промена, ублажавању недостатка енергије, активном подржавању одрживог развоја и на појачавању економског раста у области енергетике, што јој омогућава да размењује искуства са земљама чланицама, као и да промовише своје енергетске инвестиционе капацитете.

Резиме

Нови концепт инвестиционог законодавства Република Србија је међународној заједници најавила крајем XX века. Резултат новог приступа јесте стварање енергетске заједнице земаља европског региона. Циљ енергетске заједнице јесте успостављање посебног регулаторног оквира који ће омогућити ефикасно функционисање заједничког енергетског тржишта без унутрашњих граница, укључујући и стварање јединственог механизма прекограничног преноса и/или транспорта енергије, као и координацију узајамне помоћи у случају озбиљних поремећаја у енергетским мрежама. Ради остварења овог циља, неопходно је извршити хармонизацију прописа по угледу на *acquis communautaire*. Хармонизујући законска решења у области инвестиција у сектору енергетике, Република Србија поштује опште усвојена субјективна и објективна начела, затим она специфична, која применом у сектору енергетике добијају посебну садржину, али и најављује примену сасвим нових, као што је начело заштите "gas-ging" концепта. Усвојена законска решења даље карактеришу: 1) увођење својеврсног принципа комплетног менаџмента инвестиција (држава планира, организује, прати и контролише инвестиције у области енергетике), и 2) деконцентрација правних правила на деконцентрационе области, с обзиром на стратегијом развоја и ратификованим међународним документима утврђене задатке и циљеве. Овакав приступ треба да олакша процес хармонизације прописа, и да енергетско тржиште Србије учини атрактивнијим за нове инвестиције.

63 Оригинални назив на енглеском језику: International Renewable Energy Agency, погледати више на званичној web презентацији: <http://www.irena.org/home/index.aspx?mnu=home>

64 ("Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 105/2009)

Коришћена литература:

Александар Љ. Ђирић, Радомир Ђуровић; **“Међународно трговинско право – посебни део”**, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005. стр.322-323

Andrei V. Belyi, **“Reciprocity as a factor of the energy investment regimes in the EU–Russia energy relations”**, Journal of World Energy Law & Business, 2009, Vol. 2, No. 2, стр.117-128

Jonathan Stern, **“The Russian-Ukrainian gas crisis of January 2006”**, Oil, Gas and Energy Law Journal, Vol. IV, Issue br.1, 2006. стр.1-17

Konoplyanik, Andrei; Wälde, Thomas; **“Energy Charter Treaty and its Role in International Energy”**, Journal Of Energy & Natural Resources Law, Vol 24 No 4 2006, стр.523-558

Michael Lipsky, **“Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services”**, Russell Sage Foundation, 2010 - Political Science, стр.3

Предраг Цветковић, **“Повеља о енергији као правни оквир инвестирања у сектор енергетике земаља Западног Балкана”**, Друштвена истраживања. – Зеница : Правни факултет, 2008. – Бр. 2 (2007), стр. 65-75

Simon Pirani, Jonathan Stern, Katja Yafimava, **“The Russo-Ukrainian Gas Dispute of January 2009: a comprehensive assessment”**, Oxford Institute for Energy Studies, February 2009. стр. 3-65

Срђан Голубовић, Предраг Цветковић, **Хармонизација регулаторног оквира енергетског сектора земаља Западног Балкана**, Балкан у процесу евроинтеграције : структурне промене и култура мира. – Ниш : Филозофски факултет, 2007. – Стр. 29-54

Stephen Krasner, **“Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”**, *International Organization* Vol. 36, No. 2, International Regimes, Spring, 1982, стр. 185-205

The Future of the Natural Gas Market in Southeast Europe, **World Bank Publications, 2010 - Business & Economics, стр.149.**

Коришћени прописи:

Energy Charter Treaty 1994.

Закон о енергетици (“Сл. гласник РС” бр.57/2011)

Одлука о утврђивању стратегије развоја енергетике РС до 2015. године (»Сл. гласник РС«, бр.44/2005)

Закон о страним улагањима (»Сл. лист СРЈ«, бр. 3/2002 и 5/2003 и »Сл. лист СЦГ«, бр. 1/2003 – Уставна повеља)

Закон о концесијама (“Sl. glasnik RS», br. 55/2003)

Закон о планирању и изградњи («Сл. гласник РС», бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС и 24/2011)

Закон о девизном пословању («Сл. гласник РС», бр. 62/2006 и 31/2011)

Закон о јавној својини («Сл.гласник РС» бр.72/2011)

Закон о потврђивању Кјото протокола уз Оквирну Конвенцију Уједињених Нација о промени климе («Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 88/2007 и 38/2009 - др. закон)

Закон о заштити животне средине («Сл.гласник РС» бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон и 43/2011 - одлука УС)

Закон о управљању отпадом («Сл.гласник РС», бр.36/2009 и 88/2010)

Закон о водама («Сл.гласник РС» бр.30/2010)

Закон о заштити ваздуха («Сл.гласник РС» бр.36/2009)

Закон о ратификацији Уговора о оснивању енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене мисије Уједињених Нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета Безбедности Уједињених Нација („Сл. Гласник РС“ бр. 62/2006)

Уредба о условима за стицање статуса повлашћеног произвођача електричне енергије и критеријумима за оцену испуњености тих услова («Сл. гласник РС», бр. 72/2009)

Уредба о мерама подстицаја за производњу електричне енергије коришћењем ОИЕ и комбинованом производњом електричне и топлотне енергије («Сл.гласник РС» 99/2009)

Уредба о утврђивању програма остваривања стратегије развоја енергетике Републике Србије до 2015. године за период од 2007. до 2012. године («Сл. гласник РС», бр. 17/2007, 73/2007, 99/2009 и 27/2010)

Одлука о утврђивању стратегије развоја енергетике РС до 2015. године («Сл. гласник РС», бр.44/2005)

Закључак о усвајању акционог плана за спровођење националне стратегије одрживог развоја за период од 2011. до 2017. године («Сл. гласник РС», бр. 62/2011)

Закључак о усвајању акционог плана за биомасу од 2010. до 2012. године («Сл.гласник РС» бр.56/2010)

Žarko Dimitrijević

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

THE LEGAL REGIME OF INVESTMENTS IN THE ENERGY SECTOR IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

*The new concept of investment legislation in the Republic of Serbia was heralded to the international community at end of the 20th century. The result of the new approach to investment is the European Energy Community, which promotes regional cooperation between the EU and the counties of the South-Eastern Europe Countries. The goal of the Energy Community is to establish a common regulatory framework which will enable an efficient operation of the common energy market without internal borders by means of providing a common mechanism for transit and/or transport of energy across borders and coordinating mutual assistance in case of major disruptions in energy networks. In order to achieve this objective, it is necessary to harmonize the national legislations with the model of *acquis communautaire*. In the process of harmonizing legal solutions in the field of investments in energy sector, the Republic of Serbia observes the generally recognized subjective and objective foreign investment principles, as well as some principles used in other areas which have new contents when applied in the energy sector. Moreover, Serbia has promulgated the application of fairly new principles, such as the principle of protecting the “gas-ring” concept. The adopted legal solutions are further characterized by: a) the introduction of a principle of full investment management (where the state plans, organizes, monitors and controls all investments in the energy sector); and 2) the deconcentration of the normative frawork into subject-specific areas, particularly having in mind the goals and objectives laid down in the development strategy and the obligations assumed by the ratification of international agreements. Such an approach should facilitate the process of harmonization of legal rules and make the Serbian energy market more attractive for new investments.*

Key words: *energy community, investments, “gas-ring”concept*

ДЕЧИЈИ РАД – ПОЈАМ И ФАКТОРИ

Апстракт: У тексту се одређује појам “дечијег рада” наслањањем на међународне инструменте који за предмет имају, посредно или непосредно, заштиту деце од економског искоришћавања. У тексту се указује на факторе који доводе до настанка, формирања и реализације дечијег рада и експлицира утицај сиромаштва, недовољне развијености, привредних диспаритета, нефункционалних породица, недостатку образовања, миграцији из села у град, дискриминацији на основу пола, неодговорном сексуалном понашању одраслих, штетних традиционалних обичаја, оружаних сукоба и трговини децом на настанак, формирање и реализацију дечијег рада.

Кључне речи: дечији рад, фактори дечијег рада, запослена деца.

1. Појам дечијег рада

Дечији рад представља економску активност коју обављају деца и младе особе. Стога је дефиниција “детета” и дефиниција “рада” од фундаменталног значаја за разумевање суштине дечијег рада.

1.1. Појам детета

Појам “детета” одређен је у међународним инструментима који за предмет, посредно или непосредно, имају заштиту деце од економског искоришћавања. Конвенција о правима детета из 1999. године¹, члан 1, утврђује да је дете “људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који

¹ Ова Конвенција усвојена је на Генералној скупштини Уједињених нација 20. новембра 1989. године, а ступила је на снагу 2. септембра 1990. године. Југославија ју је ратификовала законом од 18. децембра 1990. године (“Службени лист СФРЈ” – Међународни уговори број 15/1990).

се примењује на дете, пунолетство не стиче раније”. Израз “дете”, према члану 2 Конвенције о забрани најгорих облика дечијег рада и непосредним мерама за укидање таквог рада из 1999. године (број 182)², “односи се на лица млађа од 18 година”, а, према члану 3 Протокола за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који допуњава Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала из 2000. године³, “значи било коју особу млађу од 18 година”.

Међународни инструменти одређују појам детета негативном конструкцијом тако што утврђују горњу старосну границу до које се људско биће сматра дететом. Та горња граница старости утврђена је како за младе особе женског, тако и за младе особе мушког пола. Тиме младе особе уживају, без икаквих разлика на основу пола, једнак третман у погледу стицања пунолетства. Државе у којима младе особе мушког и женског пола не стичу пунолетство навршењем истог броја година живота мораће своје национално законодавство да ускладе са ратификованим међународним инструментима. Једна од таквих земаља је Индија. У тој земљи младе особе мушког пола стичу пунолетство са навршених 16, а младе особе женског пола са навршених 18 година живота.⁴ Треба напоменути да међународни инструменти не утврђују доњу границу старости од које се људско биће сматра дететом. То не би требало да доведе до дилема, јер се сматра да фетус у извесном периоду трудноће (у првих шест недеља) није субјект у праву са правом на живот и да ће се зачето дете сматрати рођеним када год му то користи - *infans conception pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*.⁵

1.2. Појам рада

Дечији рад представља економску активност коју обављају деца и младе особе, које нису навршиле 18 година живота. Та економска активност имплицира производњу добара и пружање услуга, како је дефинисано у Систему националних рачуноводстава Уједињених нација. Према овом систему, производња добара и пружање услуга обухватају: “сву производњу и прераду примарних производа намењених тржишту, размени или за сопствену употребу; производњу свих других производа и услуга за тржиште; у случају домаће радиности,

2 Конвенција о забрани најгорих облика дечијег рада и непосредним мерама за укидање таквог рада усвојена је на 87-ом заседању Генералне конференције рада 18. јуна 1999. године, а ступила је на снагу 19. новембра 2000. године. Југославија ју је ратификовала законом од 2003. године (“Службени лист СРЈ” – Међународни уговори број 15/2003).

3 Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који допуњава Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала усвојена је 2000. године. Југославија га је ратификовала законом од 2001. године (“Службени лист СРЈ” – Међународни уговори број 6/2001).

4 www.xs4.b92.net/info/komentari/php

5 *Ibidem*

производњу таквих производа и услуга за тржиште, уз одговарајућу производњу за сопствену употребу”.⁶

Дечији рад, онај који је допуштен и онај који није допуштен, уређен је конвенцијама Међународне организације рада, и то: Конвенцијом о минималним годинама старости за заснивање радног односа из 1973. године (број 138)⁷ и њеном пратећом Препоруком - Препоруком о минималним годинама за запошљавање (број 146)⁸, као и Конвенцијом о забрани и укидању најгорих облика дечијег рада и непосредним мерама за укидање таквог рада из 1999. године (број 182)⁹ и њеном пратећом Препоруком – Препоруком о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада (број 190)¹⁰. Ове Конвенције сматрају се основним – све државе чланице, чак и ако их нису ратификовале, имају обавезу, на основу чланства у Међународној организацији рада, да поштују, промовишу и остварују принцип делотворног укидања дечијег рада. Ове Конвенције сматрају се и савременим, те се њихова ратификација и имплементација поспешује.

Конвенција о минималним годинама старости за заснивање радног односа (број 138) покрива економску активност коју обављају младе особе, које су напуниле утврђени број година живота, у свим секторима рада, без обзира на њихов формални радно-правни статус. У зависности од врсте радног односа и карактера и околности у којима се рад обавља, ова Конвенција утврђује 15 година старости као општи минимум година старости за пријем у запослење или на рад (нижи минимума година старости за пријем у запослење или на рад може се утврдити у погледу лаког рада и активности, као што је учешће у уметничким наступима), и 18 година старости за пријем у било коју врсту радног односа или рада који, по свом карактеру или околностима у којима се обавља, може да угрози здравље, сигурност и морал младих особа. Одређивање овакве врсте запослења или рада препуштено је националним законима или прописима или компетентним органима, који их могу одредити након консултација са заинтересованим организацијама радника и послодаваца, ако такве организације постоје. Том приликом, према члану 10 (2) Препоруке о минималним годинама живота за запошљавање (број 146) “треба у потпуности водити рачуна о релевантним међународним стандардима рада, као што су они који се тичу

6 О овом питању погледати Препоруку о вођењу статистичких података из 1985. године (број 170). Види: ILO:Converning Body, Geneva, 1995. Doc. GB.264/ESP/2.note 4.

7 Конвенција о минималним годинама старости за заснивање радног односа (број 138) усвојена је на 58-ом заседању Генералне конференције Међународне организације рада 26. јуна 1973. године, а ступила је на снагу 19. јуна 1976. године. Југославија ју је ратификовала законом од 1982. године (“Службени лист СФРЈ” – Међународни уговори број 14/182).

8 Препорука о минималним годинама за запошљавање (број 146) усвојена је на 58-ом заседању Генералне конференције Међународне организације рада 27. јуна 1973. године. Југославија ју је прихватила законом од 1982. године (“Службени лист СФРЈ” – Међународни уговори број 14/182).

опасних материја или процеса, јонизујућег зрачења, подизања тешких терета и подземних радова”. Конвенција не покрива рад који обављају деца и омладина у школама за опште, техничко и стручно оспособљавање и другим установама за обуку, као и рад који обављају лица која су напунила 14 година живота у предузећима, када се тај рад обавља у складу са условима које је прописао надлежни орган, после консултација са заинтересованим организацијама послодавца и радника, ако такве организације постоје и ако је такав рад састави део течаја образовања или обуке за које је школа, односно установа обуке првенствено одговорна, програма обуке који се углавном или у целини изводи у предузећу, а који је одобрио надлежни државни орган, програма упућивања, односно професионалне оријентације.⁹

Конвенција о забрани и укидању најгорих облика дечијег рада и непосредним мерама за укидање таквог рада (број 182), члан 3, покрива најгоре облике опасног рада, и то: све облике ропства и обичаје сличне ропству, као што су продаја и кријумчарење деце, дужничко ропство и кметство и принудни или обавезни рад, укључујући принудно или обавезно регрутовање деце ради учешћа у оружаним сукобима; коришћење, набављање или нуђење деце ради проституције, производње порнографије или за порнографске представе; коришћење, набављање или нуђење детета за недозвољене активности, нарочито за производњу и промет дроге, као што је дефинисано релевантним међународним уговорима; рад који је, по својој природи или околностима у којима се обавља, вероватно штетан по здравље, безбедност и морал деце, а приликом идентификовања случајева где такав рад постоји, према члану 3 Препоруке о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада (број 190), између осталог, треба узети у обзир: рад који излаже децу физичком, психолошком или сексуалном злостављању; рад под земљом, под водом, на опасним висинама или у затвореним просторијама; рад са опасним машинама, опремом и алаткама, или рад који укључује руковање са или транспортовање великих терета; рад у нездравом окружењу у коме деца могу, на пример, бити изложена деловању опасних материја, агенсима или процесима или температурама, нивоима буке или вибрацијама који могу угрозити њихово здравље; рад под посебно тешким условима, као што је рад са дугим радним временом или ноћни рад или рад када је дете без разлога заточено у просторијама послодавца.

2. Фактори дечијег рада

Фактори дечијег рада представљају чиниоце, објективне и субјективне, који делују у процесу настанка, формирања и реализације дечијег рада. С обзиром на приступ, факторе дечијег рада могуће је разврстати у различите групе. Тако, по једној подели, сви фактори дечијег рада спадају у три широке катего-

⁹ Конвенција о минималним годинама старости за заснивање радног односа, члан 1,3,6 и 7.

рије – узроке, услове и поводе, а, према другој подели, у факторе гурања – push factors, факторе привлачења – pull factors и факторе који олакшавају настанак, формирање и реализацију дечијег рада.¹⁰

Узроци дечијег рада поимају се као објективне (реалне) појаве које имају одлучујући, непосредан и директан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Те објективне (реалне) појаве истовремено се јављају као фактори гурања.¹¹ У преамбули Конвенције о забрани најгорих облика дечијег рада и непосредним мерама за укидање таквог рада (број 182) каже се “да је рад деце, у великој мери узрокован сиромаштвом и да је дугорочно решење у сталном економском развоју који води друштвеном напретку, нарочито ублажавању сиромаштва и образовању за све”. У преамбули Факултативног протокола о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз Конвенцију о правима детета каже се да продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, поред сиромаштва, доприноси: економски диспаритети, неправедна социо-економска структура, дисфункционалне породице, миграције, растућа потрошња, мањак образовања, дискриминација по роду, неодговорно сексуално понашање одраслих, штетни традиционални обичаји, оружани сукоби и трговина децом. Такође, каже се да пракса сексуалног туризма децу чини посебно рањивом, будући да непосредно подстиче продају деце, дечију проституцију и дечију порнографију.

Услови дечијег рада представљају активности и утицаје који омогућавају и олакшавају настанак, формирање и реализацију дечијег рада, те се сматрају његовим доприносићим факторима.¹² Сексуалну експлоатацију деце, како је истакнуто у преамбули Декларације против комерцијалне сексуалне злоупотребе деце¹³, посредно или непосредно, омогућава: корупција запослених у државним органима који су надлежни за примену закона; одсуство или неадекватно законодавство; лабава примена закона; лимитирана осетљивост кадрова који спроводе закон.

Поводи дечијег рада наглашавају рањивост деце и њихову изложеност ризику од дечијег рада. То су, заправо, замишљене предности живота који се може остварити уколико дете обавља какву економску активност, на пример: очекивано запослење и финансијске награде, приступ материјалним доброби-

10 G.K..Liten, *The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis*; dostupno na: www.childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

11 Ibidem

12 Ibidem

13 Декларација против комерцијалне сексуалне злоупотребе деце усвојена је на Светском конгресу против комерцијалне сексуалне експлоатације деце одржаном у Стокхолму 1996. године.

ма, бољи друштвени положај и третман, замишљени гламур западно-европске свакодневнице. То су фактори привлачења.¹⁴

Дејство узрока, услова и повода дечијег рада не испољава се увек и у сваком конкретном случају на исти начин, што се најбоље може видети на примеру сиромаштва. Сиромаштво има непосредан утицај на дечији рад, јер деца која потичу из сиромашних породица, суочена су са недостатком основних могућности, обављајући економску активност помажу родитељима у попуњавању кућног буџета. Сиромаштво може имати и посредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Оно доводи до настанка других негативних појава у друштву, као што су: насиље, дисфункционалне породице, а свака од ових појава може имати непосредан утицај на настанак, формирање и реализацију дечијег рада. Из тог разлога, између узрока, услова и повода дечијег рада не треба правити стриктну границу. Они нису јединствене категорије, али немају ни супротне конотације.¹⁵

Дејство узрока, услова и повода не доводи аутоматски до настанка, формирања и реализације дечијег рада. Сва деца која потичу из сиромашних породица, самим тим што су сиромашна, аутоматски не обављају економску активност. Њихови родитељи могу обављати привремене и повремене послове у области неформалне привреде и себи и својој породици обезбедити такав животни стандард да је непотребно прибегавати економској активности деце.¹⁶

Пажњу усмеравамо на узроке дечијег рада.

2.1. Привредни диспаритети и недовољна развијеност

У недовољно развијеним областима пољопривреда представља основу привредну делатност. На малим пољопривредним газдинствима у којима се користе застареле машине сви чланови породице морају да раде да би се на време обавили сви планирани радови. Деца још у најранијем детињству почињу да раде или помажу родитељима у обављању пољопривредних радова: доносе им алат, храну и воду, чувају стоку, сакупљају усеве, а обично најстарији члан породице одређује ко ће које послове обављати и када ће се правити паузе, што рад деце чини мање експлоатативним. Дугачки летњи распуст, који се падају у време обављања главних пољопривредних радова, омогућавају деци да раде, а да њихово образовање не трпи због тога.¹⁷

У недовољно развијеним областима постоји висока стопа сиромаштва. Велики број газдинстава производи само за своје потребе и има мале вишкове

14 Op.cit: G.K..Liten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www.childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

15 Ibidem

16 Ibidem

17 Hoobs S, McKechine J and Lavalette M, Child Labour: A World History Companion, Unated States of America,1999, page 5.

које може пласирати на тржиште. Са друге стране, стопа незапослености родитеља и одраслих чланова у породицама деце је висока и одражава проблем недостатка прилика за запошљавање и ниску диверсификацију привредних делатности. Овакво стање додатно отежава искљученост радно способног становништва, не само са тржишта рада због недостатка квалификација, неповољне инфраструктуре, удаљености од градских, развијених, средина, недостатак социјалних контаката који би им помогли у проналажењу запослења, већ и из мера за унапређење запослености.¹⁸

У недовољно развијеним областима мали број деце похађа школу, а ако је похађа највероватније да ће је напустити пре њеног редовног завршетка. Неодговарајући квалитет услуге образовања, велика удаљеност куће од школе, радни ангажман у домаћинству, недостатак новца неки су од разлога због којих деца и родитељи губе интересовање и мотивацију за школовање.¹⁹

2.2. Сиромаштво

Сиромаштво није само недостатак материјалних добара за задовољавање егзистенцијалних потреба или недостатак ресурса за стицање материјалних добара. Оно је, према Смерницама за приступ стратегијама за смањење сиромаштва засновано на људским правима, “крајњи облик лишености могућности-ма”, односно “недостатак могућности које се по неком редоследу приоритета сматрају основним”. Листа приоритета основних могућности у различитим земљама различито је утврђена, те је због тога нужно релативна. Ипак, на њој се обично налази: храна, вода за пиће и простор за становање. Истраживања показују да постоје групе деце која су посебно изложена ризику од сиромаштва, као и породице где се сиромаштво транс-генерацијски преноси. То су: деца етничких мањина, као и деца из једнородитељских породица, деца чија су оба родитеља или један од њих без образовања или са ниским степеном образовања или су незапослени. У последње време присутно је сиромаштво које настаје као последица реструктурирања привреде (пораст незапослености, осиромашње одређених друштвених група и региона, феномен градова који одумиру због пропадања привреде) и турбулентних друштвених промена (присуство бројне популације избеглица и расељених лица, криза савремене породице и пораст броја једнородитељских породица).²⁰

Сиромаштво представља фактор дечијег рада из више разлога: када родитељи дођу у тешку материјалну ситуацију, деца умањују њихове финансијске проблеме обављајући економску активност или су приморани да продају децу

18 Слободан Цвејић и други, Социјална искљученост у руралним областима Србије, Београд, 2010, стр. 55-77.

19 Оп.цит: Слободан Цвејић и други, Социјална искљученост у руралним областима Србије, Београд, 2010, стр. 55-77.

20 Ibidem

да би преживели; сиромашни људи немају приступ информацијама и у економској активности деце не виде ништа лоше, већ могућност каквог-таквог преживљавања.¹⁹ Колики је утицај сиромаштва на дечији рад најбоље показују афричке земље. Процењује се да у овим земљама 44% становништва зарађује мање од 1 US\$ дневно и живи у апсолутном сиромаштву, као и да у њима ради свако треће дете, што их заједно са азијским земљама, у којима ради свако пето дете, сврстава у земље у којима је дечији рад најраспрострањенији (у овим земљама ради више од 90% од укупног броја деце која обављају неку економску активност).

2.3. Миграције из села у град

Породице које живе у недовољно развијеним сеоским областима мигрирају у град у нади да ће се запослити и обезбедити себи и својој породици такав животни стандард који би у материјалном смислу био достојан човека. Ограничена материјална средства и недостатак социјалних контаката неки су од фактора дечијег рада у новој средини.²¹

Породице, које живе у недовољно развијеним сеоским областима, шаљу децу у град да би обављала послове у породичним домаћинствима и кроз плату, зараду коју стичу обављањем тих послова решиле, у целости или делимично, проблеме финансијске природе. Оне то чине и да би се ослободиле финансијског терета одгајања детета. Деца која обављају послове у породичним домаћинствима тамо и живе и обезбеђена им је храна, одећа, обућа. Али, сама чињеница да живе у породичним домаћинствима у којима раде, утиче на дужину трајања њиховог радног дана, а њихова зарада, плата обезвређује се тако што се нереално вреднују трошкови становања, исхране, обуће и одеће. Не треба пренебрегнути ни чињеницу да су изложена физичком, психичком и сексуалном злостављању. Према извештају Међународне организације рада такав је случај, на пример, у Бенини, где има око 100.000 овакве деце, као и у Обали Слоноваче и Хаитију, са око 25.000 деце. Треба напоменути да пол детета детерминише врсту послова коју ће обављати у приватним домаћинствима. Девојчице обављају послове у кући (прање, пеглање, усисавање, брисање прашине, спремање оброка и слично), а дечаци послове ван куће (иду у набавку намирница, перу аутомобиле, одржавају вртове и цвећњаке).²²

21 Оп.цит: Слободан Цвејић и други, Социјална искљученост у руралним областима Србије, Београд, 2010, стр. 55-77.

22 Stopping Forced Labour, Global Report under the Follow up to the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work, Part I, Forced and Compulsory Labour: A dynamic global picture; доступно на: www.ilo.org.

2.4. Недостатак образовања

Недостатак образовања манифестује се кроз мали проценат деце која се уписују у школу и велики проценат деце која је напуштају пре њеног редовног завршетка.

Деца се не уписују у школу или је напуштају пре њеног редовног завршетка јер је већини породица потребан економски допринос деце да би преживале. Деца морају или радити и доприносити кућном буџету, или заузети места одраслих у обављању кућних послова, као што су: брига о млађој деци и набавка намирница да би одрасли могли радити ван куће. У таквим условима, породице не могу приуштити деци да похађају школу – похађање школе носи са собом ризик губљења породичних прихода. Ово је нарочито изражено у државама у којима основно школовање још увек није бесплатно и у којима би отежало ионако лошу финансијску ситуацију породица. Деца се не уписују у школу или је напуштају пре њеног редовног завршетка и због тога што родитељи на њихов рад гледају као на начин њиховог учења и васпитавања. Обављајући какву економску активност деца уче лекције из живота на тему дисциплине, одговорности, стрпљења, љубазности, осећајности, развијају способности и стичу искуства која ће им бити потребна у животу. Ово нарочито долази до изражаја када родитељи не виде директну добробит од школовања по живот деце. На пример, ако се наглашава да су вештине које деца науче у школи потребне за рад на цењеним и боље плаћеним радним местима, а таквих радних места има мало, родитељи не виде зашто би онда деца трошила време и енергију на школовање.²³

Тврдња да образовање представља кључ за укидање дечијег рада, јер ако су деца у школи и редовно испуњавају школске обавезе, не могу истовремено бити запослена, релативно је карактера. Њену релативност налазимо у чињеници да многа деца комбинују образовање и рад с непуним радним временом да би зарадила за џепарац, помогла родитељима у попуњавању кућног буџета или се школовала, јер иако бесплатно, школовање родитељима намеће трошкове око набавке школских уџбеника и прибора, превоза од куће до школе и обратно, одласка на екскурзије.²⁴

2.5. Штетни традиционални обичаји

Уговорени бракови представљају бракове које уговарају родитељи будућих супружника. Овакви бракови обично се уговарају и склапају без пристанка младе и, знатно ређе, младожење, неретко одмах по рођењу детета, а разлози њиховог уговарања и склапања могу бити различити: удаја девојчице

²³ G. Rodres, G. Standing, *The Economic Roles of Childred: Issues for Analy*, u G. Rodrieges, S. Standing (eds.): *Child Work, Poverty and UN development*, ILO, Geneva, 1981, page 33.

²⁴ *Ibidem*

види се као начин да се родитељи ослободе терета финансијске природе у вези са њеним одгајањем и стратегија преживљавања осталих чланова породице, стицање финансијске користи за оне који су посредовали у склапању брака, отплата породичног дуга. Иако се склапају без пристанка младе и, знатно ређе, младожење, овакви бракови ретко успевају и још ређе се разводе. Девојчице морају да плате одштету онима који су посредовали у склапању брака или им се прети репресалијама.

Мираз који су, по обичајним правилима, родитељи невесте дужни да дају младожењи, односно његовој породици приликом склапања брака, такође, спада у штетне традиционалне обичаје. Многе девојчице приморане су да раде од малих ногу да би зарадиле новац за мираз, а продаја на улици сматра се прихватљивим начином за упознавање будућег мужа. У неким земљама, као што су азијске, једном уговорен мираз није коначан. Није неуобичајено да муж и његови родитељи, чак и неколико година након венчања, истичу нове захтеве за мираз из овог или оног разлога: много прича, не кува добро и, наравно, никако да роди дете мушког пола. Родитељи, који нису у материјалној могућности да испуне новоистакнуте захтеве, падају у дужничко ропство, а невеста ризикује да буде отерана из куће, што се сматра великом срамотом. Да не би дошли у такву ситуацију, деца женског пола убијају се одмах по рођењу или се врше полно селективни побачаји. Онај ко учини чедоморство или полно селективни побачај, чини “добро дело”, јер помаже “несретним” родитељима. Масовна абортирања и чедоморства деце женског пола стварају несразмеру у броју мушкараца и жена и представљају фактор продаје деце ради склапања брака, јер мушкарци, под притиском својих најближих да се ожене, а у недостатку девојака за удају немају другог избора, осим да купе невесту из других делова земље или из пограничних подручја са суседним земљама. Масовна чедоморства деце женског пола и полно селективни побачаји и, сходно томе, недостатак девојака за удају подстиче и проституцију у коју се све више укључују деца, јер се претпоставља да, због година старости, не болују ни од каквих полно преносивих болести, нити имају ХИВ вирус, односно АИДС.²⁵

У муслиманским земљама деца, која похађају школе у којима се подучавају Курану, традиционално проводе време просећи, јер се давање милостиње сматра религијском дужношћу; до појаве закона о социјалној сигурности и заштити грађана, давање милостиње било је једини облик помоћи убогим и немоћнима.²⁶

У неким земљама родитељи на основу споразума са зајмодавцем, чије се постојање претпоставља у складу са друштвеним обичајима, обавезују

25 Op.cit: G.K..LIten, *The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis*; dostupno na: www.childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

26 Канцеларија за надзор и борбу против трговине људима САД, Извештај о трговини људима за 2003. годину, доступно на: www.belgrade.usembassy.gov/policy/repors/tipintro.srpski.pdf

децу да раде да би отплатили дуг или као гаранцију да ће вратити дуг. Овакве ситуације могу се развити у принудни рад када се услуге не примењују на елиминацију дуга разумно. Многа деца овако настао дуг никада не врате, јер камате које се обрачунавају на узети зајам и трошкови живота дуг стално увећавају. Често сви чланови породице раде по 14-16 сати дневно, а дуг се преноси на следећу генерацију док не буде отплаћен. Овакве ситуације честа су појава у пољопривредном сектору, у рудницима, цигланама, кожарама, преради рибе и творницама ћилима. У неким земљама родитељи и деца на основу споразума са власником земље, чије се постојање претпоставља у складу са друштвеним обичајима, обавезни су да пружају услуге и раде на земљи која припада другом лицу.²⁷

2.6. Дисфункционалне породице

Познато је да породица има прворазредну улогу у васпитавању и одгајању деце. У породици се стичу прва животна искуства и представе о животу, навике, склоности и изграђују схватања и погледи који ће утицати на каснија понашања. Међутим, породични миље може имати негативан утицај по васпитавање и одгајање деце и довести до њиховог злостављања и занемаривања што се може видети на примеру дисфункционалних породица. Дисфункционалне породице представљају породице које се још увек нису структурно распале, али су изнутра подривене неслагањима, трвењима и сукобима услед: разлога субјективне природе (разлика у годинама старости и навикама, склоностима, схватањима и погледима супружника); разлога економске природе (незапосленост, дугогодишња болест члана породице); разлога који се налазе у асоцијалним навикама родитеља (алкохолизам, наркоманија, силецијство, криминалитет, проституција); разлога који се налазе у поремећају физичке или менталне структуре личности (инвалидитет, психозе).²⁸

Дисфункционалне породице представљају фактор дечијег рада из више разлога: деца раде да би издржавала себе и родитеље, јер су они или незапослени или неспособни за рад или им је новац потребан за куповину дроге и алкохола; деца под утицајем родитеља са асоцијалним навикама често крећу њиховим стопама, јер их нуде у сврхе сексуалног искоришћавања или за обављање незаконитих активности; деца наизале на неразумевање родитеља, у њима не налазе потребну љубав, заштиту и подршку, те “спас” налазе на улици, у деликвентним друштвима која им у почетку пружају потребан осећај бриге,

²⁷ Међународна организација рада, Смернице о радном законодавству, Женева, 2201, стр. 234-235.

²⁸ Регионална канцеларија за југо-источну Европу и уред државног координатора за борбу против трговине људима и илегалне миграције БиХ, Дјеца проговарају: шта утиче на трговину дјецом у југоисточној Европи, доступно на: www.promente.org/files/resarch/djescaprogovaraju-original/original-bos.verzija.pdf

заштите и разумевања, али их истовремено уводе у свет криминала, алкохола и дроге, што им касније пружа могућност да их уцењују: даће им дрогу или алкохол или их неће пријавити за учињено кривично дело или прекршај, али ће за узврат морати да “нешто одраде”; деца старијег узраста имају склоност ка преузимању ризика, вољу и жељу да изађу из тешке ситуације у којој се налазе, те радо прихватају учињену понуду за остваривање “бољег живота”.²⁹

2.7. Дискриминација на основу пола

Дискриминација на основу пола представља фактор дечијег рада уколико пол, као карактеристика која није уско повезана са захтевима радног места, чини да родитељи имају неједнак третман у погледу запошљавања и занимања. Они или немају приступ плаћеном запослењу и samozапослењу, или не уживају сигурност статуса сталног радног односа. У таквим условима немају могућност да својим радом, обављајући друштвено корисну делатност, стекну зараду, плату и себи и својој породици обезбеде такав животни стандард да је непотребно прибегавати економској активности деце. Дискриминација на основу пола представља фактор дечијег рада и уколико послодавац практикује дискриминацију на основу пола у погледу награђивања мушкараца и жена за рад једнаке вредности или у погледу напредовања на свим нивоима одговорности, будући да се неједнак третман мушкараца и жене у том погледу непосредно одражава на висину зарада, плата.³⁰

Дискриминација на основу пола представља фактор дечијег рада уколико се девојчицама онемогућава приступ разним врстама и степенима школовања или им се школовање ограничава на нижи степен. Постоји схватање да је новац уложен у школовање девојчица бачен новац, јер девојчицама није потребно никакво знање које се стиче у школи да би успешно обављале родну улогу. Осим тога, нису способне као дечаци и не могу успешно обављати многе послове, нарочито оне који се, према традиционалној подели послова на мушке и женске, сматрају мушким. Многе девојчице удају се рано и присиљене су на склапање уговорних бракова, а уколико је породица у финансијској кризи напуштају школу да би финансијски растеретиле родитеље и омогућиле браћи да се школују.³¹

2.8. Оружани сукоби

Оружани сукоби представљају фактор принудног или обавезног регрутовања деце ради учешћа у њима из више разлога: деци је потребно мање пара, хране, одеће и медикамената у односу на одрасле или су обесправљена,

29 Ibidem

30 Op.cit: G.K..LIten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www.childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

31 Op.cit: G.K..LIten, The Causes for Child Labour in India: The Poverty Analysis; dostupno na: www.childlabour.net/documments/...PovertyAnalysis.pdf.

те не могу захтевати ништа или више; децу је, захваљујући њиховој менталној незрелости, лако натерати да чине ствари којима би се одрастао човек противио; деца не представљају претњу вођама и могу довести непријатеља у искушење. Ово је карактеристично за афричке, азијске и латино-америчке земље, а принудном или обавезном регрутовању деце ради учешћа у оружаним сукобима прибегавају не само паравојне формације и побуњеничке групе, већ и владе појединих држава (Бурунди, Уганда, Конго).³²

Оружани сукоби представљају фактор дечије проституције производећи социо-економске факторе гурања. У замену за храну, хигијенска средства, новац и слично, деца војницима пружају сексуалне услуге. Ова појава названа је “Секс за храну” и била предмет извештаја невладине организације “Save the children”. Нека деца су се и пре почетка оружаних сукоба бавила проституцијом, па их макрои селе у подручја захваћена оружаним сукобима да би више зарадили. Наиме, војници су свакодневно суочени са осећајем страха због губитка живота, те користе сексуалне услуге проститутки да би доказали “мушкост”, повратили самопоуздање и одагнали осећај страха. Међу проституткама је све више девојчица, јер се претпоставља да због година старости немају никакве полно преносиве болести и ХИВ вирус, односно АИДС и да су, због менталне незрелости и послушности, спремна да пружају свакојаке сексуалне услуге.³³

Присуство припадника мировних снага у постконфликтним зонама, такође, представља фактор дечије проституције. Искуство је показало да се у свакој постконфликтној зони отварају бордели у жељи да се стекне све већи профит; за припаднике мировних мисија важе посебне, више тарифе, јер се претпоставља да имају више новца него припадници локалног становништва. У тим борделима све је већи број девојчица, јер се, као што је наведено, претпоставља да, због година старости, не болују ни од каквих полно преносивих болести, нити имају ХИВ вирус, односно АИДС Утицај присуства припадника мировних мисија у постконфликтним зонама на дечију проституцију, може се видети и на примеру Косова и Метохије. Барови који укључују дечију проституцију на територији Косова и Метохије почели су да се отварају већ јула месеца 1999. године, непосредно по завршетку бомбардовања и доласку војника КФОР-а.³⁴

2.9. Неодговорно сексуално понашање одраслих

Неодговорно сексуално понашање одраслих експлицира се на различите начине: неспособношћу и немогућношћу за изналажење себи адекватног партнера; неспособношћу и немогућношћу да се развијају емоционалне везе; потребом за разноликим сексуалним односима; одсуством жеље за преузимањем

³² Коалиција за престанак регрутовања деце војника, Глобални извештај о деци војницима за 2004. годину; доступно на: www.child-soldiers.org/dokument_get.php.

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem

било каквих обавеза. Неодговорно сексуално понашање одраслих треба сагледати и у контексту страха од ширења полно преносивих болести, ХИВ вируса, односно АИДС-а, те веровања да сексуални односи са децом, која још увек нису имала сексуалне односе, лече ХИВ вирус, продужавају живот и побољшавају тен.³⁵

Неодговорно сексуално понашање одраслих представља фактор продаје деце у циљу сексуалног искоришћавања, дечије проституције и дечије порнографије и подстиче развој сексуалног туризма. Овај туризма, настао 90-тих година прошлог века у земљама јужне и југоисточне Азије, где је и данас најразвијенији, карактерише долазак туриста из економски развијених земаља, нарочито из северне Америке и Европе у земље у развоју у сврху сексуалне експлоатације деце. Могуће је и да одрасли путују у друге сврхе и прибегавају сексуалној експлоатацији деце када се нађу у “згодној” прилици. Фрапантан је податак да родитељи, који приморавају децу на проституцију, остављају на прозору дечију одећу или празна колица испред врата да би корисницима сексуалних услуга деце ставили до знања да им се могу обратити.³⁶

2.10. Трговина децом

Трговина децом представља фактор дечијег рада, будући да се врши у сврху експлоатације дечије радне снаге.

Трговина децом, према члану 3 Протокола о спречавању, сузбијању и кажњавању трговине људима, посебно женама и децом, а који допуњује Конвенцију Уједињених нација о организованом криминалу, представља “регрутацију, транспорт, трансфер, чување или пријем детета за сврхе експлоатације чак и ако не укључује ни једно од средстава из члана (а) овог члана”, односно претњу или коришћење силе или других облика принуде, отмице или преваре, заваривања, злоупотребе моћи или осетљиве ситуације, давања или примања накнаде или користи да би се добио пристанак лица који има контролу над дететом, будући да се врши у сврху експлоатације њихове радне снаге.

Експлоатација, према члану 3 Протокола о спречавању, сузбијању и кажњавању трговине људима, посебно женама и децом, који допуњује Конвенцију Уједињених нација о организованом криминалу, као минимум, укључује: експлоатацију проституције или друге облике сексуалне експлоатације, принудни рад или службу, ропство или однос сличан ропству, сервитут или уклањање органа. Протокол не даје дефиницију проституције и других облика сексуалне експлоатације, принудног рада или службе, ропства или односа

35 Канцеларија за надзор и борбу против трговине људима САД, Извештај о трговини људима за 2004. годину, доступно на: www.belgrade.usembassy.gov/policy/reports/tipintro.srpski.pdf.

36 *Ibidem*

сличног ропству, чиме је државама потписницама омогућен дискрециони простор да размотре када је, на пример, неки однос сличан ропству. Ова дискреција је, ипак, ограничена другим међународним инструментима који предвиђају детаљније дефиниције. У ред таквих међународних инструмената спада, на пример, Конвенција о принудном или обавезном раду из 1929. године (број 30)³⁷ и Конвенција о укидању принудног или обавезног рада из 1957. године (број 105)³⁸, Допунска конвенција Уједињених нација о укидању ропства, трговине робљем и установа и пракси сличних ропству³⁹, Факултативни протокол Уједињених нација о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз Конвенцију о правима детета⁴⁰. Протокол је, такође, наведене облике експлоатације утврдио као минимум, те државе потписнице националним законом, односно прописом могу да утврде друге облике експлоатације да би се респектовала динамика и метаморфоза облика дискриминације у датој држави. Тако, земље Блиског истока као облик експлоатације могу да предвиде и коришћење деце као јахача камила.

Закључак

Дечији рад у корист њихових родитеља сматран је главним начином учења детета његове улоге у друштву. Међутим, из начина учења дечији рад брзо се претворио у експлоатацију дечије радне снаге која је штетна за здравље детета, или за његов физички, ментални, духовни, морални и друштвени развој. У савременом друштву дечији рад присутан је у свим земљама света, а процењује се да је најраспрострањенији у афричким и азијским земљама, односно да у овим земљама више од 90% од укупног броја деце обавља неку економску активност (у афричким земљама ради свако треће, а у азијским земљама свако пето дете). Да би се елиминисао, потребно је имплементирати социјалне и економске програме и мере усмерених на уклањање његових фактора. Иако коначни циљ треба да буде укидање дечијег рада, приоритет треба дати укидању његових најгорих облика.

37 Конвенција о принудном или обавезном раду (број 29) усвојена је од стране Опште Конференције рада јуна месеца 1930. године. Југославија ју је ратификовала 1932. године ("Службени новине КЈ", број 297/1932).

38 Конвенција о укидању принудног рада усвојена је 1957. године. Југославија је није ратификовала.

39 Допунска конвенција о укидању ропства, трговине робљем и установа и пракси сличних ропству усвојена је од стране Уједињених нација септембра месеца 1956. године, а ступила је на снагу 30. априла 1957. године. Југославија ју је ратификовала 1958. године ("Службени лист ФНРЈ", Додатак број 7/1958).

40 Факултативни протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз Конвенцију о правима детета усвојена је Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 25. маја 2000. године, а ступио је на снагу 18. јануара 2002. године. Југославија ју је ратификовала 2002. године ("Службени лист СРЈ"- Међународни уговори, број 7/2002).

Dragana Radovanović, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

**CHILD LABOUR:
The Concept and Factors**

Summary

In the Fair Labor Standards, the term children labor is defined by international subjects who can directly or indirectly protect children from financial exploitation and who indicate the factors which create the environment for children labor appearance, formation and realisation. The influence of poverty, insufficient development, economic disparity, broken families, lack of education, citizen migrations from villages to towns, gender discrimination, adult irresponsible sexual behaviour, bad traditional customs, armed conflicts as well as missing children trafficking are the most common reasons for children labor existence.

Key words: *Children labor, children labor factor, employed children*

*Иван Барун, студент докторских студија
Правни факултет Универзитета у Нишу*

UDK: 331.105.44(4-672EU:497.11)

РЕПРЕЗЕНТАТИВНОСТ СИНДИКАТА- МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ДОМАЋА ПРАКСА

***Апстракт:** Репрезентативност је својство одређеног синдиката, које представља својеврсну гаранцију да је тај синдикат „овлашћен“ да представља раднике, односно да заступа интересе свих радника, запослених код одређеног послодавца, даље, запослених у грани, групи, подгрупи или делатности, односно свих запослених на територији одређене државе. Питање репрезентативности се најчешће поставља приликом одређивања релевантних учесника колективних преговора, као и приликом избора чланова за одређена трипартитна тела која се баве вођењем социјалне политике при ресорном министарству.*

***Кључне речи:** репрезентативност; синдикати; Република Србија; Европска унија.*

Увод

О синдикатима и репрезентативности

Закон о раду Републике Србије¹ у члану 6., синдикат одређује као самосталну, демократску и независну организацију запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса.

Оваква дефиниција синдиката у доброј мери одговара међународним стандардима у области слободе удруживања радника, који су садржани у број-

¹ “Сл. гласник РС”, бр. 24/2005 и 61/2005

ним инструментима међународног радног права^{2,3}. Њоме је гарантована могућност радницима да се организују ради остваривања својих најразличитијих интереса који су везани за њихов радни однос. Та могућност се у првом реду односи на заштиту права радника која могу бити угрожена, како од стране послодавца, тако и од стране државног апарата власти. Кроз синдикате радници, даље, теже да остваре побољшање услова рада, бољу заштиту на раду и бољи програм осигурања од социјалних ризика. Синдикат је организација радника кроз коју они исказују међусобну солидарност, како у тешким тренуцима, тако и у тренуцима одмора у виду радничких спортских игара и организовања колективних прослава у различитим приликама. Може се рећи да је листа интереса које радници могу остваривати кроз синдикално организовање неисцрпна, наравно, све док активности путем којих остварују своје интересе нису у супротности са Уставом и законима Републике Србије.

Као што смо видели, активности чланова синдиката могу бити различите. Њих можемо класификовати на основу различитих критеријума: да ли се помоћу њих остварује неки индивидуални или колективни интерес, да ли се односе на побољшање материјалног положаја радника или то није њихов примарни циљ, да ли су усмерене према послодавцу, државним властима или се одвијају на интерном нивоу, итд. Узимајући све карактеристике различитих активности синдиката, можемо говорити о различитом степену њихове важности. Тако, на пример, колективно преговарање представља једну од најважнијих синдикалних активности, заједно са правом на проглашење штрајка и заступањем радника у радно-правним споровима.

Да би један синдикат обављао неке од ових најважнијих активности⁴, у првом реду да учествује у процесу колективног преговарања, он мора да испуњава одређене, законом прописане, услове. Ти услови су дефинисани као услови за репрезентативност синдиката.

Репрезентативност је својство одређеног синдиката, које представља својеврсну гаранцију да је тај синдикат „овлашћен“ да представља раднике, односно да заступа интересе свих радника, запослених код одређеног послодав-

2 Општа декларација о правима човека ОУН-а из 1945. (чл. 23, ст.4); Конвенција (бр. 87) МОП-а из 1948. (чл. 2); Европска конвенција о заштити права човека и основним слободама из 1950 (чл. 11); Европска социјална повеља из 1961 (чл. 5), као и Ревидирана европска социјална повеља из 1996.

3 Видети више о слободи удруживања у: А. Петровић, Међународни стандарди рада, Правни факултет- Центар за публикације, Ниш, 2009; Бранко Лубарда, Европско радно право, „ЦИД“ Подгорица, 2004.

4 Иако се за статус репрезентативности претежно везује право на колективно преговарање, то не мора увек бити случај. Тако нпр. у Јапану само репрезентативни синдикат може учествовати у формалној процедури решавања радног спора, док у Суринаму и Гренади постоји обавеза накнаде штете у колико послодавац одбије да преговара са репрезентативним синдикатом запослених.

ца, даље, запослених у грани, групи, подгрупи или делатности, односно свих запослених на територији Републике Србије. Иако се репрезентативност, као својство одређеног синдиката, може захтевати за обављање различитих синдикалних активности, она се у првом реду предвиђа као услов учешћа одређене организације радника (синдиката) у процесу колективног преговарања. Установа репрезентативности је осмишљена са циљем да, кроз процес утврђивања исте, синдикат који је заинтересован да учествује у колективним преговорима докаже своју снагу, у смислу бројности, као и да докаже да ће заступати и интересе оних запослених који нису чланови синдиката. Ово је од посебне важности, имајући у виду да колективни уговор који је закључен у поступку колективног преговарања између репрезентативних представника радника и послодавца, обавезује све запослене⁵, оне који су чланови репрезентативног синдиката који је учествовао у преговорима али и оне који то нису.

Како би се ограничила евентуална самовоља и монопол синдиката, тежи се да се запосленима омогући да сами изаберу своје представнике, који ће у њихово име колективно преговарати. Давањем својства репрезентативности синдикату, запослени потврђују да пристају да их та организација представља у преговорима, како по закључењу колективног уговора не би одрицали легитимитет радњама спроведеним у њихово име⁶. Репрезентативност, дакле, подразумева поверење и преговарачку снагу синдиката. Преговарачка снага синдиката зависи од величине организације (персонално и територијално), финансијске моћ, аутономије у односу на послодавца, подршке од стране чланова и неких других елемената⁷.

Са друге стране, процедура утврђивања репрезентативности синдиката, има за циљ да се и представници послодавца увере у чињеницу да су њихови партнери у колективним преговорима заиста овлашћени да заступају интересе свих запослених. То се може схватити и као гаранција да ће се колективни уговор, који настане као плод ових преговора, без било каквих препрека примењивати на све запослене код послодавца, за колективне уговоре код послодавца, на све запослене у грани, групи, подгрупи или делатности, за посебне колективне уговоре, и на све запослене, за општи колективни уговор.

5 Према члану 262. ЗОР-а, предвиђено је дејство колективног уговора на све запослене, без обзира да ли су њихови представници учествовали у колективним преговорима, односно да ли су ти запослени чланови репрезентативног синдиката, чиме је колективним уговорима признато проширено дејство.

6 С. Јашаревић, Репрезентативност синдиката и организација послодавца у функцији афирмације колективног преговарања, Право- теорија и пракса, Београд, бр. 11-12, 1992, стр. 84.

7 Б. Шундерић, Репрезентативност организација запослених и послодавца, Новине у прописима о раду, Београд, 2006, стр. 243

Стање у домаћем законодавству

Услови за репрезентативност синдиката према Закону о раду РС

Да би се одређени синдикат сматрао репрезентативним, према Закону о раду Републике Србије, мора да испуњава следеће услове: да је основан и делује на начелима слободе синдикалног организовања; да је независан од државних органа и послодавца; да се претежно финансира из чланарина и других сопствених извора; да има потребан број чланова; да је уписан у одговарајући регистар.

Слобода и независност представљају основна начела на којима почива идеја слободе удруживања радника. Репрезентативни синдикат морају основати сами радници, на основу међусобног споразума о удруживању, без било каквих притисака, како од стране послодавца, тако и од стране државних органа. Оснивање синдиката не сме бити ограничено поступком издавања дозволе од стране надлежног органа, као ни увођењем непотребних формалности у поступак регистрације⁸. Независност репрезентативног синдиката се обезбеђује и захтевом да се финансира претежно, ако не и искључиво, из сопствених извора прихода, као што су, у првом реду, чланарине. Уписом у регистар, у складу са законом, синдикат стиче својство правног лица и стиче могућност да буде носилац права и обавеза које су неопходне у остваривању функције његовог постојања. Синдикат има овлашћено лице, печат, седиште и све остале карактеристике правног лица.

Услов који се односи на потребан број чланова је од посебног значаја за репрезентативност синдиката. Док су се услови, разматрани у претходном пасусу, односили на легалитет синдиката, у смислу да је основан и делује у складу са законом и начелима синдикалног удруживања, услов бројности чланства се односи на легитимитет. Потребан број чланова репрезентативном синдикату даје „овлашћење“ да у име свих радника преговара са представницима послодавца, са циљем закључења колективног уговора.

ЗОР предвиђа два нивоа репрезентативности. Репрезентативност код одређеног послодавца (чл. 219. ЗОР-а) и репрезентативност за територију Републике Србије, односно за јединицу територијалне аутономије или јединицу локалне самоуправе, односно за грану, групу, подгрупу или делатност (чл. 220. ЗОР-а). Репрезентативни синдикат код послодавца је овлашћен да води колективне преговоре са циљем закључивања колективног уговора о раду код послодавца, репрезентативни синдикат за грану, групу, подгрупу или делатност је овлашћен на закључивање посебног колективног уговора, док је репрезентативни синдикат за територију Републике Србије овлашћен на закључивање општег колективног уговора.

⁸ Видети више: А. Петровић, *op. cit.* стр. 100. и даље

Да би један синдикат био репрезентативан код послодавца неопходно је да је у њега учлањено најмање 15% запослених, од укупног броја запослених код тог послодавца. Број запослених се доказује на основу приступница где приоритет има последња потписана приступница синдикату. Ови синдикати могу бити основани само за потребе колективног преговарања са послодавцем код кога су запослени, као и због остваривања других интереса запослених искључиво у том предузећу.

Репрезентативним синдикатом за територију Републике Србије, односно за јединицу територијалне аутономије или јединицу локалне самоуправе, односно за грану, групу, подгрупу или делатност, сматра се синдикат у који је учлањено најмање 10% запослених од укупног броја запослених у грани, групи, подгрупи или делатности, односно на територији одређене територијалне јединице. Овде се ради о синдикатима који воде колективне преговоре за закључивање општег колективног уговора и посебних колективних уговора, односно о синдикатима који штите интересе запослених изван појединачних предузећа. Може се рећи да ови синдикати штите општи интерес запослених на територији Републике Србије, без обзира у ком предузећу/сектору радили.

Синдикат основан са циљем заштите интереса запослених на целој територији Републике Србије, или на територији одређене територијалне јединице, може бити репрезентативан и приликом колективног преговарања код тачно одређеног послодавца, у колико је у њега непосредно учлањено најмање 15% запослених код тог послодавца (чл. 219. ст. 2. ЗОР-а).

Поред права на колективно преговарање и закључивање колективног уговора на одређеном нивоу, репрезентативни синдикат је, према домаћем законодавству, овлашћен да учествује у решавању колективних радних спорова, има право на да учествује у раду трипартитних и мултипартитних тела на одговарајућем нивоу, као и друга права у складу са законом. (чл. 239. ЗОР-а).

Утврђивање репрезентативности синдикака према Закону о раду РС

С обзиром да је репрезентативност синдиката нормирана на два начина, односно репрезентативност код послодавца и репрезентативност на територији Републике Србије, постоје и два начина утврђивања репрезентативности.

Репрезентативност синдиката код послодавца се, у првом реду, утврђује код послодавца уз присуство заинтересованих представника синдиката (чл. 223. ст. 1. ЗОР-а). Представници синдиката послодавцу подносе захтев за утврђивање репрезентативности, и уз њега прилажу неопходне доказе којима потврђују испуњеност услова из члана 218. ЗОР-а. У случају да послодавац позитивно одлучи по захтеву синдиката, поступак се окончава.

У случају да послодавац у року од 15 дана не одлучи по захтеву за утврђивање репрезентативности код послодавца, или је по њему одлучио негативно, представницима синдиката је пружена могућност да се истим захтевом обрете Одбору за утврђивање репрезентативности синдиката и удружења послодавца (чл. 223. ст. 2. ЗОР-а). Овај одбор је образован на принципу трипартитности и чине га представници Владе Републике Србије, синдиката и удружења послодавца.⁹ Коначну одлуку у овако покренутом поступку доноси министар за рад, на предлог Одбора. Против ове одлуке се може водити управни спор.

Репрезентативност синдиката за територију Републике Србије, односно јединице територијалне аутономије или локалне самоуправе, односно у грани, групи, подгрупи или делатности, утврђује министар, на предлог Одбора, након поступка предвиђеног ЗОР-ом.

Било да се ради о репрезентативности синдиката код послодавца или репрезентативности на територији Републике Србије, она се утврђује за одређени временски период, и то на период од 3 године. Након истека рока од 3 године од дана доношења решења о репрезентативности синдиката, може се покренути посебан поступак за преиспитивање утврђене репрезентативности (чл. 233. ЗОР-а). Активну легитимацију у овом поступку имају заинтересовани послодавци или други синдикати. Поступак за преиспитивање утврђене репрезентативности се води по правилима поступка за утврђивање репрезентативности синдиката (чл. 228. – 232. ЗОР).

Међународни стандарди

Методи утврђивања репрезентативности

Када је реч о репрезентативности синдиката, у свету су се издвојила три приступа при регулисању овог питања. Тако можемо разликовати плуралистичку концепцију; доктрину ексклузивног представника радника и доктрину репрезентативног синдиката.¹⁰

Плуралистичку концепцију карактерише присутност већег броја синдиката, који могу учествовати у колективним преговорима. Да би учествовале у преговорима ове синдикалне организације морају у свом чланству имати одређени број запослених, на нивоу на коме се воде колективни преговори.

⁹ Одбор за утврђивање репрезентативности је стручно тело, састављено од представника социјалних партнера (запослених и послодавца), као и од представника државне власти. Одбор чини девет чланова (по три из Владе, репрезентативних синдиката и уније послодавца), именованих на четири године. Одбор помаже у раду Министарству, у смислу да даје предлоге одлука везаних за издавање решења о репрезентативности, као и да пружа стручну подршку у превазилажењу разних проблема насталих на релацији синдикати-држава и синдикати-послодавци.

¹⁰ С. Јашаревић, *op. cit.* стр. 85.

Неопходни број запослених, чланова синдиката, варира од државе до државе. Обично се проценат креће од 10 до 50% запослених. Постоје и државе које су се определиле да границу за неопходан број чланова одреде на апсолутан начин, уместо у одређеном проценту (нпр. Бугарска, 50.000).

Обично се плуралистичка концепција јавља у предузећима и гранама у којима су запослени радници разних струка и занимања, који често имају различите интересе. За плуралистичку концепцију се одлучио велики број европских држава, с обзиром да њихове економске системе карактерише слободна привреда, са претежно приватним власништвом, те стога постоји потреба за заступањем различитих интереса кроз синдикално организовање.

За разлику од плуралистичке концепције, у којој постоји више синдиката који учествују у процесу колективног преговарања, према доктрини ексклузивног представника радника и доктрини репрезентативног синдиката, постоји само једна организација која, на страни радника, учествује у процесу колективног преговарања.

Доктрина ексклузивног представника радника заступљена је у САД и Канади. Овај приступ решавању питања репрезентативности синдиката се огледа у чињеници да постоји више организација радника, али да оне међусобно конкуришу за позицију ексклузивног преговарача у процесу преговора за закључење колективног уговора. Наиме, синдикат који освоји потребну већину гласова запослених постаје њихов искључиви представник у колективном преговарању.

Ексклузивитет у процесу колективног преговарања позитивно утиче на стабилност самог процеса преговарања, у смислу да неће постојати супротстављени ставови на страни радничке преговарачке позиције. Међутим, поред овог позитивног утицаја, доктрина ексклузивног представника има и негативну конотацију, с обзиром да ексклузивни синдикат запослених добија фактички монопол на преговарање, из чега могу произаћи бројни проблеми (отуђење синдиката од запослених; могућност злоупотребе положаја од стране синдикалних вођа; незаинтересованост, итд.).

У државама које су се одлучиле за доктрину репрезентативног синдиката (нпр. Белгија), организације радника које се изборе за овај статус имају извесне привилегије у процесу колективног преговарања. Да би организација радника стекла статус „најрепрезентативнијег синдиката“, неопходно је да испуни бројне услове који се пре свега односе на величину чланства али и да та организација представља интересе већег броја занимања, да је организована на нивоу целокупне територије одређене државе, итд.

Постоји извесна сличност између плуралистичке концепције и доктрине репрезентативног синдиката, у смислу да у колективним преговорима може учествовати већи број синдиката. Међутим, док се код плуралистичке концепције, као услов предвиђа само бројност чланства одређене организације

радника, код доктрине репрезентативног синдиката се инсистира, не само на величини чланства, већ и на бројним другим условима, тако да у земљама са оваквим уређењем, број синдиката који учествује у колективним преговорима (репрезентативни синдикати), остаје јако мали, а најчешће је то само један синдикат.

Међународна регулатива и стање националних законодавстава о репрезентативности синдиката

Питање репрезентативности синдиката, због свог посебног значаја у области радног права, уређено је на међународном плану, нарочито кроз деловање Међународне организације рада, као и на нивоу Европске уније.

Међународна организација рада

МОР се питањем репрезентативности синдиката бави у оним инструментима који се односе на колективно преговарање. У тим инструментима се репрезентативност истиче као један од главних услова успешног колективног преговарања и поштовања колективних уговора.

Према Конвенцији МОР-а (бр. 154) о колективном преговарању и Препоруци МОР-а (бр. 163) о колективном преговарању, потребно је донети одређене мере, које ће бити прилагођене националним условима и које ће бити ефикасно примењиване у циљу унапређења колективног преговарања. Тим мерама треба олакшати оснивање и развој слободних, независних и репрезентативних организација (радника и послодавца)¹¹.

Репрезентативна је она организација, према регулативи МОР-а, која представља, замењује или заступа послодавце односно раднике у процесу колективног преговарања. Могло би се рећи да у овом смислу репрезентативност подразумева поверење и преговарачку снагу. Поверење произилази из односа саме организације према својим члановима и присталицама, али и од постигнутих резултата при реализацији плана и програма активности. Преговарачка снага ће зависити од величине организације (персонално и територијално), финансијске моћи, аутономије у односу на послодавце, подршке од стране чланова и других елемената.¹²

Даље се предлаже да се донесу и примене одређене мере које ће бити прилагођене националним условима а на основу којих ће се утврдити којим ће организацијама радника бити признато својство преговарача (чл. 3. ст. 1. Препоруке (бр. 163)). Процедура за признавање својства преговарача треба бити заснована на објективним критеријумима. Ти критеријуми требају бити претходно дефинисани и тичу се карактера репрезентативности. Од пресудне

¹¹ Тако и: А. Петровић, *op. cit.* стр. 126.

¹² Б. Шундерић, *op. cit.* стр. 240.

је важности да репрезентативност, као својство организације (радника и послодаваца) које представља услов за стицање права на колективно преговарање, буде утврђена на основу услова који су прописани националним законодавством¹³. Став 2. истог члана предлаже да се успостављање поменутих критеријума учини уз консултацију са одговарајућим представницима радника и послодаваца.

Као што се може приметити, инструментима МОП-а су дате смернице у оквиру којих би национална законодавства требало да донесу прописе и уреде процес колективног преговарања и питање репрезентативности представничких организација (синдиката и удружења послодаваца). У тим документима се инсистира на томе да је организација слободно основана, да је независна од било каквих притисака, као и на томе да критеријуми за утврђивање репрезентативности буду претходно утврђени законом и то на објективан начин.

Регулатива Европске уније

Као што је то случај код МОП-а, и регулатива Европске уније питање репрезентативности организација радника и послодаваца уређује у документима који се претежно односе на колективно преговарање.

На нивоу Уније, развијен је један специфичан институт под називом „социјални дијалог“, који представља процес, односно начин за уређење односа између „социјалних партнера“ (организација радника и послодаваца). Садржину тог института, између осталог, чини и колективно преговарање.

Колективно преговарање је на нивоу Уније први пут регулисано Протоколом о социјалној политици¹⁴, који је донет уз Уговор из Мастрихта, а свој финални облик добија Споразумом о социјалној политици, који са Протоколом чини интегрални део Уговора из Амстердама. Члан 3. Протокола је посвећен колективном преговарању, и у њему се наводи да ће Европска комисија потстицати дијалог између представника радника и послодаваца. Такође се наводи да ће сва питања везана за однос радника и послодаваца бити решавана кроз сарадњу и дијалог социјалних партнера, а да ће Европска комисија учинити све, не би ли се превазишли евентуални проблеми и потешкоће у овом процесу.

Да би одређене организације радника и послодаваца учествовале у социјалном дијалогу, морају бити препознате као релевантне, односно репрезентативне. У једној од студија спроведених на нивоу земаља Уније¹⁵, утврђено је да, у највећем броју случајева, међусобно препознавање социјалних партнера као релевантних представља основни механизам утврђивања

13 Ibid.

14 Protocol on Social Policy, Treaty on European Union, Maastricht, Official Journal c 191, 29. July 1992.

15 Annex III: Main results of the “Study on the representativeness of the social partners”, COM (93) 600 final of 14th December 1993.

репрезентативности. Такође је утврђено да у неколико земаља постоје и механизми за утврђивање репрезентативности који захтевају испуњење неких посебних услова, како на страни радничких организација, тако и на страни послодаваца. Наиме, за учествовање у колективним преговорима најчешће се захтева да синдикат обезбеди подршку извесног броја чланова, од укупне популације запослених, на нивоу на коме се воде преговори, и то се обично изражава помоћу процената (нпр. 15% запослених у грани или делатности). Поред бројности чланства, у неким случајевима се постављају и додатни захтеви, у првом реду, приликом избора чланова одређених трипартитних тела која учествују у вођењу социјалне политике (нпр. да је синдикат основан за целокупну територију одређене државе).

Као закључак ове студије, изнет је став да не постоји јединствено решење уређења питања репрезентативности синдиката и унија послодаваца, те стога није могуће узети неко готово решење и применити га на нивоу Уније. Имајући то у виду, Европска комисија се одлучила да једним документом¹⁶, који је донет у процесу имплементације Протокола о социјалној политици, установи минимум стандарда које би организације радника и послодаваца требало да испуњавају, да би били препознати као релевантни социјални партнери на нивоу Уније, а да се државама чланицама остави могућност да на нивоу националних законодавстава подробије уреде питање репрезентативности.

Услови су следећи: да је организација основана за деловање на нивоу Уније и да делује у одређеном привредном сектору; да је део структуре социјалног партнерства у држави чланици, и да има капацитете да преговара и склапа споразуме који су признати у државама чланицама; да располаже ресурсима који јој омогућују несметано учешће у процесу социјалног дијалога.

Прибегавши оваквом решењу, Европска комисија је оставила слободу државама чланицама, да саме уређују питање репрезентативности синдиката на националном нивоу, уз поштовање принципа слободе удруживања и минимума европских стандарда у погледу организовања радника. Са друге стране, у колико организација радника одређене државе чланице жели да учествује у социјалном дијалогу на нивоу Уније, она мора да буде, пре свега повезана са организацијама радника из других држава чланица, као и да има капацитете да делује на једном ширем плану.

Повезивање синдиката на нивоу Уније, остварује се кроз Европску конфедерацију синдиката¹⁷. Према Преамбули Статута ETUC-а, ова организација је основана са циљем да уједини организације радника са различитим интересима, како би се обезбедило представљање свих радника на Европском нивоу, а водећи рачуна о начелима слободе, независности и демократије, на

¹⁶ COM (93) 600 final of 14th December 1993, Communication from the Commission concerning the application of the Protocol on Social Policy

¹⁷ European Trade Union Confederation, Видети више на: www.etuc.org

којима су ове организације радника основане. У састав ове организације улазе национални синдикати радника, који су у тим државама чланицама препознати као релевантни, односно репрезентативни.

Као што смо видели, сви документи на нивоу Уније, прописују одређене стандарде које представничке организације морају испунити, не би ли се сматрале репрезентативнима. Ти стандарди су општег карактера, што им омогућује универзалност примене у свим државама чланицама. Доношење посебних прописа, по питању репрезентативности представничких организација, односно нормирање самих услова за репрезентативност синдиката и уније послодаваца, су остали у надлежности држава чланица Уније.

Репрезентативност синдиката у законодавствима земаља чланица Европске уније

Као што је у више наврата истицано, у законодавствима земаља Европске уније питање репрезентативности синдиката се уређује на различите начине. Наиме, постоје државе у којима ово питање није законом регулисано, и остављено је учесницима у процесу социјалног дијалога, да међусобним признањем остварују релевантну улогу и статус репрезентативности. На другој страни, постоје државе у којима је питање репрезентативности уређено законом, док начин регулативе, такође, варира.¹⁸

У Француској је од 2008. године на снази нови Закон о раду, чија се потпуна примена очекује до краја 2013. године. Према овом Закону, да би један синдикат био репрезентативан, неопходно је: да поштује вредности Републике Француске; да је независан од Владе, политичких партија и верских организација; да своје финансије води транспарентно; да постоји и делује најмање две године у одређеној грани, делатности или територијалној јединици; да све активности које предузима буду усмерене ка борби за побољшање положаја радника; да има одређену, законом прописану подршку, и то на нивоу предузећа најмање 10% запослених, у грани, групи, подгрупи или делатности 8% свих запослених, на националном нивоу 8% запослених у свим гранама.¹⁹

Шпанија, с обзиром на изражену подељеност на унутрашњем плану, има различите критеријуме за репрезентативност синдиката на националном нивоу и на нивоу јединице територијалне аутономије. Тако је за репрезентативност на националном нивоу неопходно да синдикат има подршку најмање 10% запослених на целој територији Краљевине Шпаније. Овај услов испуњавају два синдиката (ССОО 10,7% и UGT око 13%). На нивоу јединице територијалне аутономије, неопходна је подршка најмање 15% запослених (у Баскији постоје

¹⁸ Тако и: J. Visser, Union membership statistic in 24 countries, Monthly Labour Review, vol. 129, No.1, 2006, стр. 38. и даље

¹⁹ L. Fulton, Worker representation in Europe, Labour Research Department and ETUI, 2011 (online publication: www.worker-participation.eu)

два репрезентативна синдиката ELA/STV и ВМК, док у Галицији постоји само један СИГ)²⁰. Ово је од посебне важности, имајући у виду да се колективно преговарање води на различитим нивоима.

Према савезном Закону о раду Аустрије, синдикати су овлашћени на колективно преговарање и закључивање колективних уговора, уколико су независни (и од стране послодавца и од стране државних власти), и уколико Савезна арбитража (Bundeseinigungsamt), заједничко тело основано у оквиру Савезног министарства за рад, социјалне послове и заштиту потрошача, том синдикату призна својство репрезентативности, на основу великог броја чланова, велике територије на којој делује и на основу значајног економског утицаја који остварује. Ове услове испуњава једино Аустријска унија синдиката (ОГБ). Према Статуту ОГБ-а, синдикати који улазе у састав ове уније, нису самостални, односно представљају само делове јединствене организације. То практично значи да је једино ОГБ овлашћен на колективно преговарање и закључивање колективног уговора. У пракси, поједини синдикати, чланови ОГБ-а, уживају одређени степен аутономије и могу самостално водити преговоре, али се колективни уговор закључује, искључиво, потписивањем од стране овлашћеног лица ОГБ-а.²¹

У законодавству Савезне републике Немачке, не постоје прописи који одређују критеријуме да би се један синдикат могао сматрати репрезентативним. Према одлуци Савезног суда за радно право (Bundesarbeitsgericht), да би један синдикат био репрезентативан и учествовао у процесу колективног преговарања, мора да испуњава све захтеве који се од једног синиката очекују, тј. да има довољно капацитета (финансијског, организационог, логистичког, итд.) да успешно обавља све активности и да је у претходном периоду већ учествовао у колективним преговорима на одређеном нивоу.²²

Да би се један синдикат сматрао репрезентативним у Великој Британији, неопходно је да добије сертификат независности од стране посебне службе за издавање сертификата (UK Certification Officer), применом правила о општем поступку сертификације. Међутим, у пракси, на нивоу предузећа, послодавац може да закључи колективни уговор са било којим представником радника,

20 M. Caprile and P. S. de Miguel, *Representativeness of the European social partner organisation: public administration sector; Spain*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011 (online publication www.eurofound.europa.eu)

21 B. Allinger, *Representativeness of the European social partner organisation: commerce; Austria*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011 (online publication www.eurofound.europa.eu)

22 B. Beese, S. Vogel, *Representativeness of the European social partner organisation: commerce; Germany*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011 (online publication www.eurofound.europa.eu)

којег сматра репрезентативним, што је у складу са либералним системом индустријских и радних односа у Великој Британији.²³

Бугарски Закон о раду дефинише критеријуме за репрезентативност синдиката на националном нивоу. Услови су следећи: синдикат мора да има најмање 50.000 чланова; синдикат мора да има најмање 50 локалних одбора, са минимумом од 5 чланова у сваком, а да при том ти локални одбори буду представљени у најмање 1/3 привредних сектора; да синдикат има представништва у најмање половини градова на територији Републике Бугарске.²⁴

У ред држава чланица Европске уније, које немају посебну регулативу везану за репрезентативност синдиката спадају: Пољска, Чешка, Данска, итд.²⁵. У овим државама једино постоји механизам међусобног препознавања, као релевантих социјалних партнера, представничких организација радника и послодаваца.

Резиме

Репрезентативност је својство одређеног синдиката, које представља својеврсну гаранцију да је тај синдикат „овлашћен“ да представља раднике, односно да заступа интересе свих радника, запослених код одређеног послодавца, даље, запослених у грани, групи, подгрупи или делатности, односно свих запослених на територији одређене државе.

Питање репрезентативности се најчешће постоваља приликом одређивања релевантних учесника колективних преговора, као и приликом избора чланова за одређена трипартитна тела која се баве вођењем социјалне политике при ресорном министарству.

Услови за репрезентативност синдиката и њено утврђивање у Републици Србији су нормирани Законом о раду, што нашу државу сврстава у ред оних, које су се одлучиле да у овој области донесу посебне прописе и не остављају превелику слободу учесницима у колективним преговорима да сами одређују релевантне партнере.

Могло би се рећи да наша држава, по питању регулисања услова за репрезентативност синдиката, прати европске трендове у погледу законодавства. Решења слична оном и ЗОР-а Републике Србије могу се наћи у Закону о раду земаља чланица Европске уније, као што су Француска, Шпанија и Бугарска, на пример.

23 T. Prosser, Representativeness of the European social partner organisation: commerce; United Kingdom, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011 (online publication www.eurofound.europa.eu)

24 L. Fulton, *op. cit.*

25 L. Fulton, *op. cit.*

Ivan Barun, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

**THE REPRESENTATIVE CAPACITY OF TRADE UNIONS:
International Standards and National Practice**

Summary

The capacity to represent a trade union implies a kind of a guarantee that a specific trade union is “authorized” to represent the interests of all workers employed by a specific employer (in some area, branch, group, subgroup or individual business), or to represent the entire body of employees in the territory of a particular state. The issue of representative capacity is most frequently raised in case of determining the competent participants in the collective bargaining or negotiation process as well as in case of selecting members of specific tripartite bodies of authority which are involved in running the social policy within the competent ministry.

In the Republic of Serbia, the conditions governing the representative capacity of a trade union and the procedure for establishing its representativeness are regulated by the Serbian Labour Act. Thus, our country falls into the group of countries which have decided to adopt special regulations in this area, without leaving too much freedom to the participants in the collective bargaining or negotiation processes to freely decide on the relevant partners themselves. In terms of regulating the conditions governing the representative capacity of trade unions, the enacted national legislation is generally in compliance with the European legislative trends. The legal provisions contained in the Serbian Labour Act are similar to those that may be located in the legislations of a number of EU member states, such as: France, Spain and Bulgaria.

Key words: *representative capacity, trade unions, Republic of Serbia, European Union*

РАСКИД ИЛИ ИЗМЈЕНА УГОВОРА ЗБОГ ПРОМИЈЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Апстракт: У овом излагању разматрају се нека општа питања која се односе на промијењене околности. У раду ћемо говорити о изворима права, историјском развоју и примјени клаузуле *rebus sic stantibus* у законодавствима, условима за раскид или измјену уговора због промијењених околности, о правним дејствима и о могућности одрицања од позивања на промијењене околности. Основни предмет разматрања представљају одредбе Закона о облигационим односима које се односе на промијењене околности са освртом на рјешења која су прихваћена у упоредном праву нарочито у земљама која су некада била у саставу Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Приликом израде рада водило се рачуна, не само о прихваћеним рјешењима у законодавству и доктрини, већ и о судској пракси.

Кључне ријечи: уговор, промијењене околности, измјена уговора, раскид уговора.

1. Увод

Начело једнаке вриједности давања заштићено је поред прекомјерног оштећења и забране зеленашких уговора, још могућношћу раскида или измјене уговора због промијењених околности или како се то још традиционално назива клаузулом *rebus sic stantibus*.¹ Овдје је до несклада узајамних престација дошло после закључења уговора у току његовог извршења, за разлику од прекомјерног оштећења гдје се несклад вриједности узајамних престација процјењује у моменту закључења уговора.² Двострани уговори са трајним

1 Назив *rebus sic stantibus* који у преводу гласи „док ствари тако стоје“ потиче из доба постглосатора којим се изражавало схватање да су странке дужне да изврше своје обавезе само ако су ствари остале у истом стању у коме су биле у вријеме закључења уговора. В.: С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 422.

2 В.: С. Перовић, *нав. дјело*, стр. 422; С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Крагујевац, 1980, стр. 426.

престацијама³, подложни су измјенама околности које могу настати у току његовог извршења. Има аутора који сматрају да би се ова правила *de lege ferenda* требала примијенити и код једностраних уговора.⁴ Клаузула *rebus sic stantibus* представља природни састојак сваког двостраног уговора.

Овдје се поставља питање може ли страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промијењених околности не може остварити сврху уговора захтијевати раскид или измјену уговора због промијењених околности? Могућа су два одговора на постављено питање. Први, према коме уговор треба извршити онако како гласи, без обзира на доцније измијењене околности, а усљед строгог поштовања принципа *pacta sunt servanda*. Према другом схватању, под одређеним условима, треба водити рачуна о утицају промијењених околности на извршење уговора, и поред поштовања основног принципа да уговоре треба извршавати онако како они гласе. Постоје разлози и за, и против за прихватање оба става.

Ако би се код двостраних уговора са трајним извршењем обавеза стране у сваком случају могле позивати на промијењене околности, уговорна дисциплина би била озбиљно пољуљана. Али с друге стране, стриктна примјена принципа апсолутности уговора може у одређеним случајевима довести до неправичних рјешења у пракси. У таквој ситуацији апсолутно поштовање принципа *pacta sunt servanda* редовно би водило озбиљном оштећењу интереса једне стране, а могуће и погодовању интереса друге, и то због околности за чије наступање погођена страна није крива.⁵

У нашем Закону о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) предвиђено је правно правило да, ако последице закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и у другом случају у тој мјери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промијењених

3 Поводом овог питања мишљења аутора су подијелена тако да неки наводе нпр. да се ова правна правила јављају код двостраних трајних уговора. В.: Ј. Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2004, стр. 378., а неки сматрају да се примјењују код теретних уговора. В.: Ж. С. Ђорђевић, В. С. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987, стр. 280; Ј. Милошевић, *Облигационо право*, Београд, 1972, стр. 114; По мишљењу професора Б. Мораита ова правна правила се примјењују код двостраних теретних уговора са трајним престацијама. В.: Б. Мораит, *Облигационо право*, књига прва, Бања Лука, 2007, стр. 269 - 270.

4 Видјети више о томе: Z. Slakoper, „Promijenjene okolnosti danas i u Nacrtu Zakona o obveznim odnosima”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1/2005, стр. 433; М. Мићовић, „Клаузула *rebus sic stantibus*“, *Правни живот*, бр. 11/2008, стр. 456.

5 В.: S. Petrić, „Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр.1/2007, стр. 2.

околности не може остварити сврху уговора може захтијевати да се уговор раскине.⁶

2. Извори права

Наше право је и прије доношења ЗОО било на становишту по којем се води рачуна о промијењеним околностима. На основу Закона о неважности правних прописа донесених прије шестог априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације⁷, примјењују се правна правила бивших грађанских законика, под одређеним условима. У Аустријском општем грађанском закону⁸ предуговор обавезује само ако се околности нису тако промијениле, да се тиме осујећава изречно изјашњени, или по околностима одређени циљ, или да је једна или друга страна изгубила повјерење. Уз ово правно правило клаузулу *rebus sic stantibus* у том периоду налазимо у савезном Закону о наслеђивању⁹ и у Закону о односима родитеља и дјецe.¹⁰

У Општим узансама за промет робом¹¹ (у даљем тексту: ОУПР) налазе се правила о измјени и раскиду уговора због промијењених околности. У литератури се с правом истиче да уређивање утицаја промијењених околности у ОУПР представља класичну творевину континенталног права, док је овај институт у ЗОО редигован под утицајем англосаксонске доктрине осујећења уговора.¹² Према правилима ОУПР ако би због изванредних догађаја, који се нису могли предвидјети у вријеме закључења уговора, испуњење обавезе за једну странку постало претјерано отежано или би јој нанијело претјерано велики губитак, она може тражити да се уговор измијени или чак и раскине. Странка

6 В.: чл. 133, ст. 1 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 21/92, 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04. У Републици Српској примјењује се југословенски Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 на основу члана 12 Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске *Службени гласник Р. Српске*, бр. 21/92. У том смислу је и чл. 112, ст. 1 Облигацијског законика Републике Словеније – ОЗС, *Uradni list RS*, бр. 83/2001, 32/04, 28/06, 40/07 и 97/07 и чл. 122, ст. 1 Закона за облигационите односе Републике Македоније - ЗООМ, *Службени весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09.

7 В.: *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 86/46.

8 В.: чл. 936 Аустријског општег грађанског законика - АГЗ, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, <http://ibiblio.org/ais/abgb1.htm>, 15. мај 2011.

9 В.: *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 20/55. Упор.: чл. 143, ст. 1 Закона о наслеђивању, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 1/09.

10 В.: чл. 45 Закона о односима родитеља и дјецe СР Србије, *Сл. гласник СРС*, бр. 52/74. Упор.: чл. 263, ст. 1 Породичног закона, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 54/02 и 41/08.

11 *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 15/54.

12 В. Б. Мораит, *нав. дјело*, стр. 270.

не може тражити измјену или раскид уговора због промијењених околности које су наступиле по истеку рока одређеног за испуњење њене обавезе.¹³

У ЗОО¹⁴ је регулисан раскид или измјена уговора због промијењених околности, али са извјесним одступањима у односу на дотадашња рјешења. С обзиром да у Босни и Херцеговини траје процес реформе облигационог права, у посљедњем Приједлогу Закона о облигационим односима из 2009. године (чланови 150 – 153) није се одступило у овој материји од рјешења старог закона, осим у погледу јаснијег дефинисања овлаштења уговорних страна у ситуацији када се једна од њих позива на промијењене околности. Важно је поменути да је и у Србији у току доношења Грађанског законика, а поводом овог правног института су предвиђене различите варијанте дејства промијењених околности у двије радне верзије Грађанског законика из 2007. и 2009. године.¹⁵ Једна од алтернатива је и враћање рјешењу из ОУПР.

3. Историјски развој и примјена у законодавствима

У римском праву промијењене околности нису сматране разлогом за ослобођење од извршења уговорне обавезе, изузев када су имале обиљежје више силе у ком случају је ријеч о потпуној немогућности извршења обавезе.¹⁶ Тек у канонском праву идеја о промијењеним околностима је прихваћена, а правдана је неправичним обогаћењем једног од уговорача. Иако вијековима развијана, теорија није добила мјеста у великим кодификацијама грађанског права 19. и почетком 20. вијека. Њу у принципу не познају грађански кодекси Француске, Аустрије, Њемачке и Швајцарске.¹⁷

Међутим, са ограничењем аутономије воље у 20. вијеку долази и до другачијих схватања утицаја промијењених околности на извршење уговора. До овог је дошло усљед ратова и тешких криза које су потресале свјетску привреду. Француска судска пракса ограничења Француског грађанског законика и даље превладава позивом на теорију импревизије или непредвидљивости, али само у области административних уговора, јер се и даље у пракси Касациског суда

13 В.: узанса бр. 55.

14 В.: чл. 133 - 136 ЗОО. Клаузула *rebus sic stantibus* појављује се у ЗОО и у чл. 45, ст. 6 код предуговора; у чл. 196 који се односи на измјену досуђене накнаде материјалне штете у случају смрти, тјелесне повреде и оштећења здравља; у чл. 560 код уговора о зајму; у чл. 624 код уговора о дјелу; у чл. 634, 636, 637 и 639 код уговора о грађењу; у чл. 703 код уговора о лиценци; у чл. 714 код уговора о остави; у чл. 876 - 879 код уговора о организовању путовања.

15 Разликујемо три варијанте у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије из 2009. године, у другој књизи која се односи на облигационе односе, и двије варијанте у верзији из 2007. године, <http://www.mpravde.gov.rs/>, 9. јун 2011.

16 Али у дјелима римских филозофа и моралиста била је истакнута идеја да није неморално не испунити дато обећање ако су се околности у међувремену промијениле.

17 В.: С. Перовић, *нав. дјело*, стр. 424 - 446.

одбија прихватити ова теорија за уговоре грађанског права. У аустријском праву се позивање на промијењене околности, и поред непостојања генералног правила, темељи на неким другим одредбама Аустријског општег грађанског законика.¹⁸ Италијански грађански законик¹⁹ из 1942. године, први од великих грађанских законика, прихвата клаузулу *rebus sic stantibus* као опште правило. Ова се клаузула примјењује на све уговоре са трајним или сукцесивним престајама, те на уговоре са одгођеним роком испуњења. Изричито су искључени једино алеаторни уговори.

У њемачком праву судска пракса је примјеном начела савјесности и поштења (*Treu und Glauben*) створила концепт признања утицаја промијењених околности на уговор. Приликом реформе Њемачког грађанског законика²⁰ из 2001. године у области облигационог права, овај институт је добио одговарајуће мјесто у закону тако да је у члану 313 регулисано право на измјену или раскид уговора због поремећаја основе посла (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Одредбе овог члана односе се на све уговоре, не само на двострано обавезујуће.²¹

Енглеско право је првобитно било на становишту да уговорне обавезе имају апсолутни карактер, али је касније настала теорија осујећења уговора (*frustration of contract*) која је и данас владајућа што се тиче ослобођења дужника од уговорне одговорности. Према становишту енглеске судске праксе сматраће се да је уговор осујећен ако је извршење обавезе постало немогуће, или ако би извршење уговорне обавезе онако како она гласи, уколико би и било могуће, због измијењених околности представљало суштинску промјену у односу на обавезу која је првобитно преузета. Као посљедица ратних догађаја у Енглеској је 1943. године донијет *Law reform (Frustrated Contracts) Act* са циљем да се регулишу посљедице које произлазе из осујећења (*frustration*) уговора услед догађаја који су били ван контроле уговорних страна.²² Америчка теорија изградила је појам неизводљивости испуњењења (*impracticability*), који одговара енглеском појму осујећења уговора.

18 В.: чл. 936, 1052 и 1170а АГЗ.

19 В.: чл. 1467-1469 Италијанског грађанског законика – ИГЗ, http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm, 1. јуна 2011.

20 Њемачки грађански законик – ЊГЗ, *Bürgerliches Gesetzbuch*, <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>, 15. септембар 2010.

21 В.: S. Petrić, *нав. дјело*, стр. 11-13.

22 Видјети више о томе: И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 103-111; М. Драшкић, М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 438-440; R. Stone, *Contract law*, London-Sydney-Portland-Oregon, 2003, стр. 177-193; L. Mulcahy, *Contract law in perspective*, London and New York, стр. 127-136.

Овдје је занимљиво поменути да Хашка конвенција о међународној продаји робе²³ из 1964. године и Конвенција УН-а о уговорима о међународној продаји робе²⁴ не регулишу институт измјене или раскида уговора због промијењених околности, него се оне узимају у обзир само ако су довеле до немогућности испуњења, а и у том случају састав санкција не одговара ономе што се постиже примјеном ове клаузуле.²⁵ Међутим Начела за међународне трговачке уговоре²⁶ утврђена од стране *UNIDROIT* института и Начела европског уговорног права (Ландова начела)²⁷ у члану 6:111 садрже правила о промијењеним околностима.

4. Промијењене околности према правилима Закона о облигационим односима

4.1. Услови за раскид или измјену уговора због промијењених околности

Према ЗОО да би се уговор могао раскинути или измијенити због промијењених околности, потребно је да се испуне сљедећи услови: а. изванредност догађаја; б. отежано испуњење обавезе; в. наступање промијењених околности прије истека рока одређеног за испуњење обавезе.²⁸

Раскид уговора не може се захтијевати ако је страна која се позива на промијењене околности била дужна да у вријеме закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избјећи или савладати.²⁹ У Закону о обвезним

23 *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*, Hague, 1964. - ULIS, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>, 1. јун 2011.

24 *The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1980. – CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu>, 15. мај 2011.

25 В.: S. Petrić, *нав. djelo*, стр. 15.

26 В.: чл. 6. 2. 1. - 6. 2. 3. *Principles of International Commercial Contracts*, 2010, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>, 9. јун 2011.

27 В.: O. R. - Garden, H. Bale, R. Zimmermann and R. Schulze, *Fundamental text on European private law*, Oregon, 2003, стр. 381 - 382.

28 В.: С. Перовић, *нав. djelo*, стр. 429 - 434; О. Антић, *Облигационо право*, Београд, 2010, стр. 416. У литератури се наводе различити услови за раскид или измјену уговора због промијењених околности. Упор.: Д. Вељковић, *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима са регистром појмова за практичну примјену са примјерима уговора, тужби и судске праксе*, Београд, 2005, стр. 146; Б. Лоза, *Облигационо право*, општи дио, Београд, 2000, стр. 147-148; Ж. С. Ђорђевић, В. С. Станковић, *нав. djelo*, стр. 282; Ј. Салма, *нав. djelo*, стр. 381-382; Ј. Милошевић, *нав. djelo*, стр. 115.

29 В.: чл. 133, ст. 2 ЗОО; чл. 369, ст. 2 Закона о обвезним односима Хрватске – ЗООХ, *Nar. novine R. Hrvatske*, бр. 35/05 и 41/08; чл. 128, ст. 2 Закона о облигационим односима Црне Горе – ЗООЦГ, *Службени лист Р. Црне Горе*, бр. 47/2008; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1929/00 од 19. 7. 2001. године, *Судска пракса из области имовинских односа*, Београд, 2004,

односима Републике Хрватске³⁰ (у даљем тексту: ЗООХ) је предвиђено правило које означава враћање рјешењу из узансе бр. 55. У Закону о облигационим односима Републике Црне Горе (у даљем тексту: ЗООЦГ) се предвиђа слично, али не и исто рјешење.³¹

Приликом закључења уговора и одређивања висине престације, уговорне стране имају у виду постојеће околности и на темељу њих установљавају своја права и обавезе, њихов обим и садржај.³² Али може се десити да током испуњења наступе такве околности које су по својој природи изванредне (одступају од редовног тока ствари) у том смислу да уговорна страна приликом закључења уговора није била дужна да их узме у обзир односно да их није могла избјећи или савладати, онда је овај први услов испуњен. Поставља се питање који су то догађаји који наступе последице закључења уговора а могу се оквалификовати као промијењене околности? Ту спадају: 1. природни догађаји као што су поплава, суша, град, земљотрес и слично; 2. управне мјере као што су забрана или ограничење увоза или извоза и друга ограничења промета робе, промјена система цијена, промјена тарифа и прописаних цијена, промјена стандарда и слично; 3. економске појаве као што је изузетни нагли и велики пад или скок цијена, суноврат акција на берзи.³³ Овдје треба водити рачуна о два момента: прво, изванредни догађај треба да је такав да не онемогућује потпуно извршење обавезе, јер би се у том случају могло радити о догађају који има обиљежја више силе, и друго, само присуство изванредног догађаја није довољно, већ се захтијева да оно доводи до отежаног испуњења обавезе једне стране или до тога

стр. 204-205; „Како је тужилац као продавац пословног простора сам одредио услове уговора, којим је поред осталог била уговорена и камата на неотплаћени дио уговорене купопродајне цијене с тим што се продавац, односно у овој правној ствари тужилац, ради обезбјеђења од евентуалног инфлаторног дејства обезбиједио везујући уговором купопродајну цијену за промјену курса динара, по правилној оцјени нижестепених судова не може се сада позивати на чињеницу да у вријеме закључења уговора није могао предвидјети и утицај инфлације. Уосталом, и по оцјени Врховног суда, тужилац је могао уговарањем индексне клаузуле да се заштити од евентуалног утицаја инфлације и да на тај начин избјегне утицај промијењених околности.“ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 623/97. од 10. 9. 1997. године. Наведено према Т. Крсмановић, *Актуелна судска пракса из облигационих односа*, Београд, 2000, стр. 48.

30 „Ако би због изванредних околности насталих након склапања уговора, а које се нису могле предвидјети у вријеме склапања уговора, испуњење обавезе за једну уговорну страну постало претјерано отежано или би јој нанијело претјерано велики губитак, она може захтијевати да се уговор измијени или чак и раскине.“ чл. 369, ст. 1 ЗООХ.

31 „Ако последице закључења уговора наступе околности које се нису могле предвидјети, а које отежавају испуњење обавезе једне стране у тој мјери да би јој нанијело претјерано велики губитак, суд може на захтјев те стране измијенити или раскинути уговор.“ чл. 128, ст. 1 ЗООЦГ.

32 В.: Ј. Радишић, *Облигационо право*, општи дио, Београд, 2004, стр. 161; Б. Лоза, *нав. дјело*, стр. 145.

33 У узанси бр. 56 набрајају се примјери изванредних догађаја.

да се не може остварити сврха уговора. У нашој судској пракси не третирају се изванредним догађајима нпр. измијењени услови финансирања, обустава односно ограничење кредита, недостављање вагона од стране железнице, промјена цијене на тржишту која представља нормалан ризик, итд.³⁴ С друге стране, повишење пореске стопе у одређеној висини, као и неке друге управне мјере, редовно се у судској пракси узимају као разлог за измјену или раскид уговора.

Други услов тиче се отежаног испуњења обавезе, односно неостварења сврхе уговора за једну уговорну страну.³⁵ Потребно је истаћи да овдје није ријеч о потпуној немогућности испуњења, него о отежаном испуњењу које би једну страну довело у очигледно неравноправан положај у односу на другу страну. Отежано испуњење обавезе треба да буде испољено у тој мјери да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази. Ова формулација из ЗОО разликује се од оне из ОУПР и мада доста широка и дифузна неће представљати проблем судској пракси која је већ доста изграђена. Измјена постојећих околности биће правно релевантна и у случају када се не може остварити сврха уговора, у ком случају се не мора радити о поремећају еквиваленције односа. Ово рјешење ЗОО одговара принципу правичности, јер ако се не може остварити сврха уговора зашто онда тежити ка његовом извршењу?³⁶

Трећи услов односи се на утврђивање времена у коме треба да дође до наступања промијењених околности. На уговор могу само утицати оне околности које су се десиле прије истека рока одређеног за испуњење обавезе.³⁷ Када је дужник у доцњи он мора да сноси све негативне посљедице које из тога произлазе, укључујући и оне које наступају усљед промијењених околности.³⁸

34 В.: М. Исаковић, П. Шурлан, *нав. дјело*, стр. 77 - 82.

35 Не би се могле сматрати правно релевантним уобичајене тешкоће приликом извршење уговора јер оне спадају у уобичајени пословни ризик В.: Б. Лоза, *нав. дјело*, стр. 148.

36 В.: Б. Лоза, *нав. дјело*, стр. 149; „Ако закупнина опадне испод нивоа који обезбеђује одржавање изнајмљеног простора, сврха уговора о закупу се више не може остварити, па закуподавац може тражити раскид уговора.“ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 959/94. Наведено према Т. Крсмановић, *нав. дјело*, стр. 48.

37 В.: чл. 133, ст. 3 ЗОО; чл. 369, ст. 3 ЗООХ; чл. 112, ст. 3 ОЗС; чл. 128, ст. 3 ЗООЦГ; чл. 122, ст. 3 ЗООМ; узанса бр. 55; „Када странке споразумно продуже рок за испуњење дужникове обавезе, па у међувремену од првобитно уговореног рока од истека продуженог рока наступе промијењене околности, може се захтијевати раскид или измјена уговора по том основу.“ Пресуда Врховног привредног суда СИ-788/59 од 20. 7. 1959. Наведено према М. Исаковић, П. Шурлан, *нав. дјело*, стр. 78.

38 „Одлука надлежног органа о повишењу цијена робе, донијета по истеку уговореног рока испоруке, није изванредан догађај – управна мјера – на основу кога би се могла тражити измјена или раскид уговора због промијењених околности.“ Пресуда Врховног привредног суда СИ-50/55 од 10. 02. 1955. Наведено према М. Исаковић, П. Шурлан, *нав. дјело*, стр. 77.

Промијењене околности које су настале последице закључења уговора морају трајати све вријеме трајања уговора, па и у вријеме његовог испуњења. Уколико је наступила измјена била само пролазног карактера, па је престала да постоји у вријеме извршења уговора и уговорна обавеза се може извршити како је уговором и предвиђено, измјена околности није више правно релевантна и на њу се не може позивати.³⁹

4.2. Правна дејства

Ако се испуне сви услови страна којој је отежано испуњење обавезе, односно која не може да оствари сврху уговора због промијењених околности, може захтијевати да се уговор раскине. Међутим, према ЗОО уговор се неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измјене.⁴⁰ У питању је судски раскид уговора, тако да судска одлука има конститутивно дејство. Према формулацији ЗОО предност се даје раскиду уговора, који може да тражи само погођена страна, а измјену⁴¹ уговора друга страна која жели да одржи уговор на снази.⁴² Међутим, присутна су и другачија схватања поводом овог питања, како у правној теорији тако и у судској пракси.⁴³ При одлучивању о раскидању уговора, односно о његовој измјени, суд је дужан да се руководи начелима поштеног промета, водећи нарочито рачуна о циљу уговора, нормалном ризику код уговора односне

Неки аутори наводе поред ових услова још и један који се односи на то да страна која тражи примјену клузуле *rebus sic stantibus* не смије бити крива што је дошло до наведених промјена и њених последица. В.: Ж. С. Ђорђевић, В. С. Станковић, *нав. дјело*, стр. 283.

39 В.: Б. Лоза, *нав. дјело*, стр. 147.

40 В.: чл. 133, ст. 4 ЗОО.У том смислу је и чл. 369, ст. 4 ЗООХ, чл. 112, ст. 4 ОЗС, чл. 122, ст. 4 ЗООМ и чл. 128, ст. 4 ЗООЦГ.

41 “Због изванредних догађаја могу се измијенити оне одредбе уговора на које је тај догађај утицао, као што су одредбе о цијени, количини предмета, висини других обавеза, времену, мјесту, начину испуњења уговора, или се може одредити нешто друго.“ узанса бр. 57. Према узанси бр. 58 када једна странка тражи измјену уговора због промијењених околности, друга странка може одустати од уговора, у ком случају се сматра као да уговор није ни био закључен. Када једна странка тражи раскид уговора, друга странка може тражити да се уговор одржи на снази, предлажући измјену одредаба уговора.

42 В.: S. Petrić, *нав. дјело*, стр. 42.

43 Према Б. Мораиту ревизију уговора могу да предложе обје стране уговорнице. Б. Мораит, *нав. дјело*, стр. 271; „Када тужилац тражи раскид уговора због промијењених околности, а прије подношења тужбе је позвао туженог на измјену уговора, ради остварења сврхе уговора, првостепени суд је у смислу члана 133, ст. 3 Закона о облигационим односима дужан да испита могућност, па чак и сам да понуди правичну измјену одговарајућих услова уговора којом би се остварила сврха уговора. Уколико на правично измијењене услове друга страна пристане, уговор се неће раскинути.“ Одлука Врховног суда Србије, Пзз. 2/95 и Прев. 50/95 од 8. 2. 1995. Наведено према Т. Крсмановић, *нав. дјело*, стр 47.

врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.⁴⁴ Поред вођења рачуна о објективним околностима, судска пракса полази и од субјективног критеријума, тј. цијени се да ли су стране с обзиром на њихове дужности и професионално понашање и познавање друштвених, економских и тржишних односа, законитости и кретања, тенденције развоја и промјена у тим односима, морале знати за наступање извјесних догађаја и биле дужне да их узму у обзир и ризикују са њиховим посљедицама.⁴⁵

Страна која је овлашћена да због промијењених околности захтијева раскид уговора дужна је о својој намјери да тражи раскид уговора обавијестити другу страну чим је сазнала да су такве околности наступиле, а ако то није учинила, одговара за штету коју је друга страна претрпјела због тога што јој захтјев није био на вријеме саопштен.⁴⁶ Пропуштање да то учини не лишава је права да тражи раскид уговора, већ повлачи одговорност за штету коју је друга страна претрпјела због неблаговременог обавјештења. Страна која тврди да је овим актом претрпјела штету мора то и доказати.

Ако суд изрекне раскид уговора због промијењених околности, суд ће на захтјев друге стране обавезати страну која га је захтијевала да накнади другој страни правичан дио штете коју трпи због тога.⁴⁷ Раскидање или измјена уговора се могу тражити изузетно, а страна која тврди да су наступиле промијењене околности мора то и да докаже. Предмет измјене могу бити оне уговорне одредбе које су захваћене промијењеним околностима. Међутим, код банкарских послова ни у ком случају и ни на који начин се не би могао примијенити институт о измјени уговора због промијењених околности.⁴⁸ Уговорне стране се могу уговором унапријед одређи позивања на одређене промијењене околности, осим ако је то у супротности са начелом савјесности и поштења.⁴⁹

44 В.: чл. 135 ЗОО; чл. 124 ЗООМ. Према члану 130 ЗООЦГ и 371 ЗООХ при одлучивању о измјени или раскиду уговора суд се руководи начелима савјесности и поштења. Упоредити са узансом бр. 55.

45 В.: Д. Вељковић, *нав. дјело*, стр. 147; „Не постоји право на раскид уговора због промијењених околности (чл. 133 ЗОО), ако су странке уговорнице еквивалентност међусобних давања обезбиједиле индексном клаузулом, по којој се новчана обавеза изражена у динарима извршава према званичном паритету динара према њемачкој марки.“ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1810/98. Наведено према Д. Вељковић, *нав. дјело*, стр. 147.

46 В.: чл. 134 ЗОО. У том смислу је и чл. 370 ЗООХ, чл. 113 ОЗС, чл. 129 ЗООЦГ, чл. 123 ЗООМ и узанса бр. 59; Б. Моралит, *нав. дјело*, стр. 272.

47 В.: чл. 133, ст. 5 ЗОО. Иста регулатива је и у чл. 369, ст. 5 ЗООХ, чл. 112, ст. 5 ОЗС, чл. 128, ст. 5 ЗООЦГ и чл. 122, ст. 5 ЗООМ.

48 В.: Д. Вељковић, *нав. дјело*, стр. 147.

49 В.: чл. 136 ЗОО. Исто рјешење је предвиђено и у чл. 372 ЗООХ, у чл. 131 ЗООЦГ, у чл. 115 ОЗС и у чл. 125 ЗООМ. Одривање од права позивања на промијењене околности не познају ОУПР.

На крају је занимљиво споменути рјешења Начела европског уговорног права (у даљем тексту: Начела), која одступају од регулативе националних законодавстава. Приликом реализације права разликујемо два поступка: обавезне преговоре за стране и судски поступак. Према чл. 6:111, ст. 2 Начела ако испуњење уговора постане изузетно отежано због промијењених околности, стране су обавезне да ступе у преговоре да би се уговор измијенио или раскинуо, под условом: а) да је до промјене околности дошло након закључења уговора; б) да у вријеме закључења уговора није било разумно узети у обзир могућност промјене околности, и в) да страна погођена промијењеним околностима, није дужна на основу уговора да сноси ризик промијењених околности. Међутим ако стране не постигну споразум у разумном року, суд може раскинути уговор у вријеме и под условима које ће сам одредити или прилагодити уговор да би се губици и добици који проистичу из промијењених околности правично расподјелили између двије стране.⁵⁰

5. Закључак

Институт промијењених околности представља значајан дио уговорног права с обзиром да се ова правила јављају код двостраних уговора са трајним престацијама. Што се тиче рјешења нашег ЗОО у овој материји, оно дијелом одступа од правних правила која су предвиђена у ОУПР. Иако су правна правила ЗОО доста шира и еластичнија у односу на она из ОУПР, судска пракса у овај области је доста изграђена тако да примјена овог института не доводи до проблема у пракси.

У ЗОО изричито се не спомиње изванредност и непредвидљивост догађаја као услов за примјену овог института, али се предвиђа правно правило према коме се раскид уговора не може захтијевати ако је страна која се позива на промијењене околности била дужна да у вријеме закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избјећи или савладати. Ове околности су ипак изванредне, јер ако би се узела у обзир свака околност која наступи послјеге закључења уговора и која отежава његово испуњење, уговорна дисциплина би била знатно пољуљана, а начело правне сигурности доведено у питање. Затим према ЗОО уговор се неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измјене.

Чини нам се да би се у будућем регулисању ове материје требало вратити на рјешења предвиђена у ОУПР, као што је то учињено у ЗООХ и донекле у ЗООЦГ, нарочито у оном дијелу који се односи на дефинисање промијењених околности и регулисање права и једне и друге уговорне стране у ситуацији када

⁵⁰ В.: чл. 6: 111, ст. 3 Начела. Што се тиче накнаде штете у оба случаја суд може је додијелити за губитак који је претрпљен због тога што је једна страна одбила да преговара или прекинула преговоре супротно начелу савјесности и поштења.

се једна од њих позива на промијењене околности. Према садашњој регулацији ЗОО раскид уговора може да тражи само погођена страна, а измјену уговора друга страна која жели да одржи уговор на снази. Према узору на ОУПР требало би предвидјети правило да погођена страна има право на измјену или раскид уговора у случају промијењених околности. Затим треба регулисати у том случају која права има друга страна која није погођена промијењеним околностима. Ова правила би требала такође ускладити и са Начелима европског уговорног права, за која многи сматрају да представљају увод у Европски грађански законик.

Milica Dragičević, LL.MA.

Senior Assistant

Law Faculty, University of Eastern Sarajevo

TERMINATION OR REVISION OF A CONTRACT DUE TO CHANGE OF CIRCUMSTANCES

Summary

This presentation discusses some general issues relating to the changed circumstances. In this article we will talk about the sources of law, historical development and application of rebus sic stantibus clause in the legislation, conditions for termination or modification of the contract due to changed circumstances, the legal effects and the possibility of waiver of calling to the changed circumstances. The fundamental subjects of considerations are provisions of the Law on Obligations relating to the changed circumstances with a focus on solutions that are accepted in comparative law, particularly in the countries that were once part of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. When creating the work was taken into account, not only on the solutions adopted in the legislation and doctrine, but also on jurisprudence.

Key words: *contract, changed circumstances, termination of contract, revision of contract*

ПРИНЦИП ЈЕДНАКОСТИ БИРАЧКОГ ПРАВА У ИЗБОРНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Једнакост бирачког права представља један од темељних принципа учешћа грађана у политичком процесу демократски уређених држава. Избори, као основ легитимације власти и инструмент конституисања централних представничких органа су и сами производ изборног система који чини свеукупност законских решења, принципа и активности учесника изборног поступка. У раду се настоји одговорити на питање утицаја изборног система и механизма формирања изборних јединица на представљеност појединих територијалних колективитета у националном парламенту у смислу остваривања принципа једнакости бирачког права, са посебним освртом на случај Републике Србије.

Кључне речи: бирачко право, изборни систем, изборне јединице, једнакост, Народна скупштина, представничка демократија, легитимитет.

1. СУВЕРЕНОСТ, ЛЕГИТИМИТЕТ И ЈЕДНАКОСТ

Једнакост бирачког права, као политичког права грађана на учествовање у образовању државне воље, изводи се из опште премисе о једнакости грађана. Теорија друштвеног уговора, која је афирмисала овај принцип, инспирисала је развој двеју нових доктрина, народне и националне суверености, чије се разликовање по питању импликација у пракси изгубило увођењем општег права гласа. Било као независан припадник грађанства, или члан колективитета који чини нов ентитет грађани су носиоци суверености у држави, те од њих потиче власт. Према демократским теоријама, и легитимитет потиче од грађана, тако да је легитимна само власт народа. Захтеви у погледу суверености народа (нације) и немогућност остварења непосредне демократије у пуном облику у свакодневним условима чини представничку демократију јединим системом владавине који обједињује ова два услова. Грађани владају, али не непосредно,

већ преко изабраних представника¹, при чему су и даље суверени, али на одређено време отуђују сувереност², дају пуномоћје³ вршиоцима власти да у њихово име врше власт, тако да у конкретном случају долази до раздвајања између вршиоца и носиоца власти⁴.

Представничка демократија, као облик владавине подразумева легалност и легитимитет власти. Легалност, као правни појам чини испуњеност правних услова у погледу стицања и вршења, док се легитимност, као политички, односи на оправдање власти. Модерним демократским теоријама у правној филозофији одбачени су основи теорија о извориштима власти саме из себе или Бога и прихваћено становиште које као извор легитимитета државне власти види народ (грађане). У складу са овим приступом грађани “одоздо“ овлашћују носиоце власти да владају у њихово име, те “основ власти и легитимности свих влада представља воља народа“⁵, односно легитимна је једино она власт која од народа потиче и на коју он пристаје. Подршка одређеној власти није апсолутна и константна категорија, она је подложна променама и управо из тог разлога потребно је периодично преиспитивање једном дате подршке. Изборност, временско ограничење вршења и смењивост су међу основним обележјима демократских система, али и потврде задржавања суверености на њеном оригинерном ноциоцу-грађанима, тако да се изборност јавља као особина која државним органима прибавља легитимитет.⁶ Преиспитивање легитимитета власти у демократским системима врши се помоћу института избора-неужног услова постојања демократије⁷, те у том смислу централни демократски органи морају бити путем избора и легитимисани⁸, па се, посматрајући са аспекта функције коју играју у демократском друштву, дефинишу као правно-технички инструмент остваривања политичке воље и суверености народа⁹, основ демократске легитимације власти¹⁰, начин учествовања грађана у политичком процесу, вршењу власти и одређивању државне политике¹¹.

1 Д. Стојановић, *Уставно право II*, Ниш 2006, стр 33

2 Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2009, стр 211

3 Ibid. стр. 151

4 Д. Стојановић, *op. cit.* стр 42

5 М. Јовановић, “*Ставови међународних организација о изборима и демократским изборним стандардима*“, Српска политичка мисао, 1-4/2003, стр 58

6 М Пајванчић, *Изборно право*, Нови Сад, 2008, стр 1

7 Д Вучићевић, „*Манипулативни утицај изборне јединице*“, Српска политичка мисао, 1/2009, стр 181

8 Д Стојановић, *op.cit* стр. 54

9 Ibid. стр 42

10 М Пајванчић, *op.cit* стр. 30

11 Д.Стојановић, *op.cit* стр. 53

Државна власт чини јединствену целину, али и поред тога не може бити вршена од стране једног органа, већ је неопходно да у томе учествује више њих, међусобно различитих-првенствено по функцијама, односно делатностима које обављају. У систему представничке демократије парламент се означава централном институцијом.¹² Без обзира на систем организације државне власти (председнички, парламентарни), парламенту као институцији у надлежност су стављене неке од најважнијих функција државне власти. Основни задатак парламента, као политичког тела грађана је остваривање опште функције репрезентације-посредовања између народа и владе, представљања апстрактне воље народа или нације¹³, артикулације њихових интереса и захтева, остваривања расправне функције¹⁴. Као такав он представља гарант политичке слободе и других слобода и права човека¹⁵, који своју легитимност заснива на непосредној вези бирача и посланика¹⁶

Парламент и поред улоге носиоца законодавне власти и централног представничког органа није носилац суверености, титулари суверености су и даље грађани, који су опуномоћили своје представнике у парламенту да за одређено време врше ту власт у њихово име. Ово обележје опредељује веома битну особину органа представништва- парламентарни континуитет у институционалном, али и дисконтинуитет у персоналном погледу. Парламент, који има колегијалну организацију и изборну основу, чини скуп парламентарца изабраних на одређено време, који представљају „лаички елемент“ у систему државне организације¹⁷. Суштину статуса парламентарца у демократском друштву опредељује слободан мандат, што подразумева да није везан налозима и да представља нацију у целини. Упркос овоме, сваки члан народног представништва долази из одређене средине, под утицајем које се налази, и од чије подршке, у зависности од изборног модела, у већој или мањој мери зависи тако да је и најупућенији да интересе те средине заступа у циљу поновног добијања легитимитета од стране грађана. Идеал парламента као тела јесте да представља огледало политичке воље бирачког тела у потпуности, „микрокосмос друштва“, слику друштва у свим његовим елементима¹⁸, тако да се од избора очекује да доведе до стања што ближег идеалном.

12 В.Петров, *Парламентарно право*, Београд, 2010, стр. 35

13 Д.Стојановић, *op.cit.* стр. 148

14 И.Пејић, *Парламентарно право*, Ниш, 2010, стр. 26

15 В. Петров, *Op.cit* стр. 38

16 М.Пајванчић, *Парламентарно право*, Београд 2008, стр. 11

17 С.Јовановић, *О Држави-основи једне правне теорије*, Београд, 1990, стр.278

18 И.Пејић, *op.cit* стр. 28

2. ИЗБОРНИ СИСТЕМ И ЈЕДНАКОСТ БИРАЧКОГ ПРАВА

Пошто избори у сваком демократском друштву представљају основ легитимације власти, као инструмент конституисања централних демократских органа морају испуњавати одређене стандарде, што ће бити само у случају да изборни систем, кога су и сами производ, буде процедурални механизам¹⁹ који чини кохезивну и непротивречну целину која може испунити основни циљ-избор народних представника у складу са основним начелима демократског поретка. Дефинисање изборног система неки чине у ужем смислу (М.Пајванчић²⁰) у правцу поистовећивања са моделом расподеле мандата (већински, сразмерни, мешовити), али и у ширем – у виду скупа начела, права, гаранција и техничких радњи, које имају за циљ утврђивање и остваривање учешћа грађана у избору представника²¹, посебно је значајно ако се посматра из угла задатка, који му се даје-прибављања носиоцима политичких функција демократског легитимитета²², те се у том погледу обликовање истог сврстава у ред најзначајнијих институционалних одлука сваке демократије. Као главни елементи изборног система наводе се: бирачко право, бирачки списак, изборни органи, изборне јединице, изборни праг, кандидовање и изборна кампања, гласање, расподела и престанак мандата, финансирање и заштита права у току избора²³, при чему се бирачко право истиче као основни елемент изборног система, те се и основни принципи бирачког система углавном односе на изборно право²⁴ (општа посланичка и бирачка способност, принцип једнаког бирачког права, принцип непосредног, принцип слободног и тајног и принцип личног и факултативног гласања).

Бирачко право се у погледу садржине сврстава у ред најважнијих политичких права у ужем смислу одн. субјективних јавних права²⁵, права која припадају сфери слободе²⁶. У највећем броју држава прихваћено је као лично право, овлашћење, начин посредног учешћа грађана у управљању државом. Поседовање бирачког права у упоредној пракси условљава се испуњавањем углавном истих услова (држављанства, година живота, пребивалиштем, пословном способношћу), а манифестује се у облику пасивног и активног, али у контексту обликовања изборног система пажња је усмерена на природу и

19 Д.Стојановић, *op.cit.* стр. 54

20 М. Пајванчић(2008а) *op.cit.*, стр. 156

21 Д.Вучићевић, *op.cit.* стр. 182

22 М.Јовановић, “Редизајнирање изборног система Србије-један неуспели покушај”, Препоруке за измену изборног законодавства у Србији-ур.Зоран Лучић [et.al], 2011, стр. 22

23 Д.Гостовић, *Изборни систем*, Политичка ревија: часопис за политикологију, политичку социологију, комуникологију и примењену политику,бр.4, 2008, стр 1262

24 Д.Стојановић, *op.cit* стр. 54

25 Д. Стојановић, *Уставно право I*, Ниш 2009, стр 359

26 М. Пајванчић(2008а) *op.cit.* стр. 49

садржину изборног права бирача у смислу бирачке способности-права грађана да бира, да конституише органе у политичкој заједници²⁷, односно суделује у избору представничких тела²⁸. Субјекти активног бирачког права јесу грађани који имају бирачку способност, који у својој укупности чине бирачко тело-носиоца суверености и управо због тога се бирачко право потенцира као “камен темељац демократије и народне владавине”²⁹

Као иманентне особине бирачког права истичу се општост, једнакост, слобода, и уз ове тајност и непосредност као својства која се везују за право гласа којим се бирачко право реализује. У вези изборног система посебна пажња поклања се епитету једнакости бирачког права. Производ изборног система морају бити избори који ће свим учесницима у изборном поступку обезбедити једнаке шансе. Овај захтев осликава се у најзначајнијем критеријуму репрезентовања грађана³⁰- начелу „један човек-један глас“, при чему се под једнакошћу бирачког права исто не схвата у смислу сингуларности гласа, односно располагања једним гласом, већ бројем гласова једнаким другом бирачу, односно правом гласа једнаке тежине у односу на остале бираче, без обзира на имућност, образовање, порекло или друго лично обележје. На овај начин тражи се једнако право сваког грађина да утиче на формирање народног представништва, те у том погледу изборни систем представља инструмент који непосредно утиче на остваривање принципа једнакости бирачког права, чиме испуњава своју основну сврху.

Облици непосредне негације једнакости бирачког права у смислу фаворизовања појединих категорија бирача прописивањем плуралног вотума, вишеструког гласања или породичног вотума припадају прошлости и забрањени су, изузев мера позитивне дискриминације. Основни принципи бирачког права више се не доводе у питање, али у појединим случајевима злоупотребима системских решења, чија би функција требала бити у служби једнакости права гласа негативно се утиче на представљеност у погледу појединих аспеката чиме се долази у стање фактичке неједнакости права гласа, упркос испоштованим нормативним процедурама изборног поступка у конкретном случају.

И у погледу образовања изборних јединица основни захтев ослања се на једнакост бирачког права – начело један човек један глас³¹. Основни елементи који опредељују сваку изборну јединицу јесу: број посланика, територијално простирање и величина бирачког тела, па се и њихово формирање углавном врши на два начина: пратећи постојеће административно-судске границе у

27 Ibid. стр 1

28 Ibid. стр 49

29 Р.Марковић *op.cit.* стр 228

30 М.Пајванчић(2008а) *op.cit.* стр. 247

31 Р.Марковић *op.cit* стр 228 М.Пајванчић(2008а) *op.cit* стр 231, Д.Вучићевић *op.cit* стр. 189

држави или према критеријуму броја становника или броја гласача. У оба случаја, принцип једнакости бирачког права не сме бити угрожен, што се настоји заштити помоћу индикатора у виду бирачке квоте одн заједничког делитеља³², који се добија стављањем у однос бирачког тела са бројем мандата тако да један представник долази на приближно једнак број бирача. Поред овога, при формирању мора се водити рачуна о географским, историјским, културним, етничким, културолошким и другим елементима како би јединица чинила складну територијалну целину у оквиру државне територије. Утицај образовања изборних јединица може имати на резултат избора посредан и непосредан утицај, методама изборне географије и геометрије може се утицати и на остале елементе изборног система у смислу представљености, пропорционалности и једнакости бирачког права, тако да се о изборној јединици неретко говори у смислу најманипулативнијег елемента изборног система³³ Разликовање јединица најчешће се врши према броју кандидата, који се у њој бирају: на униноминалне, у којима се бира један и плуриноминалне, које дају два или више будућих парламентарца. Улога и значај диференцирања по овом принципу и опредељења за један од наведених модела је у утицају на цео изборни систем у смислу условљености модела кандидовања и расподеле мандата опредељењем за неку од типова изборних јединица. Једномандатне изборне јединице подразумевају већински изборни модел и појединачну кандидатуру, док вишемандатне јединице најчешће иду у пакету са сразмерним изборима и кандидатским листама.

У највећем броју земаља државна територија подељена је на више изборних јединица, највише разлога нецелисходности да се територија државе поклапа са једном изборном јединицом у којој сви бирачи бирају све кандидате. Међу малобројнима које су примениле такав систем (Холандија, Израел, Молдавија Словачка и др.) се налази и наша земља, код које је примена овог решења комбинована са пар других при обликовању изборног система довела до резултата који ће бити касније приказани.

3. ИЗБОРНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ-ОПШТИ ПРЕГЛЕД

Основни принципи изборног система Републике Србије, титулари суверености, положај грађана и бирача, Народне скупштине и народних посланика уређен је Уставом, Законом о избору народних посланика и Законом о Народној скупштини:

Уставом Републике Србије³⁴ у члану 52 став 2 изричито се гарантује једнако изборно право грађана, под претпоставком испуњења предвиђених услова у погледу година живота, пословне способности и држављанства. Ова

32 Д.Стојановић(2009а) *op.cit.* стр. 61

33 Д.Вучићевић *op.cit.* стр. 189

34 Устав Републике Србије (Сл. гласник РС 98/2006)

једнакост темељи се на општем принципу једнакости, предвиђеном у члану 21 истог документа. Бирачко право, као вид вршења власти изводи се из уставног начела у члану 2 става 1 Устава, по коме грађани врше сувереност преко слободно изабраних представника на који начин се у највишем правном документу Србије прокламује представничка комбинована са пар модела непосредне демократије. У истом ставу наведеног члана експлицитно се говори о пореклу суверености у уставном систему Србије и њеном једином титулару-грађанима и истовремено у ставу 2 ова вредност успоставља општа забрана присвајања суверености³⁵ од стране других субјеката или успостављања власти мимо воље грађана, која је у одређеном смислу деградирана “слободом располагања” мандата из члана 102 став 2³⁶. Устав у следећем члану као инструмент, начин конституисања власти прописује слободне и непосредне изборе, које поставља за један од стубова владавине права у Републици Србији. Грађани имају право на избор представника, који ће у њихово име вршити власт на републичком и локалном нивоу. Чланом 98 Устава српски парламент проглашен је за највише представничко тело у Републици Србији, институција која непосредно изражава сувереност грађана³⁷, а чланом 7 Закона о Народној скупштини и експлиците потврђена њена представничка функција. Састав Народне скупштине прописан је чланом 100 став 1 у погледу укупног броја народних посланика – 250, уз начелне гаранције заступљености полова и националних мањине у ставу 2 овог члана.

Када је у питању избор, начин остваривања права гласа, стицање и престанак мандата народних посланика, остваривање уставних прокламација представљености националних мањина и полова, изборна јединица и изборни праг у Републици Србији, целокупна материја регулисана је јединственим Законом о избору народних посланика са пратећим допунама и изменама³⁸. На самом почетку Закон, у члану 2, потврђује уставну одредбу о једнакости изборног права. Чланом 4 став 1 предвиђено је решење којим Србија у целини чини једну изборну јединицу, комбиновану са решењем из става 2 истог члана којим се предвиђа сразмерна расподела гласова, за изборне листе које пређу законски праг од 5%, од чега су изузете странке националних мањина (чл.81) за чије савете³⁹ које важи природни праг, прописан изменама Закона из 2004

35 М.Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд, 2009, стр.14

36 Видети: М.Јовановић „Мишљење Венецијанске комисије о Уставу Србије-Случај слободни мандат“, Годишњак ФПН, бр 1, 2007, стр. 247

37 М.Пајванчић,(2009) **op.cit . стр. 121**

38 Закон о избору народних посланика (Сл. гласник РС 35/2000, 57/2003, 72/2003, 75/2003, 18/2004, 101/2005, 85/2005, 104/2009 и 36/2011)

39 Закон о националним саветима националних мањина (Сл.гласник 72/09)

године⁴⁰. Расподела мандата између изборних листа се, по члану 82, врши применом система највећег количника. Активно и пасивно бирачко право, као и права која служе њиховом остваривању, ближе су појашњена чланом 9 овог Закона, а у погледу услова кандидовања члановима 40-47, којима је прописан тип кандидатуре по систему изборних листи, уз испуњење услова учешћа мање заступљеног пола (сваки трећи на листи)⁴¹. Начин гласања бирача регулисан је чланом 70 - заокруживањем броја на изборној листи, по правилу у месту где је уписан у бирачки списак – по пребивалишту.

Према наведеним Уставним и законским решењима у погледу изборног система Републике Србије у правној теорији се приписују следеће особине, те се исти може и окарактерисати на следећи начин:

У изборном законодавству Србије не постоје одредбе које регулишу одабир кандидата од стране предлагача-политичких странака. Ово обележје Србију сврстава у ред земаља у којима на изборе излазе „екстралегални“, неслужбени⁴² кандидати, бирани стандардима прописаним искључиво од стране предлагача-странке, а не државним мерилима. Анализом садржаја статута 7 највећих парламентарних странака⁴³ у Србији може се приметити партије у потпуности доминирају поступцима селекције, кандидовања и додељивања мандата и да у свима кандидатите за посланике одређује централни страначки орган (најчешће Главни одбор или Председништво), па се у овом смислу Србија може окарактерисати као земља централизованог система кандидовања⁴⁴, у којој кандидате стварно и формално одређује страначко руководство па се заправо може говорити о инвестирури-именовању кандидата од стране врха странке.⁴⁵ Поред састављања изборних листа, предлагачи и у погледу одређивања редоследа кандидата на листи имају неограничену слободу, уз једини услов у погледу заступљености полова⁴⁶. На редослед и састав листе бирачи не могу утицати, зато што је изборним законом прописано да могу гласати само за листу у целини, што нашу земљу ставља у изборне системе који примењују примењују везане, затворене блокиране листе, уз могућност гласања бирача појединачним

40 Чл. 13 Закона о изменама и допунама Закона о избору народних посланика (Сл. гласник 18/2004)

41 Чл. 8 Закона о изменама и допунама Закона о избору народних посланика (Сл. гласник 36/11)

42 М. Касаповић, „Kandidacijski postupci u demokratskim političkim sustavima“, *Politička misao*, br. 4, 2001, стр. 4

43 Видети: Статути Српске радикалне Странке (чл.50), Демократске странке (чл. 48), Демократске странке Србије (чл.15), Социјалистичке партије Србије (чл. 42), Либерално демократске партије (чл.30), Г17+(чл.20), Српске напредне странке (чл.40)

44 Р.Марковић *op.cit* стр.228, Д.Стојановић *op.cit* стр. 65

45 М. Касаповић. *Op.cit*, стр. 9

46 Закон о изменама и допунама Закона о избору народних посланика (Сл.гласник 33/04)

непреносивим гласом. Најсвежије измене изборног закона инициране су одлуком Уставног суда⁴⁷ о неуставности чл. 84, по коме је предлагач имао слободу додељивања мандата са листе без обзира на редослед кандидата, образложено је повредом суверености грађана и увођењем делегатског система на мала врата. Такво законско решење давало је изборима у Србији карактер посредних пропорционалних⁴⁸, док је изменама прописано да Републичка изборна комисија врши фактичку радњу додељивања мандата и то искључиво према редоследу са листе.

По проценама Републичког завода за статистику, на почетку 2011. године Србија је имала 7.276.195 становника⁴⁹, што значи да народни посланик долази на 29.104 становника, што нас сврстава у прву категорију земаља (20.000 – 30.000)⁵⁰ бројности представничког тела у односу на становништво. Народни посланици, свих 250, бирају се у једној плуриноминалној изборној јединици, што је чини екстремно великом у смислу броја мандата који се у њој расподељује, по мерилима више аутора (више од 20, више од 100-150)⁵¹. Комбинација једне изборне јединице са пропорционалним моделом расподеле мандата Д'онтовом методом-системом највећег количника, која је примењена у Србији, у упоредној пракси представља прави куриозитет. Јединствени законски изборни праг, без обзира да ли је реч о једностраначкој или коалиционој листи, од 5% коригован је природним који се односи припаднике националних мањина последица је примене мера позитивне дискриминације, те за њихове савете регулисане Законом о националним саветима и Законом о изменама и допунама закона о избору народних посланика. На основу поменутог може се рећи да је у Србији примењен неправи-нечисти пропорционални изборни модел.

Пропорционални изборни систем настао је на критици већинског, те је у складу са мотивом настанка и развио опречне особине и последице на изборни систем у целини. Настојање испрвањања „неправде већине“⁵² у смислу надпрестављености великих странака у односу на мање, пружа прилику већем броју кандидата да буду учесници парламентарног процеса. Поред позитивних особина, критика овог система је да у пракси: фаворизује партије, води партократији, нестабилним владама итд. Моделу сразмерног представништва са једном изборном јединицом се, као посебном варијетету расподеле мандата се,

47 Одлука Уставног суда РС Iуп 42/08 од 14.04.2011 године, (Сл.гласник 28/11)

48 Б.Ненадић, “О парламентарном мандату: Пример Републике Србије”, Анали Правног факултета у Београду, 1/2008 стр. 18

49 Податак преузет са сајта Републичког завода за статистику <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=2>, приступљено 12.10.2011 године

50 М. Пајванчић (2008) стр. 243

51 Б.Шево, “Избори и изборни систем”, Политичка ревија бр. 4/2008, стр.1252

52 Р.Марковић op.cit стр 243

уз ове особине приписују и: максимална пропорционалност гласова и једнакост бирачког права. Замерке су бројније и крећу се у смислу: нецелисходности да сви бирачи бирају све кандидате, формализацији избора, максималној доминацији партија у свим фазама, слабом контакту представника и бирача и, у овом случају нарочито предмету нашег интересовања, да води неадекватном представљању појединих територија у држави.⁵³

4. ТЕРИТОРИЈАЛНА ПРЕДСТАВЉЕНОСТ КАО ПОКАЗАТЕЉ ЈЕДНАКОСТИ БИРАЧКОГ ПРАВА

Као што је речено, при дизајнирању изборног система основно начело на које се мора пазити и које не сме бити угрожено јесте принцип једнакости права гласа, принцип један човек—један глас. Највећа опасност по једнаку тежину гласа у савременим условима лежи у механизмима изборне геометрије и географије који се користе при формирању изборних јединица. О изборној геометрији и џеримандерингу инструментима кршења једнакост бирачког права очигледније је и једноставније говорити у условима када је државна територија издељена на више изборних јединица. У малобројним системима, где је целокупна државна територија покривена једном јединственом изборном јединицом, у којој се бирају сви народни представници ово питање је много деликатније. Начело слободног мандата подразумева да сваки парламентарцац појединачно представља целу нацију, али упркос томе, зар се у модерним демократијама не иде у правцу гарантовања различитим друштвеним категоријама представљености у парламенту захваљујући њиховим обележјима (полним, етничким) и, ако већ тумачимо начело у овом правцу, зар не би могли затећи себе апсурду како оправдавамо ситуацију у којој би сви посланици једне земље долазили из једног града или регије, и на тај начин обесмислили представничку функцију народне скупштине, суштину принципа једнакости гласа и права на представљање.

Пошто је од 2000. године, доношењем изборног закона Србија постала једна изборна јединица и како су по овоме моделу одржани избори за четири парламентарна сазива (2000, 2003, 2007. и 2008. година), а по свему судећи ће и за наредни (2012. година), при чему су, уз мала одступања углавном производили сличне последице, као параметри представљености и фактичке једнакости права гласа коришћени су подаци о бирачком телу и резултати са избора за актуелну Осму легислатуру,⁵⁴ на којима је законски праг преведен у апсолутни

53 Д. Вучићевић, *op.cit* стр 191

54 Публикација „Избори за народне посланике Народне скупштине Републике Србије одржани 11.05.2008 године“, приредио Републички завод за статистику, ур. Драган Вукмировић, Београд, 2008, стр 7-19, преузето са http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/00/24/45/Parlamentarni_Izbori_2008.pdf приступљено 05.10.2011 године

број износио око 207 хиљада добијених гласова⁵⁵, за који се самостално могу изборити само странке из центра због развијене партијске инфраструктуре⁵⁶, тако да отпада могућност да на тај начин представници ужих подручја у оваквом систему изборе право на стицање парламентарног статуса.

Како је Уставом Србија територијално организована као унитарна држава са аутономијом асиметричног типа – две аутономне јединице међусобно различитих статуса, које се не простиру на целокупној већ на делу државне територије и услед непостојања самоуправних колективитета вишег степена у односу на монотипну локалну самоуправу у виду општина, градова и града Београда, као материјал за компарацију представљености и фактичке једнакости бирачког права коришћене су диференцијације територијалних колективитета Републике Србије по следећим основама:

На највишем нивоу компарације статистички региони Западна Србија и Шумадија, Јужна и Источна Србија, Београдски, Војводина, Косово и Метохија, предвиђени Законом о регионалном развоју са припадајућим изменама и допунама⁵⁷ Уредбом о номенклатури статистичких територијалних јединица⁵⁸

На средњем, управни окрузи Републике Србије, без управних округа са територије АП Косово и Метохија⁵⁹, предвиђени Уредбом о управним окрузима

55 Ibid. стр. 7

56 Упркос пропорционалном систему са једном изборном јединицом ни једна странка локалног карактера од 2000-те до данас није успела да се самостално пређе изборни ценз од 5% и директно учествује у расподели мандата. Видети: 1. Резултати избора за народне посланике Народне скупштине Републике Србије 23.12.2000 године-мандати, <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d07030102IND01%26107%3dNP2000> 2. Резултати избора за народне посланике Народне скупштине Републике Србије 28.12.2003 године-мандати <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d07030202IND01%26107%3dNP2003> 3. Резултати избора за народне посланике Народне скупштине Републике Србије 21.01.2007 године мандати <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d07030302IND01%26107%3dNP2007> 4. Резултати избора за народне посланике Народне скупштине Републике Србије 11.05.2008 године-мандати <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d07030402IND01%26107%3dNP2008>, приступљено 05.10.2011 године

57 Чл. 5 Закона о регионалном развоју Републике Србије (Сл.гласник 51/09, 30/10)

58 Чл. 8 Уредбе о номенклатури статистичких територијалних јединица (Сл.гласник 109/09, 46/10)

59 Управни окрузи са територије АП Косово и Метохија нису предмет компарације представљености из разлога недиференцирања података интерно расељених лица у погледу пребивалишта у бази података РЗС

На најнижем, градови-управна седишта Републике Србије, изузев градова АП Косово и Метохија (Уредба о управним окрузима и Закон о територијалној организацији⁶⁰)

Као поуздан индикатор одржања једнакости бирачког права се при формирању изборних јединца користи метод заједничког делитеља, који се добија када се број становника/бирача подели са бројем мандата који се треба расподелити, тако да на једнак број бирача долази што уједначенији број мандата. Применом овог метода дошли смо до броја који износи 26.988, што значи да би број посланика који долази са наведених територијалних колективитета у смислу поштовања принципа једнакости бирачког права требао бити што ближи броју који се добије када се укупан број бирача са пребивалиштем на тим територијама подели добијеним заједничким делитељем.

Одмах, на нивоу статистичких региона уочљива је неравномерна расподела мандата у актуелном скупштинском сазиву: ако би се применио инструмент заједничког количника у формирању оваквих изборних јединица према броју уписаних бирача, Војводина би имала 64, а не 57 као сада, Јужна и Источна Србија уместо садашњих 49 имали би 56, Западна Србија и Шумадија 67-12 посланика више него у Народној скупштини, а интерно расељена и лица са пребивалиштем на Косову и Метохији 7 уместо садашњих 6, што значи да су подпретстављени, док град Београд, који би у оваквим околностима имао 56 народних посланика, отприлике колико и на првим вишестраначким изборима-организованим по већинском моделу, 1990. године, сада има 83, чиме је настављен тренд изразите надпредстављености главног града од 2000. године, од када је у сва четири сазива имао приближно исти број мандата, што говори о неуједначеној представљености и метрополизацији⁶¹ територијалног представљања на нивоу Републике

На нивоу управних округа могли би разликовати, по резултатима добијеним на основу овог параметра три категорије представљености:

Потпретстављених: Северно-банатски, Јужно-банатски, Јужно-бачки, Сремски, Мачвански, Колубарски, Подунавски, Браничевски, Поморавски, Борски, Златиборски, Моравички, Расински, Нишавски, Јабланички, Пчињски

Адекватно представљених: Топлички, Пиротски, Западно-бачки

Надпретстављених: Северно-бачки, Средње-банатски

Стање 17 од 22 упоређена управна округа је потпретстављеност, приметна је метрополизација и на том нивоу, најочигледнија у случају Новог Сада и Крагујевца, са којим заједно Јужно-бачки и Шумадијски округ имају адекватну

60 Чл. 12 Уредбе о управним окрузима (Сл.гласник 15/2006) и Чл. 20 Закона о територијалној организацији РС (Сл.гласник 129/07)

61 М.Јовановић, „Народна скупштина – деформација територијалног представљања“, Годишњак ФПН, бр. 1, 2008 стр. 129

благу подпретстављеност, односно надпретстављеност али без којих би се рачунали у категорију изричито потпредстављених територија у Србији.

Градови – управна седишта Републике Србије такође се могу, попут управних округа сврстати у три категорије:

Потпретстављени: Лесковац, Пирот, Ниш, Крушевац, Зајечар, Бор, Пожаревац, Кикинда, Панчево

Адекватно представљени: Врање, Шабац, Сомбор

Надпретстављени: Прокупље, Краљево, Чачак, Ужице, Јагодина, Крагујевац, Нови Сад, Сремска Митровица, Зрењанин, Суботица

Приметно је да су у на овом нивоу компарације махом градови-управна седишта из статистичког региона Јужна и Источна Србија, у категорији потпретстављених, а посебно је видљиво да су управни окрузи и њихова седишта дуж источне целокупне границе Републике Србије у изузетно неповољном положају.

Посматрајући заступљеност на нивоу општина у Србији може се приметити да и ту стање није задовољавајуће, односно да тренутно у Србији има 98 општина из којих не долази ни један посланик, те је и у овом погледу одржан негативни континуитет последњих једанаест година, док је, поређења ради, на јединим већинским изборима у Србији, 1990. године, било 58 општина без представника⁶².

Да је којим случајем Република Србија издељена изборним јединицама на нивоу статистичких региона, управних округа или да пак, управна седишта имају статус посебних гласачких јединица, са тренутном представљеношћу коју имају у српском парламенту, могло би се слободно говорити о прикривеној неједнакости бирачког права. Фиктивно, ради појашњења фактичког остварења принципа једнакости бирачког права у Србији могло би помоћи илустровањем путем коефицијента фактичке тежине гласа, до кога се може доћи стављањем у однос броја посланика са пребивалиштем на одређеном делу територије Републике са укупним бројем посланика Народне скупштине у размеру са уделом бирача те територије у укупном републичком бирачком телу, формулом:

$$\text{а) } \frac{\text{Број посланика територијалне јединице}}{250} \times 100 = \text{удео посланика у Народној скупштини (Ya)}$$

$$\text{б) } \frac{\text{Број уписаних бирача на подручју јединице}}{\text{Укупан број бирача у РС}} \times 100 = \text{пропорција излазности (Ya)}$$

62 Ibid.

$$\text{в) } \frac{Y_a}{Y_b} = \text{коэффицијент фактичке тежине гласа територијалног колективитета на републичком нивоу (} Y_c \text{)}$$

Наведеном методом дошло би се до резултата да глас дат у нпр. Крагујевцу вреди 1,6; Београду 1,47; Јагодини 1,72; Средње-банатском округу 1,5. С друге стране, у Нишавском 0,65; Јужно-банатском и Сремском 0,60; Јабланичком округу 0,57, а градовима: Нишу 0,83; Крушевцу 0,7; Панчеву и Кикинди по 0,5; док више од 50 хиљада бирача уписаних на подручју града Пирота није остварило могућност да се њихов глас чује у Народној скупштини, јер у актуелном скупштинском сазиву немају нити једног посланика из свог града.

Ако би покушали да овакву територијалну представљеност пренесемо у замишљени изборни систем Србије са више изборних јединица, формираних по наведеним критеријума, могли би и да међусобно упоређујући „јачину“ гласова различитих подручја Републике, на начин:

$$\text{г) } \frac{Y_c \text{ једне територијалне јединице}}{Y_c \text{ друге територијалне јединице}} = \text{Кофицијент једности гласа (} Y_c \text{)}$$

добили би бројке по којима уписано бирачко тело у нпр. Београду уводи три пута више посланика у Народну скупштину од оног у Бору или Панчеву, а два пута више него у Крушевцу, а у Крагујевцу скоро два и по пута више него у Нишу, тако да ако у условима када изборне јединице једнаког броја становника/ бирача дају различити број представника и обратно говоримо о прикривеној неједнакости, не би погрешили овакву појаву подвести под њену врсту или је окарактерисати посредном прикривеном неједнакошћу, управо због тежег препознавања у пракси.

РЕЗИМЕ

Једнакост бирачког права представља један од темељних принципа учешћа грађана у политичком процесу демократски уређених држава. Избори, као основ легитимације власти и инструмент конституисања централних представничких органа су и сами производ изборног система који чини свеукупност законских решења, принципа и активности учесника изборног поступка. У раду се настоји одговорити на питање утицаја изборног система и механизма формирања изборних јединица на представљеност појединих територијалних колективитета у националном парламенту у смислу остваривања принципа једнакости бирачког права, са посебним освртом на случај Републике Србије.

Конструкција изборног система Србије довела до неуједначене територијалне представљености, као и до великих неједнакости у погледу стварне снаге гласа, односно до негације принципа једнакости бирачког права на великом делу државне територије. Одсуство законских гаранција равномерне заступљености

свих крајева Републике дало је у руке политичким партијама велико право на дискрециону оцену у погледу структурирања персоналног састава Народне скупштине у географском смислу. Да би остварио своју уставну улогу парламент треба представљати арену у којој ће, са више аспеката посматрано, значајнији елементи друштва моћи пласирати своје интересе и остваривати их по правилима демократске игре. Није тешко приметити да је оваквом територијалном представљеношћу добар део грађана у томе онемогућен, што у комбинацији са степеном зависности посланика од политичке странке доводи до минимализирања утицаја, а самим тим и занемаривања интереса бирачког тела у овим крајевима, те да су системске промене изборног законодавства неопходне у циљу превазилажења тренутне ситуације у коју је управо обликовањем актуелног изборног система на овај начин принцип једнаког бирачког права доведен.

Литература:

Вучићевић, Душан „Манипулативни утицај изборне јединице“, Српска политичка мисао, Институт за политичке студије, Београд, бр. 1/2009

Гостовић, Драган, „Изборни систем“, Политичка ревија: часопис за политикологију, политичку социологију, комуникологију и примењену политику (Политичка ревија), Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2008

Јовановић, Милан „Мишљење Венецијанске комисије о Уставу Србије-Случај слободни мандат“, Годишњак Факултета политичких наука (Годишњак ФПН), Факултет политичких наука, Београд, бр.1/2007

Јовановић, Милан „Народна скупштина – деформација територијалног представљања“, Годишњак ФПН, Факултет политичких наука, Београд, бр.2, 2008

Јовановић, Милан „Редизајнирање изборног система Србије-један неуспели покушај“, Препоруке за измену изборног законодавства у Србији, Ур. Зоран Стојиљковић [et.al], Национални демократски институт за међународне односе, Београд, 2011

Јовановић, Милан „Ставови међународних организација о изборима и демократским изборним стандардима“, Српска политичка мисао, Институт за политичке студије, Београд 1-4/2003

Јовановић Слободан, *О Држави-основи једне правне теорије*, Београд, БИГЗ, 1990

Касаровић, Мирјана „Kandidacijski postupci u demokratskim političkim sustavima“, Politička misao, Fakultet političkih znanosti, br. 4/2001 <http://www.fpzg.unizg.hr>

Марковић, Ратко *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд 2009

Ненадић, Боса "О парламентарном мандату: Пример Републике Србије",
Анали Правног факултета у Београду, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, бр. 1/2008

Петров, Владан, *Парламентарно право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010

Пајванчић, Маријана *Изборно право*, Правни факултет, Нови Сад, 2008

Пајванчић, Маријана, *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер Београд, 2009

Пајванчић, Маријана *Парламентарно право*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2008

Пејић, Ирена *Парламентарно право*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011

Стојановић, Драган *Уставно право I*, Свен, Ниш 2009

Стојановић, Драган *Уставно право II*, Свен, Ниш 2009

Шево, Бојан *Избори и изборни систем*, Политичка ревија, Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2008

Документа:

Закон о избору народних посланика (Сл. гласник РС 35/2000, 57/2003, 72/2003, 75/2003, 18/2004, 101/2005, 85/2005, 104/2009 и 36/2011)

Закон о националним саветима националних мањина (Сл. гласник 72/09)

Закон о регионалном развоју Републике Србије (Сл. гласник 51/09, 30/10)

Одлука Уставног суда РС Iуп 42/08 од 14.04.2011 године, (Сл. гласник 28/11)

Публикација „Избори за народне посланике Народне скупштине Републике Србије одржани 11.05.2008 године“, Републички завод за статистику (РЗС), ур. Драган Вукмировић, РЗС, Београд, 2008

Статут Српске радикалне странке од 19.10.2009 године

Статут Демократске странке од 18.02.2006 са допунама од 30.05.2009 и 18.12.2010 године

Статут Демократске странке Србије од 14.02.2010 године

Статут Либерално демократске партије 21.11.2011 године

Статут Социјалистичке партије Србије од 11.12.2010 године

Статут Г17+ од 16.05.2010 године

Статут Нове Србије од 12.12.2009 године

Уредба о номенклатури статистичких територијалних јединица (Сл. гласник 109/09, 46/10)

Уредба о управним окрузима (Сл. гласник 15/2006) и Чл. 20 Закон о територијалној организацији РС (Сл. гласник 129/07)

Устав Републике Србије (Сл. гласник РС 98/2006)

Корисне интернет адресе:

<http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/>

<http://www.parlament.gov.rs/>

Mirko R. Ilić, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE ELECTORAL RIGHT IN THE SERBIAN ELECTION SYSTEM

Summary

In democracies, the principle of equality in the electoral right is one of the fundamental principles of citizens' participation in the political process. Being the basic instrument for instituting the legitimate governing power and constituting the central representative bodies of authority, elections are the product of a particular election system which includes the entire body of legal solutions, principles and activities of the participants in the election process. In this paper, the author focuses on the issues concerning the impact of the election system and the mechanism for creating electoral units on the overall representation of some territorial units (regions) in parliament in terms of exercising the principle of equality in the electoral right, with specific reference to the the circumstances in the Republic of Serbia.

The current construction of the Serbian election system has resulted in an uneven territorial representation of some regions in Parliament and considerable inequality in terms of the actual voting power, which imply a negation of the principle of equality in the electoral right in a large part of the state territory. Considering the lack of legal guarantees on a more even representation of all regions in Parliament, the Serbian political parties have been given a broad discretionary right to decide on the composition of their party representatives in the National Assembly in terms of the territorial representation structure. In order to exercise its constitutional role, parliament should be an arena where the more significant social participants may present their interests and exercise their rights under the rules of a democratic game. It is evident that such a territorial representation hinders a large number of citizens to exercise their rights; moreover, considering the high degree of MPs' reliance on the political party policy, it further minimizes the voters' influence and leads to neglecting the interests of the electoral body in these regions. Hence, in order to overcome the state of affairs created by the inadequate legislative framework governing the current election system, it is necessary to institute systemic changes in the election legislation, particularly in terms of securing the principle of equality in the election right.

Key words: *electoral right, election system, electoral units, equality principle, National Assembly, representative democracy, legitimacy*

УПОРЕДНО-ПРАВНИ ПРИКАЗ ОДГОВОРНОСТИ У ВЕЗИ СА ПРЕГОВОРИМА ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА

Апстракт: Аутор предметног рада врши анализу регулативе института одговорности за несавесно вођење преговора у нормативним актима појединих земаља: Грчке, Италије, Пољске, Словеније, Републике Српске/ БиХ, Македоније, Црне Горе, Хрватске, као и регулативе из чл. 30 Закона о облигационим односима Републике Србије. Предмет анализе су и правила понашања страна током преговора која су стварана кроз судску праксу и теорију: Швајцарске, Немачке, Француске и Мађарске. Анализом су обухваћена и правила најзначајнијих међународних секундарних извора уговорног права, правила: Принципа европског уговорног права (PECL) и Заједничког појмовног оквира (DCFR). Огромну улогу у регулисању предуговорних односа има начело савесности и поштења, због те чињенице, у овом раду, биће му посвећена значајна пажња.

Кључне речи: одговорност за несавесно вођење преговора, предуговорна одговорност, савесност и поштење.

УМЕСТО УВОДА

Уговор се може закључити на начин да једно лице упућује понуду, а друго је одмах прихвата, или после краћих или дужих преговора о закључењу уговора. У суштини, најчешће преговори, као фаза у оквиру које се приближавају ставови страна о битним елементима уговора, претходе закључењу уговора. Међутим, није редак случај да странке наставе преговоре и после закључења уговора, током његовог испуњења нпр. у случају промењених околности. Правила која важе за преговоре су идентична, како за преговоре који претходе закључењу тако и за оне који се воде после закључења уговора, с том разликом што код неуспеха потоњих остаје уговор, док код неуспеха претходних не остаје ништа. Само започињање преговора може бити иницирано понудом, позивом на преговоре или позивом на упућивање понуде. Без обзира на то да ли преговори претходе закључењу или се воде после закључења уговора, предуговорни однос треба

јасно дистанцирати од уговорног односа, јер се ни садржајно ни временски не поклапају. Преговори као неизвесна и привремена фаза, треба само да допринесу закључењу, изменама и допунама уговора. Међутим, сама разлика, предуговорног и уговорног односа, не значи да је предуговорна фаза стање потпуне правне неутралности, и за предуговорни стадијум важе извесна правила понашања, па се стране у преговорима не могу једна наспрам друге понашати како им воља. Предуговорни однос, конкретно речено, је правни однос који се заснива на законској регулативи или на правилима понашања која конструишу судска пракса и теорија ослањајући се на начела закона, а посебно на начело савесности и поштења. Из тог односа произилазе посебне обавезе његових учесника, и то обавезе без примарне обавезе на чинидбу. Учесници предуговорног односа немају обавезе које би се тицале неке чинидбе, већ обавезе које се тичу њиховог понашања у току преговарања.¹

Основни принцип, на коме се темеље предуговорни односи, јесте начело савесности и поштења. Управо примена овог начела, у предуговорној фази, представља битну разлику између common law-а и европских права.² У европским правима, начело савесности и поштења, сматра се фундаменталним принципом, који треба да одреди понашање страна још у току преговора.³

1 М. Драшкић, *Правни значај преговора за закључење уговора*, Анали правног факултета у Београду (Анали ПФБ) 3-4 /1970, стр. 339; Ј. Радишић, *Предуговорна одговорност*, Институт за друштвене науке, Београд, 1991, стр. 10; М. Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993, стр. 19-35.

2 За разлику од земаља са континенталном правном традицијом у којима начело савесности и поштења заузима централно место, у common law правним системима ово начело није признато као опште правило и не односи се на фазу преговора. Међу енглеским теоретичарима постоји схватање да би увођење начела савесности и поштења имало негативан утицај на слободу уговарања, односно преговарања, и да би обесхрабрило заинтересована лица да ступе у преговоре. То значи да у овим правним системима преговори имају алеаторни карактер односно прихваћен је тзв. „негативни концепт слободе уговарања“. У том смислу, за стране које преговарају не настаје никаква обавеза док се не закључи уговор и оне могу прекинути преговоре у било ком моменту. Т. Ђурђић, *Предуговорна одговорност у националном и европском уговорном праву*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Гласник права, 2/2010, стр. 115. <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/219.htm> (датум приступа: 01.02. 2011); М. Орлић (1993), оп. цит, стр. 28.

3 Више о томе: Т. Ђурђић, *Уговорна одговорност према правилима европског уговорног права*, Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе. Књ. 4 / приредио Станко Бејатовић. - Крагујевац : Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке 2009, стр. 429; С. Миладиновић, *Преговори у одредбама начела европског уговорног права*, Правни живот 10/2004, стр. 571-584; А. Дудаш, *Одговорност за несавесно вођење преговора у праву Србије, правима неких реформских земаља и савременим писаним изворима lex mercatoria*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-2/2007, стр. 369-385.

1. ПРАВНИ СИСТЕМИ У КОЈИМА ЈЕ ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРЕКИД ПРЕГОВОРА ПОСЕБНО РЕГУЛИСАНА

1.1. Грчки Грађански законик

Грчки Грађански законик⁴ регулише предуговорне односе у два нивоа. У првом нивоу општим начелом: *“Приликом преговора ради закључења уговора партнери су дужни да се један према другом понашају онако како им налаже савесност и поштење и обичаји саобраћаја”*⁵ У другом нивоу формулисано је посебно правило о предуговорној одговорности: *“Ко у току преговора за закључење уговора другом проузрокује штету својом кривицом, дужан је да је накнади, чак и кад уговор није закључен.”*⁶ Ово правило о одговорности због *culpa in contrahendo* грчки Грађански законик преузима из немачке судске праксе које није било садржано у тексту немачког Грађанског законика.⁷ Треба нагласити да се грчки Грађански законик, ставом 2. члана 198., опредељује за деликтни карактер предуговорне одговорности.

Квалитетне одредбе о преговорима грчког Грађанског законика имале су утицаја и на законодавну активност неких других земаља. Сличне одредбе имају и бугарски *Закон о обавезама и уговорима* (члан 12.)⁸, израелски *Закон о уговорима* (члан 12а и 12б).

1.2. Италијански Грађански законик

Италијански Грађански законик⁹ у члану 1337. под насловом: *Trattative e responsabilità precontrattuale*, регулише предуговорне односе на следећи начин: *“У току преговора и настајања уговора стране су дужне да се понашају савесно.”*¹⁰ Овако формулисано правило италијанског Грађанског законика често се узима као узор законског регулисања преговора. Оно што се може на први поглед запазити, а чиме се италијански Грађански законик разликује од ранијих законских решења, јесте примена начела савесности у регулисању

4 Грчки Грађански законик(1940). http://www.fa3.gr/nomothesia_2/nomoth_gen/19-Astikos-kodikas-genika.htm (датум приступа: 04.02.2011)

5 Чл. 197. грчког Грађанског законика

6 Чл. 198. ст. 1. грчког Грађанског законика

7 http://sh.wikipedia.org/wiki/Gr%C4%8Dki_gra%C4%91anski_zakonik(датум приступа: 04.02.2011)

8 *“Током преговарања стране морају поступати у доброј вери. У супротном су одговорне за накнаду штете”* <http://geodeya.com/bg/realstates-laws/92-zzd>(датум приступа: 04.02.2011)

9 Италијански Грађански законик (1942) . http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm(датум приступа: 04.02.2011)

10 Чл. 1337. италијанског Грађанског законика -*“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”*

преговора. Странке су дужне да се још у току преговора понашају у складу са начелом савесности.

1.3. Предуговорна одговорност у пољском праву

У оквиру Грађанског законика републике Пољске из 1964. године институт одговорности за несавесно вођење преговора за закључење уговора регулисан је у чл. 72. ст. 2. Из формулације ове одредбе може се закључити да је начело савесности и поштења основни конструктивни елемент регулисања одговорности за несавесно вођење преговора у пољском праву: страна која је започела или водила преговоре противно добрим обичајима, посебно ако је преговоре водила без стварне намере да се закључи уговор, дужна је да другој страни накнади штету која је проистекла из тога што је она рачунала на то да ће до закључења уговора стварно и доћи. Позивање на добре обичаје, у суштини, је позивање на начело савесности и поштења, пре свега на његову објективну компоненту, на императив поштености, што произилази из језичког контекста чл. 72. ст. 2.

ПГЗ предвиђа и дужност чувања поверљивих информација до којих се дошло током вођења преговора. У недостатку другачијег споразума, ако је током вођења преговора, једна страна другој страни саопштила информације које се могу сматрати поверљивим, друга страна не сме те информације саопштити или учинити доступним трећим лицима, нити да искористи исте у сопствену корист. Страна која је повредила дужност чувања поверљивих информација, дужна је да накнади другој страни тиме проузрокована штету или да јој уступи корист коју је стекла злоупотребом поверљивих информација.

1.4. Предуговорна одговорност у правима Републике Србије, Словеније, Македоније, Републике Српске/БиХ, Црне Горе и Хрватске

Зачетник идеје о законском регулисању предуговорних односа, у нашем праву, био је Михаило Константиновић у својој *Скици за законик о облигацијама и уговорима*.¹¹ Он је у својој Скици предвидео готово истоветно решење питања одговорности за несавесно вођење преговора, као и Закон о облигационим односима.¹² Наиме, ЗОО је инкорпорисао у чл. 30, уз незнатну разлику чл. 6 Скице, и тако увео нашу земљу у круг земаља које посебним одредбама закона регулису предуговорну фазу односа. Пре *Скице за законик о облигацијама и уговорима*, у нашем праву, предуговорна одговорност није била регулисана.¹³

11 М. Константиновић, *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима* (Класици југословенског права), "Службени лист СРЈ", Београд 1996, први пут објављена 1969. године у издању Правног факултета у Београду (у даљем тексту: Скица).

12 Закон о облигационим односима- ЗОО, "Службени лист СЦГ", бр. 1/ 2003.

13 А. Дудаш, оп. цит, стр. 371; З. Јуришић, *Одговорност за прекид преговора по Закону о облигационим односима*, Привредно правни приручник 2/1992, стр. 44; М. Орлић, *Оглед о*

Једно од основних начела нашег уговорног права јесте начело аутономије воље¹⁴ из кога проистиче слобода уговарања, па су странке слободне да у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја своје односе уреде по својој вољи. Воља страна при уређивању облигационих односа је, свакако, ограничена и начелом савесног и поштеног поступања.¹⁵ На овим општим начелима заснива се слобода преговарања. Међутим, наш законодавац се није задовољио начелним формулацијама, већ је предуговорне односе, преговоре, регулисао и посебним нормама. Па, тако у чл. 30 проглашава слободу преговарања као опште правило. Преговори који претходе закључењу уговора не обавезују и свака их страна може прекинути кад год хоће.¹⁶ Али се затим, као изузеци од општег правила, предвиђају два правила којима се уређују дужности страна у преговорима. У првом од њих се наводи да страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор одговара за штету насталу вођењем преговора,¹⁷ а у другом, одговара за штету и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету.¹⁸

ЗОО, дакле, разликује три ситуације, мада нејасно формулисане, на које се предуговорна одговорност може односити. Прва је када једна страна уђе у преговоре, без постојања било какве намере да закључи уговор о којем преговара и при том проузрокује штету другој страни која је погрешно, верујући у успешност преговора, начинила издатке који нису занемарљиви. Друга ситуација је она када једна страна уђе у преговоре са намером да закључи уговор, па од ње одустане и настави да води преговоре, након што је одустала од намере да уговор о коме води преговоре и закључи. И трећа ситуација, када страна прекине преговоре без оправданог разлога и тиме другој страни проузрокује штету.

Имајући у виду чињеницу да су предуговорни односи регулисани и начелом савесности и поштења, јер се јасно каже да у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавезе из тих односа учесници су дужни да се придржавају начела савесности и поштења, може се закључити да су нормирани и они појавни облици предуговорне одговорности који нису обухваћени чл. 30, ЗОО. На основу тога, може се очекивати проширење дужности преговарача које

одговорности за прекид преговора, Правни живот 10/1996, стр. 529; М. Орлић (1993), оп. цит, стр. 32; Супротно: М. Драшкић, *Предуговорна одговорност*, Књига о десетогодишњици ЗОО (1978-1988), том I, 1988, стр. 145. наводи пресуду бр: Гз 61/69 објављену у: Зборник судских одлука из 1970., књига XV, св. II, одлука бр. 232. чија сентенца говори у прилог чињеници да су и у том периоду чињени излети судским одлукама у контекст предуговорне одговорности.

14 Чл. 10. ЗОО.

15 Чл. 12. ЗОО.

16 Чл. 30. ст. 1. ЗОО.

17 Чл. 30. ст. 2. ЗОО.

18 Чл. 30. ст. 3. ЗОО.

се изводе из начела савесности и поштења,¹⁹ мада, за сада, судска пракса има у виду само чл.30 ЗОО, док обиље варијација које пружа начело савесности и поштења се испушта из вида.²⁰ Тако се низ појавних облика повреде начела савесности и поштења у предуговорној фази, најчешће, подводи под деликтну одговорност, нпр. откривање пословне тање, која се у суштини применом начела савесности и поштења може концепирати као облик предуговорне одговорности.²¹

Имајући у виду чињеницу да су новија законодавства у регулисању предуговорних односа кренула путем Принципа европског уговорног права, тај курс би требало следити приликом евентуалног новелирања нашег Закона о облигационим односима, или његове инкорпорације у будући Грађански законик, Нпр:

Преговори који претходе закључењу уговора не обавезују и свака их страна може прекинути ако је то савесно и поштено.

Страна која је преговарала или прекинула преговоре супротно начелу савесности и поштења одговара за штету коју је тим чином проузроковала другој страни.

Ако је једна страна у преговорима дала другој страни поверљиве информације или јој омогућила да до њих дође, друга их страна, ако није друкчије уговорено, не сме учинити доступним трећим лицима нити их користити за своје потребе, без обзира на то је ли уговор касније закључен или није.

19 Иначе, сматра се да начело савесности и поштења има четири функције. Прва је функција конкретизација, а захтева не само придржавати се уговора, већ ваља водити рачуна и о смислу и сврси облигационог односа уопште. Према другој функцији то начело јавља се као извор додатних обвеза (у томе се састоји његова регулативна функција). Функција ограничења захтева да се учесници облигационоправних односа у обављању својих права морају суздржати од могућег коришћења положаја у облигационоправном односу и спровођење права на начин противан начелу савесности и поштења. Најзад, функција корекције гарантује измену садржаја уговора и правног положаја странака, у сврху прилагођавања уговора измењеним околностима. Према: В. Иванчић, Предуговорна одговорност, Правник, 83/2006, стр. 142.

20 М. Орлић (1993), оп. цит, стр. 33.

21 Код случајева откривања пословне тајне, судови су спорове решавали применом правила деликтне одговорности, због чега је било раширено мишљење да откривање пословне тајне представља класичан деликт и да такве ситуације искључиво и треба решавати на темељу правила те одговорности. Супротно томе, каже се да се у просуђивању ради ли се код откривања пословне тајне о деликтној или предуговорној одговорности основно питање било би на који је начин штетник дошао до податка који представља пословну тајну. Ако је он тај податак сазнао у току преговора од свога сапреговарача радило би се о предуговорној одговорности, а ако би нека особа која није у преговорима с неком другом особом сазнала одређене пословне тајне те друге особе радило би се о класичном деликту. Види: А. Ђајић-еџ, оп. цит, стр.142; И. Јанковец, *Очување тајне из преговора ради закључења уговора*, Правни живот, 11/2005, стр. 455- 458.

Нова законодавна регулатива у Облигацијском Законику Републике Словеније²² из 2001. године и Закону о облигационим односима Републике Македоније²³ садрже у дословности исту регулативу о преговорима као и наш ЗОО.

Република Српска, односно Федерација БиХ са незнатним изменама још увек примењују некадашњи савезни ЗОО из 1978. године, мада је у процедури доношење новог закона о облигационим односима чији је званичан нацрт објављен 2003. године, али још није дошло до његовог усвајања. Измене ЗОО у Републици Српској/БиХ нису дотакле питање одговорности за несавесно вођење преговора, тако Нацрт новог закона чл. 26. не уводи никакву новину у погледу овог института, у односу на некадашњи ЗОО СФРЈ.

Закон о облигационим односима Црне Горе, по питању несавесног вођења преговора, предвиђа само једну новину у односу на некадашњи ЗОО СФРЈ. Чланом 23. ст. 5. ЗОЦГ предвиђа обавезу чувања поверљивих информација.

Значај начела савесног и поштеност поступања у преговорној фази јасно показује доношење новог Закона о обавезним односима Републике Хрватске, где се законодавац у одредбама новог ЗОО-Хр послужио начелом савесности и поштења као генералном клаузулом у оквиру које су инкорпорисани сви могући појавни облици повреде преговорне одговорности. Наиме, уместо одговорности за одустанак од преговора „без оправданог разлога“, према ЗОО-Хр страна која је водила преговоре одговараће другој страни за насталу штету, ако је преговоре водила и исте прекинула „супротно начелу савесности и поштења“. Преговарање без намере склапања уговора и прекидање преговора без оправданог разлога дефинитивно су и даље ситуације у којима преговорна одговорност постоји, јер и оне представљају понашања противна начелу савесности и поштења. Међутим, овом се ставком та одговорност не ограничава само на њих, већ и на све остале случајеве повреде тог начела у фази преговарања.

Закон о обавезним односима Републике Хрватске предвиђа једну битну новину у односу на ЗОО, а то је обавеза чувања поверљивих информација у вези друге стране до којих је страна дошла током преговора „Ако је једна страна у преговорима дала другој страни повјерљиве обавијести или јој омогућила да дође до њих, друга их страна, ако није друкчије уговорено, не смије учинити доступним трећима нити их користити за своје интересе, без обзира је ли накнадно уговор склопљен или није.“ Према речима закона, ово правило је диспозитивне природе и примењиваће се само у случају да се стране нису другачије договориле.

22 Облигацијски законик, Ур. лист, Републике Словеније, бр. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Одлука УС: У-1-300/04-25, објављене у Уп. лист бр. 29/2007 и одлука УС: У-1-267/006-41, објављене у Ур. лист бр. 40/2007.

23 Закон о облигационим односима Републике Македоније, Сл. весник РМ бр 18/01, 78/01, 04/02, 59/02 и 05/03.

Наведена решења из Закона о обавезним односима Републике Хрватске су у потпуном складу са одредбама Принципа европског уговорног права.

2. ПРАВНИ СИСТЕМИ У КОЈИМА СУ СУДСКА ПРАКСА И ТЕОРИЈА СТВОРИЛЕ ПРАВИЛА О ПОНАШАЊУ ПРЕГОВАРАЧА

У појединим европским правима (немачко, швајцарско...) начело савесности и поштења је схваћено као врховно начело у праву. Смисао овог начела огледа се у захтеву да се свако лице у свакој прилици понаша савесно. Судови ових земаља, ослањајући се на начело савесности и поштења, створили су правила о понашању преговарача. Најбољи пример креативне улоге судске праксе у стварању правила понашања преговарача током преговора јесте пракса швајцарских судова: 1) дужност озбиљног преговарања – Лице које иницира преговоре дужно је да их води са намером да закључи уговор. Ако неко отпочне преговоре без намере закључења уговора, или ако их поведе у тој намери, па доцније од ње одступи без основаног разлога, одговара другој страни за проузроковану штету; 2) дужност уздржавања од преваре – Стране у преговорима су дужне да се током преговора понашају лојално и коректно; 3) дужност обавештавања – Свака страна у преговорима је дужна обавестити другу страну о свим чињеницама које могу бити од значаја за њену одлуку о настављању преговора и о евентуалном закључењу уговора; 4) дужност давања савета – Преговарач је дужан да у вези са закључењем евентуалног уговора пружи савете другој страни по свом најбољем знању и умећу. То нарочито важи када је реч о преговарачима неједнаких стручних знања.

Ослањајући се на начело савесности и поштења немачки теоретичари су обавезе страна током преговора класификовали на “дужности очувања и старања“ и “обавезе лојалности и дискреције.“ “Дужности очувања и старања“ служе заштити личних и имовинских добара партнерових док преговори трају. Учесници преговора не смеју својим поступцима шкодити телесном и имовинском интегритету друге стране. Са друге стране, “обавезе лојалности и дискреције“ су обавезе давања одређених обавештења и објашњења. Стране у преговорима су дужне да једна другу обавесте о извесним чињеницама: 1) о околностима што стоје на путу закључења пуноважног уговора; 2) о чињеницама које су од пресудног значаја за одлуку друге стране да уговор склопи; 3) о садржају и домаћају општих услова на које се уговор ослања; 4) о нарочито опасним својствима предмета уговора. Обавезе давања обавештења и објашњења треба схватити у ужем смислу, оне се не смеју развличити тако далеко да њен ималац практично сноси уговорни ризик свога партнера. Такође, ове обавезе односе се само на чињенице које друга страна не зна нити је дужна знати.

Мада француски Code civile (CC), у својим одредбама, не предвиђа директно решење проблема несавесног вођења преговора, француска теорија налази легалну основу за ову одговорност у општем правилу одговорности, коју предвиђа чл. 1382. CC. Већина правника у француској доктрини стоји на становишту да предуговорна одговорност има свој извор у деликту и мора бити одређена према општим принципима деликтне одговорности.

Мађарски Грађански законик (МГЗ) не садржи одредбе које би на непосредан начин регулисале предуговорну одговорност, али то не значи да се из МГЗ не могу извести принципи по основу којих би преговарац одговарао за штету насталу услед несавесног вођења преговора. Као основно начело грађанског права у МГЗ јавља се начело савесности и поштења и дужност међусобне сарадње чл. 4 ст. 1. МГЗ, где се предвиђа да су учесници у грађанскоправном односу дужни да у остваривању права и извршавању обавеза поступају у складу са принципом савесности и поштења, уз дужност међусобне сарадње. Начело савести и поштења и дужности међусобне сарадње је у домену уговорног права даље конкретизовано, јер МГЗ предвиђа да су уговорне стране приликом закључења уговора дужне да воде рачуна о оправданим интересима друге стране. Исти став овог члана посебно истиче да су стране пре закључења уговора дужне да обавесте једна другу о свим важним околностима у вези уговора који се намерава закључити. Дужност међусобног обавештавања јесте конкретизација општег начела дужности сарадње при заснивању облигационих односа.

Имајући у виду поменуто начело савесности и поштења и дужности сарадње, као и друго основно начело МГЗ-а, према којем суд може да обавезе лице, чије је намерно понашање навело друго савесно лице на одређено понашање, услед чега је без своје кривице претрпело штету, да овом другом ту штету у потпуности или делимично накнади, одговорност за несавесно вођење преговора може се концепирати и у мађарском праву.

3. ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕСАВЕСНО ВОЂЕЊЕ ПРЕГОВОРА ПРЕМА ПРИНЦИПИМА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА (PECL) И ПРЕМА ПРАВИЛИМА НАЦРТА ЗАЈЕДНИЧКОГ ПОЈМОВНОГ ОКВИРА (DCFR)

Одговорност за несавесно вођење преговора Принципи европског уговорног права (PECL) регулишу у трећем делу дугог поглавља (Section 3 - Liability for negotiations), у члановима 2:301 (Article 2:301 (ex art. 5.301) – “Negotiations Contrary to Good Faith“ - Преговори супротни доброј намери, или вођење преговора супротно начелу савесности и поштења) и 2:302 (Article 2:302 (ex art. 5.302) – “Breach of Confidentiality“ - Повреда поверљивости, или повреда дужности чувања поверљивих информација до којих се дошло током преговора).

Принципи прво наглашавају начелан став да преговори не обавезују речима да је странка слободна да преговара и не одговара за неуспех у постизању договора (“A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement”). Међутим, страна која је преговоре водила или их прекинула супротно начелу савесности и поштења одговорна је за штету проузроковану другој страни (“However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party”). Нарочито се сматра несавесним, ако је странка ушла у преговоре или водила исте без стварне намере постизања споразума са другом страном (“It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”). Принципи европског уговорног права одговорност за несавесно вођење преговора повезују са начелом савесности и поштења имајући у виду како субјективну, тако и објективну компоненту начела.

РЕСЛ регулишу и обавезу чувања поверљивих информација. Наиме, ако су поверљиве информације дате једној страни у току преговора, друга страна је обавезна да их чува као пословну тајну, не сме их учинити доступним трећим лицима, нити их може користити за сопствене потребе, независно од тога да ли је уговор касније закључен или не (“If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party”).

Једна констатација се намеће у вези са обавезом чувања поверљивих информација коју предвиђа РЕСЛ. Наиме, из формулације члана који се односи на чување поверљивих информација може се закључити да не постоји општа обавеза преговарача да све информације до којих су током преговора дошли третирају као поверљиве, осим ако их друга страна није јасно означила као поверљиве, или се оне у контексту конкретних околности могу сматрати поверљивим.

У смислу чувања поверљивих информација DCFR је експлицитнији јер садржи дефиницију поверљивих информација. Под поверљивом информацијом се подразумева „информација која се по својој природи, или према околностима под којима се до ње дошло сматра поверљивом за једну страну, а да је при том друга страна примајући ту информацију знала или се од ње очекивало да зна да је она поверљива”. DCFR садржи одредбу којом даје право страни која основано предвиди повреду обавезе чувања поверљивих информација да прибави судски налог којим се забрањује такво поступање.

Начин регулисања предуговорних обавеза у DCFR-у не разликује се битно од РЕСЛ-а. Поред одредби којима се допуњује регулисање обавезе чувања поверљивих информација, остале разлике нису суштинске природе. У DCFR-у се

додатно наглашава да обавезе савесног поступања у преговорима не могу бити нити искључене нити ограничене уговором. На тај начин се начело савесности и поштења, у предуговорним односима, у још већој мери ставља у први план.

На крају треба закључити да начело савесности и поштења представља темељно правило на коме се заснива одговорност за несавесно вођење преговора у европским правима.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Основни принцип на коме се темеље предуговорни односи, у већини европских права, јесте начело савесности и поштења. Међутим, поједини правни системи имају посебне законске одредбе којима се регулишу преговори (грчки Грађански законик, италијански Грађански законик, Закон о обавезним односима Републике Хрватске,...). Посебне одредбе којима се регулишу предуговорни односи саставни су део Принципа европског уговорног права и нацрта Заједничког појмовног оквира. У круг правних поредака који посебним одредбама регулише предуговорне односе улази и наш правни систем. Наш законодавац се определио за регулисање ове врсте односа путем генералне клаузуле о обавези савесног и поштеног поступања приликом заснивања уговорних односа, да би потом генералну клаузулу конкретизовао посебним одредбама о понашању страна током преговора. Оваквим приступом су општа правила, о савесном и поштеном поступању, стављена у други план, тако да су их судови често превидели као могући основ предуговорне одговорности, што, претпостављамо, није била намера законодавца. Имајући у виду чињеницу да су новија законодавства у регулисању предуговорних односа кренула путем Принципа европског уговорног права, тај курс би требало следити приликом евентуалног новелирања нашег Закона о облигационим односима, или његове инкорпорације у будући Грађански законик.

Samir Manić, LL.B.

Teaching Assistant,

Law Department, State University in Novi Pazar

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

A COMPARATIVE LAW REVIEW OF LIABILITY IN CONTRACT NEGOTIATIONS

Summary

The subject matter of this paper is a comparative review of the regulations governing the liability for acting in bad faith in contract negotiations as envisaged in the legislations of some countries (Greece, Italy, Poland, Slovenia, Bosnia and Herzegovina/Republic of Srpska, Macedonia, Montenegro, Croatia) as well as in Article 30 of the Obligation Relationships Act of the Republic of Serbia. The author analyzes the rules governing the parties' conduct in the negotiation process, which have been generated in the jurisprudence and theory of Switzerland, Germany, France and Hungary. The analysis also incorporates the rules on good faith and fair dealing stemming from the most significant secondary sources of international contract law, including the Principles of European Contract Law (PECL) and the Draft Common Frame of Reference (DCFR). In particular, the author focuses on the bona fides principle, which has a most significant role in regulating pre-contractual relations.

Key words: *liability for acting in bad faith in contract negotiations, pre-contractual liability, principle of good faith and fair dealing*